

ISSN 2238-0213



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
13ª REGIÃO
FÓRUM GLÓRIA DOS SANTOS LIMA

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região

v. 20, n.1
2014

**REVISTA DO TRIBUNAL
REGIONAL DO TRABALHO
DA 13^a REGIÃO**

COMISSÃO DA REVISTA

Desembargador EDUARDO SERGIO DE ALMEIDA - Presidente
Juíza HERMINEGILDA LEITE MACHADO
Juiz PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA

Secretária: Denise Gomes Pereira de Melo
e-mail – comissaodarevista@trt13.jus.br

Colaboradores:

Auberlania Maria de Sousa Rocha
Denise Fátima Bezerra de Souza
Olavo Nóbrega de Sousa Júnior
Valéria Cristina da Cunha Lima

Capa:

Alexandre Magno Neves de Melo
Omar Khayam Meira de Souza

ISSN 2238-0213

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO

v. 20 n. 1 – 2014
João Pessoa – Paraíba

R. Trib. Reg. Trabalho 13ª Região	João Pessoa	v. 20	n. 1	p.	2014
-----------------------------------	-------------	-------	------	----	------

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Endereço da versão eletrônica:

<https://www.trt13.jus.br/institucional/ejud/revistas/20a-revista-do-tribunal-regional-do-trabalho-da-13a-regiao/view>

Ficha elaborada conforme as normas do
Código de Catalogação Anglo-Americano (2 ed.)

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região
Tribunal Regional do Trabalho. v. 1, n. 1 (1991)-
João Pessoa: TRT 13ª Região, 1991 -

Irregular de 1991 – 1995, 2008 e 2013

Anual

1. Direito do Trabalho – Brasil 2. Processo Trabalhista
- Brasil 3. Jurisprudência Trabalhista.

CDU: 349.2(81)(05)

347.998.72(81)(05)

Comissão Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região
Av. Corálio Soares, s/n – Centro – João Pessoa – Paraíba – CEP: 58013-260
Fone: 3533-6143 / 3533-6144
e-mail: comissaodarevista@trt13.jus.br

SUMÁRIO

ARTIGOS	
Intervenção do Estado no domínio econômico e a busca do pleno emprego • Otacílio dos Santos Silveira Neto; Telma Meira Silveira Potiguara	17
Liberdade sindical como exigência constitucional • Amauri Cesar Alves	30
Pluralidade sindical oblíqua • Amauri Cesar Alves	60
Os múltiplos contornos da subordinação jurídica e seus efeitos no sindicalismo brasileiro • Amauri Cesar Alves	84
Greve atípica: novos contornos factuais à autotutela laboral • Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima	99
Poder normativo e controle da legalidade da greve • Thereza Raquel Crispim de Menezes Dantas	118
Controle jurisdicional de convencionalidade: crítica à posição do Supremo Tribunal Federal • Jimmy Matias Nunes; Sérgio Cabral dos Reis	137
Deslocamento do centro do poder empregatício e o salário-resultado • Amauri Cesar Alves	170
Efeitos da globalização: <i>dumping</i> social trabalhista e suas (in)eficazes formas de combate • Caroline Helena Limeira Pimentel Perusi; Catarine Helena Limeira Pimentel	188
Trabalho irregular no Serviço Público e Direitos Trabalhistas Decorrentes • Catarine Helena Limeira Pimentel; Caroline Helena Limeira Pimentel Perusi	206
Os efeitos do Neoconstitucionalismo e do paradigma pós-positivista no Direito Previdenciário: análise da concessão da aposentadoria especial ao servidor público • Caio Roberto Mendes Ferreira; Lucas Lopes Oliveira	222
Acórdãos do TRT 13ª da Região	239
SENTENÇAS	295
Trabalhos apresentados na XII SEMAJUD	330
A Utilização da Mão de Obra Infantil nas Cadeias Produtivas do Agronegócio • Igor Isídio Gomes da Silva; Nathan Bezerra Wanderley; Pedro Simões Pereira Dália	331
Soldadinhos de chumbo: as crianças armadas no Rio de Janeiro • Vanessa Audrey Alves; Rodrigo Lucas Carneiro Santos	355
Uma abordagem sobre o trabalho de crianças e adolescentes e suas consequências • Johnatan Felipe da Silva Sousa	371

Trabalhos apresentados na XIII SEMAJUD	382
A subordinação estrutural e o novo artigo 6º da CLT • Audrey de Araújo Dantas	383
Trabalho escravo no Brasil: da legalidade de pretérita às peculiaridades contemporâneas • Nayara Toscano de Brito Pereira; Bianca Souto do Nascimento; Felipe Torres Pereira; Galdino Toscano de Brito Filho	404
Impactos e perspectivas do combate à exploração infantil • Eduardo Soares Bonfim; Wylck Jadyson Santos Paulo da Silva	426
Trabalho apresentado na XIV SEMAJUD	438
Da Autofagia à Heterofagia do Processo Laboral: Possíveis Consequências da Redação do Novo CPC sobre a Interpretação Processual na Esfera Trabalhista	439
ARTIGOS DA XIV SEMAJUD – JOÃO PESSOA	455
O ANTEPROJETO DO CPC E O PROCESSO DO TRABALHO: HARMONIZAÇÃO OU POLÊMICA? <i>José Antonio Pancotti</i>	456
NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO <i>Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior</i>	481
REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA <i>Wolney de Macedo Cordeiro</i>	508
O SISTEMA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CPC E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO DO TRABALHO <i>Paulo Henrique Tavares da Silva</i>	517
O PRINCÍPIO PROCESSUAL DA ADEQUAÇÃO FORMAL: REFLEXÕES E TENDÊNCIAS <i>Luciano Ataíde Chaves</i>	533

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL
REGIONAL DO TRABALHO
DA 13^a REGIÃO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13ª REGIÃO

COMPOSIÇÃO DO TRT

PRESIDENTE

Desembargador CARLOS COELHO DE MIRANDA FREIRE

VICE-PRESIDENTE

Desembargador UBIRATAN MOREIRA DELGADO

DESEMBARGADORES FEDERAIS DO TRABALHO

ANA MARIA FERREIRA MADRUGA

FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA

EDVALDO DE ANDRADE

UBIRATAN MOREIRA DELGADO

EDUARDO SÉRGIO DE ALMEIDA

WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO

LEONARDO JOSÉ VIDERES TRAJANO

JUÍZES FEDERAIS TITULARES DAS VARAS TRABALHISTAS

Margarida Alves de Araújo Silva	1ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Solange Machado Cavalcanti	2ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Herminegilda Leite Machado	3ª Vara do Trabalho de João Pessoa
José Airton Pereira	4ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Paulo Henrique Tavares da Silva	5ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Rita Leite Brito Rolim	6ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Normando Salomão Leitão	7ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Rômulo Tinoco dos Santos	8ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Arnaldo José Duarte do Amaral	9ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Roberta de Paiva Saldanha	1ª Vara do Trabalho de Campina Grande

Maria das Dores Alves	2ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Nayara Queiroz Mota de Sousa	3ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Maria Íris Diógenes Bezerra	4ª Vara do Trabalho de Campina Grande
André Wilson Avellar de Aquino	5ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Adriana Sette da Rocha Raposo	1ª Vara do Trabalho de Santa Rita
Antônio Eudes Vieira Júnior	2ª Vara do Trabalho de Santa Rita
Juarez Duarte Lima	Vara do Trabalho de Areia
Cláudio Pedrosa Nunes	Vara do Trabalho de Cajazeiras
André Machado Cavalcanti	Vara do Trabalho de Catolé do Rocha
Antônio Cavalcante da Costa Neto	Vara do Trabalho de Guarabira
Humberto Halison B. de C. e Silva	Vara do Trabalho de Itabaiana
Arnóbio Teixeira de Lima	Vara do Trabalho de Itaporanga
Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto	Vara do Trabalho de Mamanguape
Maria Lílian Leal de Souza	Vara do Trabalho de Monteiro
Carlos Hindenburg de Figueiredo	Vara do Trabalho de Patos
João Agra Tavares de Sales	Vara do Trabalho de Picuí
Paulo Roberto Vieira Rocha	Vara do Trabalho de Sousa

JUÍZES FEDERAIS DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Alexandre Roque Pinto	1ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Veruska Santana Sousa de Sá	2ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Rosivânia Gomes Cunha	3ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Mirella D'Arc de M. C. A. de Souza	4ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Eduardo Souto Maior B. Cavalcanti	5ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Ana Cláudia Magalhães Jacob	6ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Joliete Melo Rodrigues Honorato	7ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Adriano Mesquita Dantas	8ª Vara do Trabalho de João Pessoa

José de Oliveira Costa Filho	9ª Vara do Trabalho de João Pessoa
Ana Beatriz Dias F. Gondim	Cent. de Mandados de João Pessoa
Nayara Queiroz Mota de Sousa	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
Marcello Wanderley Maia Paiva	Presidente da Amatra 13
Ana Paula Cabral Campos	1ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Marcelo Rodrigo Carniatto	2ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Paulo Nunes de Oliveira	3ª Vara do Trabalho de Campina Grande
Sérgio Cabral dos Reis	4ª Vara do Trabalho de Campina Grande
	5ª Vara do Trabalho de Campina Grande
David Sérgio Coqueiro dos Santos	Vara do Trabalho de Patos
Flávia Roberta F. da C. Assunção	Central de Mandados Judiciais e de Arrematações do Fórum Irineo Joffily
Alexandre Amaro Pereira	1ª Circunscrição
Lindinaldo Silva Marinho	1ª Circunscrição
Artur da Silva Torres	2ª Circunscrição
Aécio Pereira de Lima Filho	2ª Circunscrição
Adriana Lemes Fernandes	2ª Circunscrição
José Guilherme Marques Júnior	3ª Circunscrição
Flávio Londres da Nóbrega	3ª Circunscrição
Rodrigo Anderson Ferreira Oliveira	3ª Circunscrição
Francisco Xavier de Andrade Filho	3ª Circunscrição
Clóvis Rodrigues Barbosa	4ª Circunscrição
Renata Maria Miranda Santos	4ª Circunscrição
Albérico Viana Bezerra	5ª Circunscrição
Francisca Poliana A. Rocha de Sá	5ª Circunscrição
Luiz Antônio Magalhães	5ª Circunscrição

George Falcão Coelho Paiva

5ª Circunscrição

APRESENTAÇÃO

No ano de 2014, o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região publica o vigésimo volume da Revista deste Regional, composta por quatro partes: 1) artigos doutrinários; 2) artigos com temas das palestras apresentadas na XIV Semajud; 3) acórdãos e sentenças de desembargadores e de magistrados que compõem este Tribunal; e 4) trabalhos acadêmicos vencedores nas XII, XIII e XIV Semanas do Judiciário, evento realizado anualmente.

As matérias abordadas, embora já conhecidas dos operadores do direito, são agora reinterpretadas em consonância com os princípios e normas constitucionais, considerando que o modelo de interpretação das normas jurídicas instituído pelo sistema positivista já não se mostra suficiente para a sua efetivação.

Os temas dos artigos vão desde a interpretação sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, perpassando por temas inerentes à liberdade sindical, à pluralidade sindical oblíqua, aos múltiplos contornos da subordinação jurídica e seus efeitos no sindicalismo brasileiro, à greve atípica, ao poder normativo e controle da legalidade da greve, ao controle jurisdicional de convencionalidade, ao deslocamento do centro do poder empregatício e o salário resultado, aos efeitos da globalização, ao trabalho irregular no serviço público e direitos trabalhistas daí decorrentes, como também os efeitos do neoconstitucionalismo e do paradigma pós-positivista no Direito Previdenciário: análise da concessão da aposentadoria especial ao servidor público.

A mescla de temas de direito do trabalho, direito coletivo sindical e direito previdenciário apresentados dentro de um enfoque constitucional e dos tratados internacionais, fortalece o nexos desses ramos jurídicos com a dignidade humana, que é onde se origina e para onde se converge o Direito.

A segunda parte compõe-se dos artigos doutrinários apresentados pelos palestrantes da XIV Semajud, cujo tema central foi “O Anteprojeto de reforma do CPC e os reflexos no processo trabalhista”, onde foram tratados assuntos como: o anteprojeto do CPC e o processo do trabalho – harmonização ou polêmica, negociação processual – distribuição do ônus probatório, reflexos do novo Código de Processo Civil na execução trabalhista, sistema de precedente judicial no novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho e o princípio processual da adequação formal – reflexões e tendências. O tema da XIV SEMAJUD foi escolhido em decorrência da observação do panorama jurídico onde se constatou uma certa apatia dos operadores de direito que atuam no âmbito trabalhista deste Regional sobre o projeto do novo Código de Processo Civil que está para ser aprovado ainda neste ano de 2014, bem como os reflexos que daí podem advir no processo do trabalho.

A terceira parte, composta de acórdãos e sentenças, reflete o pensamento jurídico dos desembargadores e magistrados deste Tribunal sobre matérias que se destacaram das que são comumente decididas neste Regional.

A quarta parte reúne os trabalhos vencedores nas XII, XIII e XIV Semanas do Judiciário, evento aberto à comunidade acadêmica universitária, realizado anualmente, onde se abre oportunidade aos estudantes do curso de Direito de apresentarem suas ideias sobre temas jurídicos pertinentes ao mote central do evento.

Como se vê, o conteúdo da Revista concentra o pensamento jurídico dos autores dos artigos sobre os temas por eles escolhidos, e espera-se que a

sua leitura venha contribuir para o engrandecimento da cultura jurídica e para o exercício de uma jurisdição mais democrática, mais crítica, mais justa e mais sábia.

HERMINEGILDA LEITE MACHADO

Vice Diretora e Coordenadora Acadêmica da EJUD 13ª Região

ARTIGOS

INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A BUSCA DO PLENO EMPREGO

Otacílio dos Santos Silveira Neto

Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Doutor em Direito Público pela Universidade de Zaragoza/Espanha. Professor de Direito Econômico da UFRN nos cursos de graduação e mestrado.

e-mail: otaciliosneto@yahoo.com.br

Telma Meira Silveira Potiguara

Graduada em Economia e em Direito pela UFPB. Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho pela ESMAT - 13ª Região. Técnico Judiciário do TRT da 13ª Região.

e-mail: tmpotiguara@trt13.jus.br

RESUMO

Dentre os princípios gerais que moldam a atividade econômica no Brasil, a busca do pleno emprego, a despeito de sua forte carga axiológica, é um dos menos estudados no país. A compreensão moderna de seu alcance, nos dias atuais, tem o condão de influir na política econômica nacional, promovendo o equilíbrio de forças nas relações trabalhistas, extraindo-se, por conseguinte, os melhores benefícios para seus participantes. Sua correta interpretação vai moldar a intervenção do Estado no domínio econômico (artigo 174 da Constituição Federal). Um dos objetivos fundamentais da ordem econômica brasileira é fazer com que ela sirva de forma equilibrada aos interesses, tanto dos empregadores como dos empregados. Nessa linha, a busca do pleno emprego é o instrumento essencial nesse processo. Tenciona-se, com isso, dar mais estabilidade aos contratos de trabalho, a partir de uma interpretação sistêmica do instituto.

Palavras-chave: Princípios. Ordem econômica. Busca do pleno emprego.

1 INTRODUÇÃO

Embora dotado de um forte cunho programático, o princípio constitucional da busca do pleno emprego é um assunto pouco tratado pela doutrina brasileira, o que é de causar espanto, uma vez que, sob a nossa ótica, é, ele, um dos princípios mais importantes a balizar as ações do Estado brasileiro sobre a economia.

O ex-presidente americano, Thomas Jefferson, dizia, com propriedade, que mais importante do que criar as leis é fazer com que sejam, as mesmas, cumpridas. De fato, se mais importante do que criar uma lei é cumpri-la, essa afirmativa ganha ainda mais força quando se trata, não de uma lei, mas, de um princípio constitucional, pois, como se sabe, descumprir um princípio é infinitamente mais grave do que descumprir uma lei, e, sendo, esse princípio, da órbita constitucional, os danos para a sociedade são incalculáveis.

Nos últimos anos, o Brasil tem evoluído muito em todos os campos: econômico, social, educacional, político e tecnológico. Vem se aproximando o momento

do país começar a traçar, no campo do Direito do Trabalho, os passos já seguidos pelas economias mais desenvolvidas do mundo, onde as demandas trabalhistas deixam de ocupar um lugar de destaque no Judiciário, para se tornarem parte coadjuvante dentro dela.

Para que, de fato, isso possa ocorrer, é necessário que o país ponha em prática os institutos traçados pelo legislador constituinte de 1988, especialmente aqueles princípios dotados de forte carga programática, como é o caso do princípio da busca do pleno emprego. Se a realidade social é mutante, a econômica é ainda mais. Agiu certo o legislador constituinte, ao estabelecer balizas para a ordem econômica, calcadas em princípios constitucionais. Dada a rápida dinâmica do mercado, é necessário que o administrador público disponha de margem de manobra para calibrar a política governamental dentro do país. Nessa linha, a busca do pleno emprego é, certamente, um desses princípios dotados de forte cunho programático, e, se o objetivo da Constituição Federal é promover a paz social no campo econômico, não nos resta dúvida que ele é ponto chave nesse processo.

A par disso, esse trabalho tem por escopo estabelecer uma interpretação desse princípio, a partir de um contexto de política econômica moderna, cuja finalidade seja o alcance da justiça social, dentro de um conceito de desenvolvimento econômico que se sustente ao longo dos anos.

2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A intervenção do Estado no domínio econômico é matéria recente dentro do Direito. As duas primeiras constituições brasileiras – a de 1824 e a de 1891 - não tinham, em seu teor, dispositivos jurídicos de ação sobre o campo econômico. A primeira Constituição brasileira a incorporar tais dispositivos foi a de 1934, a chamada Constituição Polaca.

A ideia de intervenção jurídica sobre o domínio econômico está ligada à de limitação da liberdade de mercado. Lênin dizia que a liberdade é um bem tão precioso, que precisa ser dosado. E o é mesmo. Ao lado da vida, a liberdade é um dos bens mais valiosos ao homem, e seu exercício, nos moldes que temos nos dias de hoje, é resultado de um longo, lento e doloroso processo de lutas e conquistas da sociedade, tendo, no Período do Liberalismo (que vai do Século XVII até a quebra da Bolsa de Nova York em 1929), seu momento mais marcante.

O liberalismo foi o período da História do Homem que precedeu ao

absolutismo. Sob o pálio do liberalismo, a concepção de liberdade do homem na sociedade encontrava-se em seu ápice. Era época de valorização da individualidade do homem, da exaltação da liberdade sob todas as suas formas, principalmente, da liberdade de mercado. Entendia-se que o homem, livre, entregue às suas próprias forças e vontades, dono do seu destino, acharia, naturalmente, ou melhor, necessariamente, o que era melhor para si. Em assim procedendo, mesmo sem querer, fazia aquilo que era melhor para a sociedade. Não haveria razão para o Estado intervir nessa relação. A ele cabia encontrar, sempre, o melhor caminho para sua vida, e as ações do Estado que intervissem na vida dele seriam entendidas como uma intromissão indevida do Estado sobre o livre-arbítrio do homem.

No campo econômico, a ideia de não intervenção do Estado era ainda mais forte. Acreditava-se que, por ser o homem, um ser maximizador de seus interesses pessoais, a proteção do Estado sobre essa liberdade de ação tinha, naturalmente, o condão de beneficiar toda a sociedade. Adam Smith (então o maior expoente do liberalismo econômico da época), citado por Fonseca (2005, p. 219), assim expõe tal entendimento:

Portanto, sem qualquer intervenção da lei, os interesses privados e as paixões dos homens levam-nos, naturalmente, a dividirem e a distribuírem o capital de qualquer sociedade entre os diferentes empregos com ele realizados, tanto quanto possível, na proporção mais vantajosa para o interesse de toda a sociedade. As várias regulamentações do sistema mercantil vêm, necessariamente, perturbar mais ou menos esta distribuição natural e muito vantajosa do capital.

Dentro desse contexto, as economias, em todo o mundo, migraram para a plena liberdade de mercado, sem qualquer interferência do Estado sobre ela.

Ora, é sabido que, no meio social, as pessoas simplesmente não são iguais umas as outras, e se assim o fossem, não haveria razão para a existência do ordenamento jurídico. No meio social, uns são mais hábeis do que outros e, no econômico, tal discrepância fica ainda mais evidente. Sem a intervenção do Estado no domínio econômico, os mais hábeis economicamente passaram a levar grande vantagem sobre os menos hábeis, o que fez criar um fosso social entre ricos e pobres. Dada a forte discrepância de poder nesse meio, aliada à abstinência interventiva do Estado, aqueles que adquiriram mais poder econômico passaram a impor regras desproporcionais aos que menos poder detinham. Instalou-se, então, a instabilidade social que começou a agitar o final do século XIX e o início do século XX. A Revolução Russa explode como um instrumento de revanche do proletariado e campo contra o poder econômico¹. Mais uma

1 DURANT, um dos maiores historiadores americanos, expõe em seu livro uma passagem do impacto que

vez, Fonseca (2005, p. 221) esclarece essa passagem com perfeição:

A concepção de um liberalismo atomista, de liberdade do indivíduo no âmbito do mercado, veio a ser desmentida pela realidade histórica. A partir de meados do século XIX o capitalismo se transforma. As unidades se unem, formando grupos, dando origem ao novo Estado industrial. Com os grupos econômicos surgem os primeiros questionamentos sobre a plena liberdade de comércio. A crise se instala e provoca, no período entre as duas grandes guerras, o surgimento de um novo Direito e a imperiosidade da atuação do Estado no domínio econômico.

A liberdade econômica plena, sem peias, descambou na exploração dos mais fortes sobre os mais fracos, inquietando a sociedade. A quebra da bolsa de valores, em Nova York, em 1929², e a grande recessão que a sucedeu sepultaram qualquer resquício da concepção de liberdade plena de mercado.

Dentro desse ambiente de inquietude, nasceu o Estado Social, cujo fito é promover o equilíbrio econômico na sociedade. A isso também devem ser associadas as duas grandes guerras que a humanidade presenciou no início do século passado, e que trouxeram consigo marcas profundas na sociedade. Nasceu, assim, dentro de todo esse contexto, a concepção de desenvolvimento como instrumento de paz social.

Os novos Estados que emergiram ao final da Segunda Guerra Mundial, principalmente os da Europa (e nesses, em especial a França e Alemanha), passaram a ter a missão de promover o desenvolvimento da sociedade e, para isso, por certo, não podiam cometer os mesmos erros do passado. Estabeleceram, então, balizas para as suas economias, com o escopo de promover-lhes a expansão econômica, de forma equânime, entre seus cidadãos. Não deixaram de lado as conquistas da liberdade de mercado, oriundas do período liberal, mas, também, não se deixou de lado a experiência nefasta adquirida com ele, de liberdade extrema. Em outras palavras, os Estados, guiados por dispositivos constitucionais previamente estabelecidos, passaram a intervir no domínio econômico, estabelecendo parâmetros para o exercício da liberdade de mercado. Abandonou-se, então, a ideia de crescimento econômico, e os estados passaram a se focar na ideia de desenvolvimento como instituto garantidor de igualdade na sociedade. Grau (2006, p. 216) quando dispõe desse instituto, assim se reporta:

[...] a ideia de desenvolvimento assim supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de

a plena liberdade de mercado gerou na França no final do Século XIX: “No entanto haviam fontes e vozes de descontentamento. Como a livre empresa progressivamente enriquecia os mais espertos, alguns homens perceberam que a igualdade murchava sob a liberdade, e que um governo de *laissez-faire* permitia a concentração da riqueza de forma a excluir a metade da população dos frutos das invenções e dos benefícios da civilização.”

2 Não por coincidência a primeira Constituição Federal brasileira, como já dissemos, a intervir no domínio econômico foi a de 1934.

mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí, porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreendendo uma parcela da noção de desenvolvimento.³

É exatamente por isso que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Estado brasileiro o objetivo fundamental de promover o desenvolvimento nacional, e esse processo depende de um conjunto complexo de ações que envolvem, também, a disciplina da economia como um todo, com a finalidade de direcioná-la ao bem comum.⁴ A intervenção do Estado no domínio econômico, dessa forma, não se trata de uma faculdade do Estado brasileiro, mas de uma obrigação constitucional, nos termos do que dispõe o artigo 174 da Constituição Federal, que assim preceitua: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o *Estado exercerá*, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” .

Note que o verbo exercer, usado na nossa constituição, no imperativo, denota não uma faculdade, mas uma obrigação do Estado brasileiro, e isso decorre, naturalmente, da necessidade que a liberdade econômica tem de sofrer correções em benefício de todos.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

A busca do pleno emprego, exposto no artigo 170 da Constituição Federal, como se sabe, é um dos princípios norteadores da atividade econômica brasileira. A intervenção do Estado no domínio econômico, na grande maioria das vezes, recai sobre um outro bem extremamente importante para o cidadão (ao lado da vida e da liberdade), que é a propriedade. Ao longo dos anos, algumas das grandes mutações sociais que

3 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. Editora Malheiros. São Paulo. 2006. Pg. 216. De acordo com RISTER: “Distinguindo o mero crescimento do desenvolvimento, Eros Grau afirma que a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento poderia levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado de elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí por que, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não poderia o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este último, meramente quantitativo, compreenderia uma parcela da noção de desenvolvimento.” RISTER, Carla Abrantkoski. Direito ao Desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências. Editora Renovar. São Paulo. 2007. Pg. 2.

4 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifamos).

ocorreram ao redor do mundo e que geram, ainda hoje, impacto profundo na moldura do ordenamento jurídico que se tem nos dias atuais, têm suas raízes na luta pela disciplina do Direito de Propriedade. A Revolução Francesa, a Carta Magna Inglesa e a Independência Americana têm, na luta do homem pelo respeito ao seu Direito de Propriedade, suas raízes mais profundas. Em razão disso, a Constituição, por uma questão de segurança jurídica e de estabilidade social, procurou estabelecer, desde já, as balizas que vão guiar essa intervenção. Se se observar o apanhado histórico que foi feito nas linhas passadas, é fácil perceber que esses princípios são aqueles que o constituinte, a partir de uma observação histórica e econômica, realizada ao longo dos anos, elegeu como indispensáveis ao alcance do processo de desenvolvimento nacional do Brasil.

É interessante notar que esses princípios, na verdade, refletem a evolução histórica e econômica da sociedade ao longo dos anos. A garantia do Direito de Propriedade, por exemplo, que é uma conquista do cidadão moderno, vem acompanhada da necessidade de, a ela, se dar uma função social. A livre iniciativa e a livre concorrência, direitos conquistados pelo empresariado, também vem acompanhadas da proteção do consumidor.

Em sua essência, e, considerando o forte cunho programático, os princípios constitucionais da ordem econômica têm como função primordial estabelecer as balizas que vão moldar a ação do Estado no campo do domínio econômico, especialmente no que se refere às políticas econômicas⁵. Eles funcionam como as bases ideológicas e econômicas sobre as quais se assenta a sociedade brasileira.

Em outras palavras, o que a Constituição Federal quis dizer com tais princípios foi que, se é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a busca pelo desenvolvimento nacional, e esse desenvolvimento passa, necessariamente, pelo crescimento econômico, as políticas públicas no país, cujo escopo seja o incremento da economia nacional, devem ser guiadas pelos princípios elencados no artigo 170 da

5 Nesse sentido veja-se arresto do STF: "É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 17. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes." (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006

Constituição Federal.

4 A BUSCA DO PLENO EMPREGO

Não nos resta dúvida que, de todos os princípios da ordem econômica trazidos pela Constituição Federal de 1988, o da busca do pleno emprego é o que contém a maior carga axiológica e, por conseguinte, de longe, é o mais complexo que existe.

Se o objetivo maior do ordenamento jurídico é promover a paz social, a ordem constitucional econômica de 1988 tem exatamente esse fim, embora seu instrumento de ação, para tanto, seja a economia. Dentro desse campo, uma das maiores fontes de instabilidade social é, justamente, a relação entre empregador e empregado. Aliás, uma das maiores revoluções que se tem notícia no mundo contemporâneo, a Revolução Russa, nasceu, exatamente, da instabilidade dessa relação.

A Constituição, por óbvio, como um instrumento jurídico que promove o pacto social no país, não podia se quedar inerte a esse contexto e, assim, instruiu o Estado brasileiro a buscar o pleno emprego como fator de bem-estar do trabalhador e, principalmente, como instrumento de paz social. No entanto, a questão que se propõe nesse trabalho é: como se dá o entendimento dessa busca do pleno emprego?

Não se questiona o fato de o princípio se voltar para a proteção do trabalhador. No entanto, como diria o Ministro Eros Grau, a Constituição não pode ser interpretada em tiras, especialmente, em se tratando de um dispositivo que disciplina a ordem econômica. É preciso que se interprete o dispositivo em questão a partir de uma visão sistêmica da Constituição Federal, a partir da qual, fica fácil perceber que a busca do pleno emprego engloba, em sua definição, inúmeros outros institutos, tais como o bom aproveitamento da terra, do capital, da organização empresarial, dentre outros (RISTER, 2007). Quando a Constituição fala em busca do pleno emprego, está a afirmar um valor fictício, um parâmetro ideológico para o mercado que, na prática, nunca será alcançado pelo Estado brasileiro. Tanto isso é verdade que a Carta não fala em alcance do pleno emprego, mas, na busca do pleno emprego. Nessa situação hipotética, as forças que compõem o mercado de trabalho brasileiro - por nós citados nas linhas atrás - em especial o trabalhador, em virtude das ações interventivas do Estado brasileiro sobre o domínio econômico, operariam, de forma ótima e precisa, sem desperdícios de recursos, a exploração ou o descompasso econômico. Em tal *status*, o trabalhador tem o seu trabalho remunerado corretamente e o empregador sente-se confortável em pagar aquilo que ele também acha justo. O proprietário rural explora sua terra de forma ótima, com respeito às

leis trabalhistas, tributárias e ambientais. O capital é empregado de forma produtiva, sem especulações privatistas. Enfim, é um ambiente que, apenas, serve de parâmetro para as ações do Estado brasileiro sobre o domínio econômico.

O Brasil tem uma longa tradição de desequilíbrio de forças, no que se refere à relação entre o trabalhador e o empregador. Ao longo da história do país, a situação do trabalhador sempre foi de forte submissão ao empregador, dada a gritante discrepância entre as forças de um em relação as do outro. E não é por outra razão que a Justiça do Trabalho, no Brasil, tem uma ação tão forte, quando comparada com aquelas existentes em países em grau de desenvolvimento maior do que o nosso. E isso ocorre pelo desequilíbrio das forças produtivas no país, que forçam o Estado a intervir, para equilibrá-las. Nos países mais desenvolvidos do que o nosso, a exemplo dos Estados Unidos, Suécia e Alemanha, o poder de barganha dos trabalhadores é infinitamente maior do que no Brasil, o que faz diminuir a diferença de forças entre ambos e, por conseguinte, o papel da Justiça do Trabalho como instrumento de estabilidade social. Isso ocorre pelo relativo equilíbrio dos fatores de produção nessas economias.

Como vimos nas linhas passadas, o liberalismo mostrou que o mercado naturalmente entregue às suas próprias forças intrínsecas não se equilibra, muito pelo contrário, descamba num processo de exploração dos mais fortes sobre os mais fracos. A intervenção do Estado no domínio econômico, como já deixamos claro, deve ter, sempre, o condão de promover o equilíbrio de forças dentro da economia, dando a ela um ambiente de justiça social. A concepção de liberdade econômica não pode passar pela concepção de que todos são iguais na sociedade e que, em razão disso, todos têm condições de gerir, de forma independente, seus próprios interesses.

A concepção moderna de liberdade econômica que se tem hoje é a de que cada um sabe, de fato, o que é melhor para si; quanto a isso, não resta dúvida. Mas, daí a dizer que, sabendo o que é melhor para si, o indivíduo tem condições de exercer a liberdade plena, há uma grande diferença. É claro que o trabalhador sabe o que é melhor para ele, mas, na maioria das vezes, não tem condições de escolha, dada a discrepância de poder existente na relação trabalhista. Poder optar pelo melhor emprego, ter condições de discutir valores de sua remuneração, de suas condições de trabalho são, todas, escolhas que, na maioria das vezes, ficam mitigadas em razão do seu pouco poder de barganha. Observe-se que se essas escolhas, tanto quanto possíveis, pudessem ser negociadas, pelo menos de forma razoável entre as partes envolvidas, não resta dúvida que muitas das contentas trabalhistas deixariam de existir, desafogando o Judiciário e o contribuinte brasileiro. Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1994,

com a tese “Desenvolvimento como Liberdade”, dizia, exatamente, que o desenvolvimento numa sociedade consistia em dar as condições para que os indivíduos possam fazer livremente suas escolhas no meio social, eliminando as privações que os fazem reféns de qualquer sistema.

Se a busca do pleno emprego é um princípio constitucional da ordem econômica, que direciona a política governamental, suas ações devem ser voltadas à instituição de mecanismos que promovam o equilíbrio da relação entre o trabalhador e o empregador, permitindo que ambos possam exercer, tanto quanto possível, suas liberdades de escolha.⁶

A falta de crescimento econômico contínuo do país, que se arrasta há 30 anos, é um dos principais fatores de promoção dessa discrepância. Sem a expansão da economia, a busca por mão de obra torna-se cada vez mais escassa, favorecendo a concentração de poder nas mãos do empregador, que, em razão disso, se sente naturalmente mais livre para impor as condições, por óbvio, menos vantajosas para o trabalhador, que vê, assim, maculado o seu direito ao pleno emprego. A excessiva tributação no país (seja ela por meio das obrigações principais ou acessórias) que onera desproporcionalmente as empresas, sobretudo as de pequeno porte, aliada a ineficiência da máquina administrativa, impedem a fluidez da livre iniciativa no Brasil⁷, um dos institutos mais importantes para a geração de empregos em qualquer economia civilizada. A isso se associe: i) a falta de crédito financeiro ao mercado, por ter o Brasil, uma das maiores taxas de juros do mundo; ii) a sonegação fiscal que impede os bons empresários de competirem no mercado, aumentando, assim, a oferta de postos de trabalho e; iii) a falta de oportunidades de qualificação do trabalhador, dentre outros fatores. Tudo isso promove a falta de equilíbrio das forças produtivas no país e, por óbvio, a parte mais frágil dessa relação – o trabalhador – será sempre o mais prejudicado, e empurrado, muitas vezes, para o subemprego.

A interpretação que se deve dar ao dispositivo constitucional em análise é a de que o Estado brasileiro deve intervir no campo econômico, para promover o uso equilibrado das forças produtivas, para que as partes envolvidas nesse processo possam,

6 Nesse ponto escreve TAVARES: “Na criação e aplicação de medidas de política econômica deverá o Estado preocupar-se em propiciar o pleno emprego, situação em que seja, na medida do possível, aproveitada pelo mercado a força de trabalho existente na sociedade. TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2012. Pg. 205.

7 Nesse sentido dispõe FONSECA: “Afirmando uma opção pelo regime de economia de mercado e assumindo essa postura ideológica, a Constituição adota como princípio a mola básica que rege aquele tipo de organização da economia. Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas.”. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. São Paulo: Editora Forense, 2005. Pg. 90

tanto quanto possível – isso porque dificilmente os trabalhadores terão os mesmos poderes dos empregadores – escolher livremente aquilo que mais atende aos seus interesses.

A função maior de uma constituição moderna é garantir a liberdade do homem na sociedade, dando condições para que ele escolha, no meio em que vive, aquilo que julga ser melhor para si, o que engloba, por certo, tanto o trabalho, como as condições para o seu exercício. A relação trabalhista não é uma via de mão única, mas sim, de interesses duplos - do trabalhador e do empregador. A ação do Estado brasileiro na busca do pleno emprego, que promova apenas um dos lados dessa relação, desaguará, inexoravelmente, em um desequilíbrio contratual, cujos efeitos serão os mesmos que se tem nos dias de hoje.

O pleno emprego deve ser entendido como um nível da economia onde os jogadores – trabalhadores e empregadores – tanto quanto possível, em razão das retiradas dos entraves à expansão econômica do mercado, possam ter o direito de escolher, com certa margem de liberdade, as condições que melhor atendam a seus interesses.⁸

Paulo Sandroni citado por RISTER (2007, p. 279) expõe que: “[...] o pleno emprego consiste numa situação em que a demanda de trabalho é igual ou inferior à oferta. Isso significa que todos os que desejarem vender sua força de trabalho pelo salário corrente terão condições de obter um emprego”.

É claro que aquele que emprega e assalaria vai ter sempre mais força do que aquele que depende do salário, o que forçará, sempre, o Estado a instituir regras que disciplinem essa relação em benefício da parte mais fraca, estabelecendo, desde já, regras mínimas para o cumprimento do contrato de trabalho.

Por mais desenvolvida que possa estar uma economia no mundo, nos dias atuais, essas regras mínimas sempre existirão. No entanto, a fluidez da economia, que cresce de forma contínua, permite que os jogadores desse mercado, pela natural regra da oferta e da procura, estabeleçam regras mais benéficas do que aquelas estabelecidas pelo Estado como regras mínimas.

No Brasil, essa situação é inversa. Como o crescimento populacional não vem sendo acompanhado pelo crescimento econômico, a balança tende mais para um lado do

8 LOPES, Luiz Martins. VASCONCELLOS, Antônio Sandoval. (org.). Manual de Macroeconomia: nível básico e intermediário. Editora Atlas. São Paulo. 2010. Pg. 112. Nesse sentido também MATIAS-PEREIRA citando Carlos Hérran assim dispõe: “O desenvolvimento nacional tende a ocorrer quando todos os membros de uma sociedade podem realizar plenamente suas capacidades e aspirações, a partir de um nível de igualdade de direitos e oportunidades.” MATIAS-PEREIRA, José. Finanças Públicas: a política orçamentária no Brasil. Editora Atlas. São Paulo. 2010. Pg. 84.

que para o outro, impedindo que ambos, especialmente o trabalhador, ganhem margem de manobra na economia. Diga-se, especialmente, o trabalhador, mas não se pode esquecer do empregador, que, a despeito de conhecer as regras mínimas, muitas vezes sufocado pelos entraves ao crescimento do país – em especial a tributação excessiva – não tem condições sequer de cumprir tais regras.

É bem verdade que, a teor das disposições da CLT, os riscos da atividade econômica pertencem ao empregador, mas o Direito não pode ser míope e não enxergar o que está na sua frente. É fato que as micro, pequenas e médias empresas fecham as suas portas pela extrema dificuldade que encontram no livre empreendedorismo no país e são elas, de longe, tanto as maiores responsáveis pela geração de emprego no Brasil⁹, como pelas demandas na Justiça do Trabalho. É óbvio que o trabalhador não pode ser penalizado pelas escolhas erradas do empregador na gestão do empreendimento. Como deixa clara – repita-se – a legislação trabalhista, o risco do empreendedorismo pertence ao empregador. No entanto, o Estado, por ser o maior responsável em última instância pela boa gestão da ordem econômica do país, deve tomar as medidas necessárias para não agravar, ainda mais, esse risco, obrigando a economia a suportar o ônus da sua ineficiência administrativa.

Nos países de economia mais eficientes no mundo, a exemplo do Japão, Suíça e Dinamarca, as desavenças trabalhistas - por óbvio existentes - são difíceis de ocorrer.¹⁰ Isso se dá pela margem de equilíbrio contratual existente entre ambas as partes da relação trabalhista. Já no Brasil, em razão da forte compressão dessas margens, o espaço de liberdade contratual é praticamente inexistente, o que favorece os atritos laborais.

Não existe paz social quando a balança não está em equilíbrio. Enxergar a busca do pleno emprego apenas como um valor único em benefício do trabalhador, sem dar ao empregador as condições para que as possa oferecer, é criar, no país, uma ilusão jurídica que apenas contribui para o descrédito dos brasileiros nas leis, que, em sua escrita, vêm recheadas de boa vontade, mas que, na prática, não passam de letra morta, despidas de qualquer efetividade social. Quando as leis são publicadas ao arripio dos

9 A própria Constituição Federal prevê essa situação quando dispõe em seu artigo 179: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

10 Esses países trabalham dentro de um sistema que a economia chama de Eficiência Produtiva. Para ROSSETTI: “Conceitualmente, a eficiência produtiva é alcançada quando, além de estarem plenamente empregados e não ociosos, os recursos mobilizados estão operando no limite máximo de seus potenciais. Assim somente se considera que uma economia está operando na plenitude de sua eficiência alocativa quando as possibilidades de produção são mobilizadas em seus níveis mais elevados. ROSSETTI, José Pascoal. Introdução à economia. Editora Atlas. São Paulo. 2010. Pg. 191

fatos sociais, estes se vingam e ignoram as leis. Esse é um dos brocardos mais elementares do Direito.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal é, na verdade, a compilação de toda uma evolução histórica da sociedade brasileira, inclusive no que se refere às influências por ela recebidas da dinâmica social internacional.

A moderna ordem econômica, surgida no início do século passado, nasceu cônica de sua obrigação interventiva, com o escopo de promover a paz social. O campo das relações de trabalho é, naturalmente, propenso a conflitos sociais mais intensos, o que demanda uma atenção especial dos dispositivos constitucionais moduladores dessa ordem. Os princípios da ordem econômica, em especial o da busca do pleno emprego, têm essa finalidade, embora imbuídos de forte carga axiológica.

É importante que se tenha em vista que, embora o princípio em questão seja voltado para a promoção da qualidade de vida do trabalhador, o instrumento veiculador dessa melhoria é o empregador, o que torna a busca do pleno emprego um vasto instrumento direcionador de política econômica governamental.

Se o objetivo maior da Constituição Federal é a busca da paz social, o campo econômico é uma das áreas mais sensíveis a esse objetivo e, mais especificamente dentro dele, as relações trabalhistas ganham relevo. Se, de fato, o país quer alcançar o patamar de justiça social, a busca do pleno emprego deve ser vista como instrumento amplo de política governamental, que promova, através da intervenção do Estado no domínio econômico, tanto quanto possível, a liberdade de escolha do que melhor atende aos interesses de seus participantes, sejam eles empregadores sejam eles trabalhadores.

REFERÊNCIAS

DURANT, Will. **A história da Civilização** : a era de Napoleão. Rio de Janeiro: Record, 1975;

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. São Paulo: Forense, 2005;

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006;

LOPES, Luiz Martins; VASCONCELLOS, Antônio Sandoval. (Org.). **Manual de Macroeconomia**: nível básico e intermediário. São Paulo: Editora Atlas, 2010;

MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas**: a política orçamentária no Brasil. São Paulo: Atlas, 2010;

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. São Paulo: Renovar, 2007;

ROSSETTI, José Pascoal. **Introdução à economia**. São Paulo: Atlas, 2010;

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2012.

LIBERDADE SINDICAL COMO EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL.¹

Amauri Cesar Alves

Doutor e Mestre em Direito pela PUC.Minas.
Professor da Universidade Federal de Lavras (UFLA) e da Fundação Pedro Leopoldo (FPL).
Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG
Editor do site www.direitodotrabalhoessencial.com.br

RESUMO

o presente artigo pretende demonstrar que, independentemente de alterações normativas, o atual arcabouço jurídico brasileiro, ao lado das transformações sociais havidas nos últimos anos, é suficiente a ensejar profunda mudança interpretativa dentro do modelo sindical vigente. A mudança interpretativa consagra a liberdade sindical como princípio constitucional revelador de direito fundamental do cidadão trabalhador e que, portanto, tem eficácia imediata. Como consequência a regra da unicidade sindical ou é inconstitucional ou deve ser interpretada restritivamente, apenas para revelar o sindicato mais representativo e portanto apto à negociação coletiva. Tal cenário enseja o reconhecimento da pluralidade sindical e uma nova leitura da regra do artigo 511 da CLT, que agora permite que a agregação do trabalhador ao sindicato se dê da forma eleita pelos trabalhadores. Por fim o direito posto, visto através da preponderância do texto constitucional, possibilita a concorrência entre sindicatos pela representação, o que poderá ensejar melhor atuação do ente coletivo no plano da normatização autônoma.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República promulgada em 1988 é um marco para o sindicalismo brasileiro, pois trouxe regras e princípios que devem ser diretamente aplicados às relações coletivas de trabalho. A liberdade sindical preconizada no artigo 8º da Constituição da República, ainda que aprioristicamente condicionada à unicidade, parece ter permitido a proliferação (oblíqua) de sindicatos, por fragmentação da representação, possibilitada por uma compreensão (equivocada) do Ministério do Trabalho e Emprego sobre a matéria. O Brasil experimentou crescimento significativo no número de sindicatos em períodos de relevante normatização heterônoma, como nas décadas de 1930-1940 e 1980-1990, o que é aparentemente natural. Nos últimos anos, entretanto, o crescimento foi vertiginoso e muitas vezes desarrazoado, força de uma regulamentação permissiva do Ministério do Trabalho e Emprego sobre as possibilidades de desmembramento e cisão de sindicatos. Também o Poder Judiciário atuou no sentido de tentar equilibrar liberdade sindical com unicidade, mas o fez, majoritariamente, com conceito impróprio, de especialização, o que permitiu a artificial fragmentação de categorias e a pulverização prejudicial da representação. Na prática a fragmentação hoje verificada pode ter sido tolerada por haver uma pressão pro-pluralidade, ainda que não revelada expressamente pelos atores sociais envolvidos. Tal pluralidade sindical oblíqua pode ter sido até mesmo influenciada, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego e

¹ O presente artigo é uma pequena parte da Tese de Doutorado apresentada pelo autor à PUC.Minas.

do Poder Judiciário Trabalhista, pela Convenção 87 da OIT em seus valores básicos, mas sem que se estabelecessem critérios claros de fixação da representação decorrente de seus princípios.

O atual contexto social, político, econômico e normativo exige do intérprete uma nova compreensão sobre o sindicato no Brasil, necessariamente fundada em liberdade sindical que consagra pluralidade de representação. Assim, será importante compreender a liberdade sindical como direito fundamental de aplicação imediata, nos termos da regra contida no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição da República, e a normatividade dos princípios constitucionais. Tal compreensão possibilitará a aplicação plena da liberdade sindical nos diversos contextos sociojurídicos que envolvem trabalho, tanto em âmbito individual quanto coletivo. Na mesma linha é importante reconhecer que a liberdade sindical, em seus contornos básicos, já está plenamente em vigor na ordem jurídica brasileira, pois ratificada em tratados internacionais pelo Brasil no âmbito da ONU e da OEA, além de consagrar direitos humanos dos trabalhadores.

A afirmação da liberdade sindical como direito fundamental (constitucional), que tem seu valor básico ratificado pelo Brasil em tratados de Direitos Humanos e consequente aplicabilidade direta no plano das relações intersubjetivas exige do intérprete do Direito uma nova compreensão sobre as regras constitucionais e infraconstitucionais básicas sobre o sindicato. Duas são as possibilidades interpretativas, no atual cenário normativo plural, que ensejarão releitura do disposto no artigo 8º da Constituição da República e, como consequência, no artigo 511 da CLT: inconstitucionalidade da regra constitucional da unicidade e interpretação tópico-sistemática (ou por ponderação) do direito posto. A primeira, inconstitucionalidade da regra constitucional da unicidade, tem por base a doutrina alemã de Otto Bachof. O suposto é a possibilidade de existência (já anteriormente negada pelo STF) de inconstitucionalidade de regra constitucional, o que ensejaria a interpretação de desconformidade da regra da unicidade com o princípio (revelador de direito fundamental) da liberdade sindical. A segunda, que pretende a compatibilização tópico-sistemática entre liberdade sindical e unicidade, pressupõe a prevalência do princípio da liberdade sindical sobre a regra da unicidade, que se preserva apenas para a indicação do sindicato mais representativo e, portanto, apto à negociação coletiva. Todas as transformações aqui apresentadas e adiante desenvolvidas, sobretudo aquelas de matriz constitucional, possibilitarão uma releitura do artigo 511 da CLT, que, em cenário de pluralidade sindical, pressupõe o direito dos trabalhadores de constituir organizações conforme escolha dos interessados. Os sindicatos (por profissão, categoria profissional, empresa ou segmentos econômicos) concorrerão livremente para a

representação coletiva neste cenário possibilitado por uma nova interpretação do sistema jurídico brasileiro.

2 LIBERDADE SINDICAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA

A liberdade sindical é princípio fundamental da OIT (Convenção 87), direito constitucional social fundamental dos trabalhadores brasileiros (artigo 8º), está inserida dentre os direitos humanos pela ONU e pela OEA e tem, por força da norma contida no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República, aplicação imediata independentemente de regras constitucionais ou infraconstitucionais sobre a matéria. O princípio constitucional da liberdade sindical, tal como fixado no artigo 8º da Constituição da República, tem aplicação imediata e vigora independentemente de regra constitucional ou infraconstitucional sobre o tema, pois dotado de normatividade suficiente a garantir sua eficácia² horizontal e vertical, vez que direito fundamental.³

Possível conceituar a liberdade sindical, para fins do presente estudo, como direito fundamental do cidadão trabalhador, individual e coletivamente considerado, que garante ao seu ente representativo atuação autônoma face ao Estado e ao empregador, competindo aos representados a definição de seu âmbito de atuação e sua estruturação interna. Possível também extrair dela novas conclusões sobre sua aplicação no direito brasileiro.

A Constituição da República de 1988 trouxe consideráveis avanços normativos, inclusive principiológicos, que influenciaram diretamente o direito pátrio nos últimos anos. Princípios relativos à dignidade da pessoa humana, ao valor social e primado do trabalho, à submissão da propriedade à sua função social, dentre outros, devem influenciar, também, a interpretação e a aplicação da regra heterônoma de Direito Coletivo do Trabalho e, mais do que isso, devem concorrer para a concretização do ideal de justiça que é essencial no plano das relações sociocoletivas de trabalho.

Dworkin (2002, p. 36, 39-40), em sua obra “Levando os Direitos a Sério”, conceitua o que entende por princípios e traça a distinção entre estes e as regras:

2 “Toda norma destina-se à produção de algum efeito jurídico. Como consequência, a eficácia jurídica – isto é, a pretensão de atuar sobre a realidade – é atributo das normas de Direito. A consumação desses efeitos, a coincidência entre o dever-ser normativo e o ser da realidade, é identificada como efetividade da norma” (BARROSO, 2012. p. 342).

3 Tal ideia, adiante desenvolvida, pode (e deve) ser também estendida à estabilidade no emprego preconizada no artigo 7º, inciso I, da Constituição da República, vista a mesma topografia constitucional, o que por certo também contribuirá para a efetivação de direitos sociais trabalhistas, ao lado da implementação da liberdade sindical. Entretanto, por não ser objeto específico da presente análise, a tese de plena vigência da estabilidade no emprego no Brasil não será aqui desenvolvida.

Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade. (...) A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.(...) Mas não é assim que funcionam os princípios (...). Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.

Regras e princípios são normas jurídicas, pois “*ambos dizem o que deve ser*” (ALEXY, 2008, p. 87). A diferenciação pode ser posta, segundo exemplifica Alexy, em termos de generalidade. Princípios “são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (ALEXY, 2008, p. 87). Prefere entretanto o citado autor a diferenciação qualitativa, e disserta sobre os princípios como mandamentos de otimização. (ALEXY, 2008, p. 90-91).

É possível extrair das lições de Alexy e de Dworkin que a expressão constitucional “*é livre a associação profissional ou sindical*”, fixada no *caput* do artigo 8º, consagra um princípio, pois a liberdade sindical é exigência de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade, nas palavras de Dworkin (2002). Em sentido diverso compreende-se o preceito “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município” estabelecido no inciso II do mesmo artigo 8º constitucional. Neste caso trata-se de regra, pois fixa uma conduta e estabelece as consequências jurídicas que são extraídas de seu cumprimento ou descumprimento: a possibilidade ou não do registro sindical. Na mesma linha sustenta Loguercio (2000) ser a unicidade restrição ao princípio da liberdade sindical.

No que diz respeito ao presente estudo específico, a unicidade sindical pretendeu, reafirmada como foi em 1988, trazer segurança jurídica ao “*enquadramento sindical*” por categoria, o que, comprovadamente, se perdeu ao longo das últimas décadas, dadas a pluralidade sindical oblíqua e as diversas alterações no plano fático das relações socioativas de trabalho.

Explica Barroso (2012, p. 228) quais são os critérios distintivos entre princípios e regras e identifica os três principais: o conteúdo, a estrutura normativa e o modo de aplicação. No que concerne ao conteúdo, “o vocábulo ‘princípio’ identifica as normas que expressam decisões políticas fundamentais (...) valores a serem observados em razão de

sua dimensão ética”. Sobre a estrutura normativa identifica que os princípios “normalmente apontam para critérios ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida” (BARROSO, 2012, p. 229). Destaca, ainda, neste contexto, que há indeterminação de sentido e diferentes meios de realização dos princípios, o que permite que os “diferentes argumentos e pontos de vista existentes na sociedade, acerca dos valores básicos subjacentes à Constituição, ingressem na ordem jurídica e sejam processados segundo a lógica do Direito” (BARROSO, 2012, p. 229), o que não se dá com as regras, que são predominantemente descritivas, e não finalísticas. Por fim, com relação ao modo de aplicação, a diferença se dá nos âmbitos da subsunção, para as regras, e da ponderação, para os princípios. “Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica.” (BARROSO, 2012, p. 231).

Os princípios foram então erigidos ao *status* de norma jurídica⁴, não sendo mais meras fontes subsidiárias de direito para a supressão de lacunas do ordenamento, com destaque, neste cenário, para os princípios constitucionais.

A normatividade dos princípios se insere nas teorias pós-positivistas de compreensão do Direito que, como o epíteto indica, compreendem uma superação do positivismo jurídico⁵, que por sua vez essencialmente contempla a regra legal como centro do ordenamento e como sinônimo de Direito. A ideia básica é reconhecer a insuficiência do positivismo para a solução de diversos conflitos intersubjetivos, e que “o direito clama por sentimento, por pulsação, por novamente dar os braços aos mais íntimos anseios da sociedade. Ele almeja oferecer novas respostas aos cidadãos, de acordo com uma perspectiva moral e ética.” (GÓIS, 2010, p. 47). O pós-positivismo se propõe a revisitar elementos importantes do jusnaturalismo e, ao mesmo tempo, compatibilizá-los com pilares do positivismo, em uma confluência entre paradigmas aparentemente opostos, nos dizeres de Barroso (2007, p. 208).

4 “Normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social. Dentre suas características encontram-se a imperatividade e a garantia. A imperatividade traduz-se no caráter obrigatório da norma e no conseqüente dever jurídico, imposto a seus destinatários, de se submeterem a ela. A garantia importa na existência de mecanismos institucionais e jurídicos aptos a assegurar o cumprimento da norma ou a impor conseqüências em razão do seu descumprimento.” (BARROSO, 2012. p. 212).

5 Ronald Dworkin critica o positivismo jurídico por reconhecer que “quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” e constata que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.” (DWORKIN, 2002. p. 36).

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

A normatividade dos princípios está inserida também no contexto técnico-jurídico do neoconstitucionalismo, que preceitua, essencialmente, a centralidade do texto constitucional, que deve ser entendido como norma jurídica superior, dotada de imperatividade e eficácia direta, e não somente como documento político propositivo ou programático. É fenômeno importante no âmbito do neoconstitucionalismo e fundamental para a compreensão da normatividade dos princípios a conclusão pela força normativa da Constituição. Embora pareça óbvia a ideia básica, é ainda difícil, em certos casos e com destaque para o Direito do Trabalho, a concretização do Texto Constitucional na vida cotidiana do cidadão. A tradição brasileira é a de constituições como espaços para promessas e comandos apenas para o legislador infraconstitucional, sem que tenham, em diversas de suas normas, aplicabilidade direta, ideia que deve ser afastada também e principalmente no plano do direito sindical. Ora, se a Constituição da República veicula normas jurídicas (regras e princípios) e se tais são dotadas de imperatividade, como todas as normas jurídicas, então sua “inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado” (BARROSO, 2012, p. 284), o que se pretende também no plano da liberdade sindical. A normatividade dos princípios constitucionais posiciona-se como elemento central para a interpretação e aplicação das regras jurídicas heterônomas, o que é possível, também e principalmente, no âmbito juscoletivo.

Importante ainda a compreensão dos direitos fundamentais neste cenário, pois além da normatividade dos princípios constitucionais, da superioridade hierárquica da Constituição e de sua centralidade no sistema jurídico, é também traço relevante do neoconstitucionalismo “a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais” (BARCELLOS, 2006, p. 39). Em uma primeira análise, com o risco de ser superficial, pode-se compreender que fundamentais são os direitos consagrados no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da Constituição da República, dentre os quais se destacam, no presente estudo, aqueles constantes no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, o que inclui o disposto em seu artigo 8º.

Canotilho (2003, p. 377) explica que o local da positivação jurídica dos direitos fundamentais é a Constituição, e que “a positivação dos direitos fundamentais significa a

incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”. Importante destacar, na obra de Canotilho (2002, p. 379), a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. A fundamentalidade formal diz respeito à consagração das normas no “*grau superior da ordem jurídica*”, à submissão a procedimentos agravados de revisão” e à sua caracterização como vinculativa dos poderes públicos. A fundamentalidade material “insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade” (CANOTILHO, 2002, p. 379). Tentando transportar tais ideias⁶ às norma (liberdade sindical) e regra (unicidade) do artigo 8º da Constituição da República é possível inferir que aquela traz em si valor constitutivo da estrutura básica do Estado brasileiro e de sua sociedade plural e democrática, enquanto esta não tem, materialmente, fundamentalidade.

Arruda (1998, p. 61) compreende os direitos fundamentais como sendo aqueles que “potencializam, libertam, desenvolvem e dignificam o homem”, e lembra que possuem eficácia plena, devendo o juiz dar “solução ao caso concreto em qualquer situação de violação desses direitos, entendendo não que a Constituição deva sempre conter um mínimo, mas sim o máximo de eficácia”.

É importante ressaltar a liberdade sindical como direito fundamental e que obriga ao Estado (e aos particulares) abstenções com relação à sua organização interna, o que se espera possível e efetivo em um contexto de ampliação e concretização de seus conteúdos constitucionais (pela via da interpretação).

Coutinho Filho (2010, p. 57) ressalta a necessária preservação do núcleo essencial de cada direito fundamental, “que é a parcela do conteúdo de um direito sem o qual ele perde sua mínima eficácia, deixando de ser reconhecido como tal”. Ora, o núcleo essencial do direito fundamental de liberdade sindical é a impossibilidade de interferência do Estado na organização do ente coletivo representativo dos trabalhadores, sendo que a regra da unicidade acaba por pressioná-lo e por retirar parte de sua eficácia. Assim, a liberdade sindical é direito fundamental elementar e princípio básico da Constituição brasileira, enquanto a regra da unicidade não se caracteriza como tal.

Diante do exposto é necessária uma releitura das regras celetistas e constitucionais sobre o sindicato, para que se afirmem os direitos fundamentais do cidadão, com destaque para a liberdade sindical com efetiva autonomia do ente coletivo obreiro face ao Estado e aos particulares.

Almeida (2010) disserta sobre as gerações de direitos fundamentais, na linha

⁶ Vista parcialmente a teorização de Canotilho, que escreve sobre a Constituição Portuguesa, embora possivelmente não fosse essa, se analisado o caso pelo constitucionalista, a sua conclusão

das dimensões dos direitos humanos. Destaca serem os de primeira geração ou dimensão aqueles vinculados à cidadania, os de segunda geração aqueles que dizem respeito aos direitos econômicos, sociais e trabalhistas, e os de terceira dimensão aqueles relacionados à solidariedade e à fraternidade. Enfim, “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam”, diz Bonavides (2004, p. 560), com base em Konrad Hesse.

Na linha do exposto é importante compreender a aptidão da norma constitucional, sobretudo dos princípios constitucionais que consagram direitos fundamentais, para a produção de efeitos jurídicos. A eficácia dos princípios é direta quando o “princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida.” (BARROSO, 2012, p. 342). O presente estudo pretende demonstrar, adiante em sede de conclusão, que a liberdade sindical atua sobre os fatos sociocoletivos como norma jurídica apta a gerar repercussões e cujo descumprimento pode acarretar sanções judiciais

Tanto o Estado quanto os particulares (sindicatos, empregados, empregadores) estão vinculados à liberdade sindical em seus termos essenciais, com destaque para a impossibilidade de intervenção injustificada e indevida na organização e estruturação básicas do ente coletivo representativo dos trabalhadores. Sarlet (2007, p. 275) defende a aplicabilidade do disposto no parágrafo único do artigo 5º da Constituição da República também aos direitos sociais dos artigos 6º a 11, e não somente às garantias individuais consagradas naquela norma fundamental:

[...] o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável. (...) A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico.

Diante do exposto é imperativo que se faça a concretização dos Direitos Fundamentais também no âmbito do Direito Sindical. O entendimento de que o Direito Coletivo do Trabalho tem *status* constitucional de direito fundamental e de que seus princípios básicos são normas jurídicas aptas a regular as relações sociocoletivas de trabalho pode ensejar uma nova perspectiva ao cidadão trabalhador, até mesmo no sentido de ampliação de seu atual patamar civilizatório mínimo pela atuação de seu sindicato. Tais possibilidades hermenêuticas poderão ensejar uma mudança interpretativa

da norma contida no artigo 8º inciso II da Constituição da República, bem como de sua específica regulamentação celetista do artigo 511, parágrafo 2º. Tais possibilidades interpretativas podem se dar através do reconhecimento da inconstitucionalidade da regra constitucional do artigo 8º, inciso II ou da compatibilização entre princípio e regra.

3 INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 8º, INCISO II

Perceptível que há, no texto do artigo 8º da Constituição da República, uma aparente contradição antidemocrática⁷, pois o dispositivo normativo consagra o princípio fundamental de liberdade sindical ao lado de unicidade como regra. Tal estrutura normativa aparentemente contraditória foi deliberadamente fixada na Constituição da República em 1988, pois não houve vontade política de se garantir expressamente a pluralidade sindical. Desde então o Poder Judiciário tenta compatibilizar as estruturas para preservar o texto constitucional.

A regra do inciso II não parece ser compatível com a norma do *caput* e nem com a regra do inciso I, todas do artigo 8º da Constituição da República. Se é livre a associação profissional ou sindical, compete a cada ente representativo definir seu alcance e sua atuação, sem que haja interferência ou intervenção do Estado, ainda que esta se dê “apenas” pela aplicação da regra heterônoma estatal. Assim, liberdade sindical deve ter como consequência óbvia, lógica e jurídica, a pluralidade sindical. É possível então, no plano teórico, compreender a inconstitucionalidade da regra do inciso II do artigo 8º da Constituição da República em face do disposto na norma de seu *caput* e inciso I.

Inicialmente é necessário lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em 1996, decidiu pela impossibilidade jurídica de haver norma constitucional inconstitucional, como se infere da ementa seguinte, referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815/DF⁸, cuja relatoria coube ao Ministro Moreira Alves:

7 Nos dizeres de Maurício Godinho Delgado, que concebe que a “Constituição de 1988, ao manter (mais do que isso: aprofundou e fortaleceu) instituições e mecanismos de grave tradição autocrática, voltados a suprimir a *responsiveness* do representante perante o representado, criou um impasse à Democracia brasileira. Esses mecanismos e instituições, no âmbito das normas jurídicas trabalhistas, encontram-se no conjunto de figuras originárias da formação corporativista-autoritária da década de 30, todos eles inviabilizadores do alcance de uma experiência democrática efetiva e profunda no sistema jurídico trabalhista do país.” (DELGADO, 2011. págs. 125-126).

8 No caso concreto o Requerente, Governador do Estado do Rio Grande do Sul, questionou a constitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição da República, por entender violado o princípio da igualdade. Compreendeu ser desarrazoada a proporção fixada na Constituição, que, segundo ele, privilegiou cidadãos das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (54,3% do Congresso Nacional) em detrimento daqueles das regiões Sul e Sudeste (45% do Congresso Nacional).

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impõe ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido." (BRASIL, 1996).

Percebe-se da ementa citada e da íntegra do acórdão, por sua vez consubstanciado em Parecer da Procuradoria Geral da República, compreensão de que a Constituição da República Federativa do Brasil não traz distinção entre suas cláusulas, independentemente de seu conteúdo ou natureza. Não haveria, assim, hierarquia entre normas constitucionais, o que impossibilitaria o reconhecimento de inconstitucionalidade interna ao texto. Tem o Brasil, para o STF, uma Constituição escrita e rígida que não faz distinção entre norma constitucional formal e material, sendo impossível a ocorrência de norma inconstitucional oriunda de um único legislador constituinte originário, também por força do princípio da unidade da Constituição. Tal possibilidade, de inconstitucionalidade de norma constitucional originária, significaria, para o STF, ingerência indevida no poder constituinte soberano de 1987-1988.⁹

Ao transportar os fundamentos da decisão supra para a questão aqui lançada, de inconstitucionalidade da regra constitucional do artigo 8º inciso II, provavelmente o resultado seria o mesmo da ADI 815 (se tal tese jurídica fosse apresentada à época ao STF), ou seja, o legislador constituinte originário de 1988 consagrou o princípio da liberdade sindical e, no exercício de sua competência, fixou as restrições ou exceções que entendeu devidas, sendo uma delas a unicidade sindical, não cabendo ao STF limitar sua vontade, pois não há no sistema jurídico brasileiro, norma constitucional inconstitucional.

A decisão acima transcrita (ementa), sobre a impossibilidade de haver norma constitucional inconstitucional, respeitável pelos seus fundamentos e origem, não impede

⁹ "No interior da mesma constituição originária, obra do mesmo poder constituinte (originário), não divisamos como possam surgir normas inconstitucionais. Nem vemos como órgãos de fiscalização instituídos por esse poder seriam competentes para apreciar e não aplicar, com base na Constituição, qualquer de suas normas." (BRASIL, 1996).

que a discussão seja retomada no presente estudo, inicialmente conforme sugestão de Cristiano Paixão, em seu artigo “A Convenção 87 da OIT no Direito Brasileiro: caminhos para sua vigência a partir da Constituição de 1988”, resultado de palestra proferida durante o “Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil” promovido pelo TST em 2012. O citado autor relata experiências constitucionais na Índia e na Irlanda, em que houve discussões sobre a possibilidade da inconstitucionalidade de norma constitucional. No caso da Irlanda não houve a declaração de inconstitucionalidade da regra questionada perante a Suprema Corte, mas voto vencido indicou tal possibilidade ao reconhecer no caso concreto que uma determinada norma possa contrariar o texto constitucional e “valores supralegais, que não estariam disponíveis nem mesmo ao constituinte na redação da Carta” (PAIXÃO, 2012, p. 51), o que determinaria sua inconstitucionalidade. Sobre a experiência da Índia lembra Paixão (2012, p. 52) debates sobre os limites impostos a uma Assembleia Constituinte, que não teria “liberdade total para escrever a norma constitucional que vinculará o futuro.”

Especificamente com relação à contradição antidemocrática entre o artigo 8º, inciso II, em face da norma de seu *caput* e inciso I, questiona Paixão, quais seriam os caminhos que poderiam ser abertos pela jurisprudência constitucional pátria para sua solução, e indica:

Mas, por outro lado, se a Constituição for interpretada não como um documento estático, não como um catálogo de direitos que se exaure no tempo da sua escrita, mas como documento histórico que se projeta para o futuro e que vem a ser escrito e reescrito e reelaborado pelas gerações que se seguem, começa a surgir um caminho promissor, uma alternativa, uma porta de entrada para que se possa estabelecer algum tipo de superconstitucionalidade. Existirá, segundo este raciocínio, algum núcleo, algum grupo de significados constitucionais que desafia as próprias constituições? Será possível estabelecer algum tipo de controle dessa superconstitucionalidade?” (PAIXÃO, 2012)

Para retomar então os debates sobre a inconstitucionalidade de norma constitucional no sistema jurídico brasileiro, especificamente no que diz respeito ao artigo 8º, inciso II, da Constituição da República, é necessário analisar conceitos significativos lançados na obra “Normas Constitucionais Inconstitucionais?”, do Professor alemão Otto Bachof.

Inicialmente cumpre destacar que a obra em questão é resultado de palestra proferida pelo autor em julho de 1951, quando a República Federal da Alemanha ainda se encontrava em período de transição do pós-guerra e sob influência (inclusive normativa) dos países aliados vencedores da II Guerra Mundial.

Em síntese e no que interessa diretamente ao presente estudo defende Otto

Bachof a possibilidade de haver normas constitucionais inconstitucionais, ou melhor, inconstitucionalidade de um preceito constitucional. Inicialmente, para defender sua tese, compreende Bachof a existência de “Constituição em sentido formal” e “Constituição em sentido material”, valendo-se da doutrina de C. Shmitt, Smend e Jellinek:

Nos termos desta distinção, Constituição em sentido formal será uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais – particularidades do processo de formação e da designação, maior dificuldade de alteração – ou também uma pluralidade de tais leis: corresponderá, portanto, ao conteúdo global, muitas vezes mais ou menos accidental, das disposições escritas da Constituição. Por Constituição em sentido material entende-se em geral o conjunto das normas jurídicas sobre estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado.” (BACHOF, 2008, p. 39).

Canotilho (2002, p. 1116-1117) reconhece a possibilidade de constituições normativas em contraponto às constituições meramente semânticas, mas não contempla hierarquia entre normas de uma mesma Constituição. Em tal perspectiva as constituições normativas consagram “um conjunto de regras jurídicas (normas e princípios) codificadas num texto (documento) ou cristalizadas em costumes e que são consideradas proeminentes (paramount law)” com relação às demais regras jurídicas. Em perspectiva oposta, as constituições meramente semânticas seriam “constituição de fachada” (CANOTILHO, 2002, p. 1117), pois Constituição só existe “quando o documento contém regras jurídicas materialmente consideradas como ‘boas’, ‘valiosas’ ou ‘intrinsecamente legítimas”” (CANOTILHO, 2002, p. 1116 e 1117). Embora não se refira o constitucionalista português a normas constitucionais em sentido material ou em sentido meramente semântico, é possível transportar tal ideia para a distinção aqui lançada e para o deslinde da questão. A liberdade sindical seria norma jurídica em sentido material e a unicidade uma regra ali inserida meramente por vontade dos atores políticos de ocasião, sem que traga em si o valor próprio das normas constitucionais.

Barroso (2012, p. 225-226) contempla a existência de normas que não têm conteúdo constitucional no texto da Constituição, e trata do caso brasileiro:

Como é de conhecimento geral, as Constituições contemporâneas, em razão de fatores diversos, fazem incluir em seus textos inúmeras normas que não têm conteúdo constitucional, vale dizer, não organizam o poder político, não definem direitos fundamentais, nem tampouco estabelecem princípios fundamentais ou fins públicos relevantes. Essas normas que aderem à Constituição sem tratar de matéria constitucional dizem-se normas apenas formalmente constitucionais. Esta é, de resto, uma das patologias da Constituição brasileira de 1988, na qual se constitucionalizaram inúmeras questões que deveriam ter sido relegadas à legislação infraconstitucional, isto é, ao processo político ordinário e majoritário. Tal fato traz em si inconveniências diversas, restringindo desnecessariamente as decisões majoritárias e atravancando providências indispensáveis à evolução

social e normativa..

Importante para o presente estudo a seguinte passagem do texto de Bachof (2008, p. 40):

Também pode haver direito constitucional material fora do documento constitucional; inversamente, nem todas as normas constitucionais formais são direito constitucional material com função integradora: antes numerosas normas constitucionais formais devem a sua recepção na “Constituição” a simples considerações táticas, nomeadamente à intenção de grupos políticos que foram determinantes do documento constitucional de subtraírem essas normas à possibilidade de alteração por uma futura maioria parlamentar.

Ao transpor tal ideia inicial ao cerne do presente estudo é possível compreender que a liberdade sindical é norma constitucional em sentido material (Direito Fundamental), pois trata da posição do trabalhador, por seu ente de representação coletiva, frente ao Estado, enquanto a unicidade sindical somente seria norma constitucional em sentido formal, pois inserida incidentalmente na Constituição da República de 1988, sem relevância que não seja a da oportunidade política. Sendo assim, “uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional” (BACHOF, 2008, p. 55), que contraria outra “de grau superior” (BACHOF, 2008, p. 54) ensejaria “contradição” (BACHOF, 2008, p. 55) e, conseqüentemente, “a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional” (BACHOF, 2008, p. 55). Possível compreender que a liberdade sindical, nestes termos, seria de grau superior em relação à regra da unicidade, o que possibilitaria o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Não obstante tal construção teórica (supra) voltada à realidade constitucional brasileira defende Otto Bachof, em análise da Constituição alemã, a possibilidade de o legislador constituinte originário criar exceções válidas quando se trata de regras constitucionais em relação a princípios constitucionais (BACHOF, 2008). Ocorre que, ainda segundo o citado autor, se o princípio constitucional em questão for revelador de “direito supralegal”, ou seja, “direito supralegal positivado na lei constitucional” (BACHOF, 2008, p. 45) é possível a inconstitucionalidade da regra constitucional que lhe seja contrária, o que parece ser o caso da relação liberdade sindical (princípio e direito fundamental) e unicidade sindical (regra). Eis o entendimento de Otto Bachof (2008, p. 63):

Se uma norma constitucional infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, contrária ao direito natural e, de harmonia com o exposto supra, III, 2, carecerá de legitimidade,

no sentido de obrigatoriedade jurídica. Mas não tenho nenhuma dúvida em qualificá-la também, apesar de pertencer formalmente à Constituição, como ‘inconstitucional’, se bem que o fundamento último da sua não obrigatoriedade esteja na contradição com o direito supralegal: a “incorporação material” (IPSEN) dos valores supremos da Constituição faz, porém, com que toda a infracção de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição.

Há, no sistema constitucional vigente no Brasil, princípios constitucionais reveladores de direitos fundamentais que devem prevalecer sobre regras, ainda que constitucionais, que não gozam de tal status.¹⁰ É possível então defender a inconstitucionalidade do preceito constitucional da unicidade sindical fixado no inciso II do artigo 8º da Constituição da República, regra constitucional meramente formal, em confronto com a norma constitucional material da liberdade sindical, fixada no *caput* de seu artigo 8º.¹¹ A inconstitucionalidade da regra constitucional da unicidade abre necessário espaço para uma nova leitura do artigo 511 da CLT, o que será desenvolvido adiante.

Ainda que restasse afastada pelo STF a inconstitucionalidade da regra constitucional do inciso II do artigo 8º, vista sua citada decisão na ADI 815/DF, que em síntese não foi conhecida por impossibilidade jurídica do pedido, é possível perceber antinomia¹² entre esta e o conteúdo do *caput* e inciso I do artigo 8º da Constituição da República, o que levaria à sugestão, *de lege ferenda*, da alteração de seu texto por Emenda Constitucional¹³, ou, como exposto adiante, sua compatibilização.

Stürmer (2007, p. 51-52), com base nos estudos de Bobbio, compreende antinomia interna na Constituição da República decorrente da incompatibilidade entre liberdade sindical e unicidade:

Segundo Bobbio, a ‘situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia.’ Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições: as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade.

10 O neoconstitucionalismo preceitua, essencialmente, a centralidade do texto constitucional, que deve ser entendido como norma jurídica superior, dotada de imperatividade e eficácia horizontal e vertical, e não somente como documento político propositivo ou programático. Assim, a liberdade sindical não é apenas um slogan ou proposta de implementação futura, mas, sim, norma jurídica central da Constituição da República, naquilo que diz respeito à representação coletiva sindical.

11 É também possível pensar sobre o assunto em perspectiva de colisão de normas constitucionais, o que atrairia a possibilidade de um juízo de ponderação, desde que se considere, conforme parece ser o caso para o STF, a unicidade sindical um princípio constitucional (Súmula 677, STF), o que não se defende no presente estudo.

12 Antinomia, conforme De Plácido e Silva em seu “Vocabulário Jurídico”, “palavra de origem grega (antinomos), é aplicada para significar a contradição real ou aparente, evidenciada entre duas leis, o que torna de certo modo difícil a sua interpretação” o que aparentemente seria o caso das regras constitucionais do artigo 8º *caput* e inciso II.

13 Por convicção e dadas as forças internas ao Congresso Nacional, no presente estudo não serão apresentadas propostas ou realizado aprofundamento teórico “de lege ferenda”.

O citado autor, em linha próxima àquela aqui apresentada, sugere antinomia entre os dispositivos constitucionais fixados nos artigos 5º, *caput* e 8º, inciso II, oportunidade em que sugere a aplicação do critério da hierarquia entre princípios e regras, com conseqüente eliminação deste último dispositivo do âmbito da Constituição da República (STÜRMER, 2007).

Seja no âmbito jurídico da inconstitucionalidade ou da antinomia, certo é que o sistema sindical brasileiro deve evoluir para a liberdade sindical com pluralidade na representação, pois já há espaço normativo suficiente para tanto.

4 COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: PONDERAÇÃO E INTERPRETAÇÃO TÓPICO-SISTEMÁTICA DO DIREITO SINDICAL.

São compreensíveis os argumentos de preservação da regra do inciso II do artigo 8º da Constituição da República como expressão da vontade constitucional originária, sendo, segundo esta linha, inaplicável a tese de sua inconstitucionalidade em decorrência da inexistência de hierarquia entre normas constitucionais ou da obrigação do intérprete em preservar seus dispositivos.

Barroso (2012, p. 353) contempla, dentre outras¹⁴, a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais e outros valores (que não são fundamentais) do Texto Constitucional, sendo tal conflito resolvido por aplicação da técnica da ponderação, que por sua vez contempla a observância ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade se divide, por sua vez, em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida restritiva (limitadora) de direito constitucional deve ser, inicialmente, apta ou adequada para a proteção de outro direito garantido por norma constitucional, este revelador de direito fundamental. O meio limitador deve ser adequado ao fim, que é a proteção de outro direito constitucional (fundamental). Neste ponto, consoante Amaral, com Naranjo de la Cruz, não há valoração sobre meios e fins. Basta que a via eleita seja adequada à finalidade (AMARAL, 2007, p. 95). Uma medida restritiva (limitadora) de direito constitucional deve ser, também, indispensável para a consecução da finalidade pretendida. Se houver outro meio, menos gravoso, deve ele ser utilizado, e não a limitação de direito constitucional. Deve haver, ainda com Amaral, opção pela limitação menos gravosa ao direito constitucional, desde que mantida a eficácia da medida (AMARAL, 2007). Por fim, uma medida restritiva (limitadora) de direito fundamental deve

14 "O entrecchoque de normas constitucionais é de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais; c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais". (BARROSO, 2012. p. 353).

ser razoável ou proporcional ao sacrifício do direito fundamental limitado em relação à importância do interesse que se pretende proteger, em uma análise valorativa. (AMARAL, 2007). Saliente-se que a proporcionalidade se mede entre bens ou direitos de mesmo nível, qual seja, constitucional, e não no confronto entre normas fundamentais e regras infraconstitucionais (CLT, por exemplo), posto que aquelas prevalecem independentemente de análise mais aprofundada, embora alguns interpretes relutem em perceber o óbvio.

Assim, em uma dada situação juscoletiva concreta, seria possível, valendo-se o intérprete de ponderação para a afirmação da liberdade sindical preconizada no *caput* e inciso I do artigo 8º da Constituição da República, restringir o alcance da unicidade fixada na regra do seu inciso II (adequação). Possível também compreender a necessidade de tal limitação, sem a qual não se revela, plenamente, a liberdade sindical (necessidade). Por fim, a medida restritiva (limitadora) da regra constitucional da unicidade seria razoável ou proporcional ao sacrifício do direito limitado em relação à importância do interesse protegido, que é a liberdade sindical (proporcionalidade em sentido estrito).

Em um caso concreto um sindicato de categoria profissional pode disputar com outro a hegemonia da representação coletiva, um deles se valendo de registro prévio junto ao Ministério do Trabalho e fundando sua pretensão em unicidade, e o outro argumentando ser livre para organizar a defesa dos interesses coletivos dos representados. O primeiro afirmaria a regra do inciso II do artigo 8º da Constituição da República e outro teria como sustentação as normas do *caput* e inciso I do mesmo dispositivo. Em uma nova interpretação do Texto Constitucional poderia ser possível afirmar a liberdade e limitar a unicidade, que se prestaria, se for o caso e conforme conclusão adiante, a fixar a regra do sindicato mais representativo. Assim, em situações concretas, o resultado da limitação da unicidade será a sua aplicação, se for o caso, apenas como regra para definição do sindicato mais representativo, e, portanto, apto à negociação coletiva (e não para negar a liberdade sindical), em um cenário de pluralidade revelado pela liberdade sindical.

O problema de tal compreensão fundada em ponderação, que parte do pressuposto de não haver hierarquia entre normas constitucionais, é que em outra situação concreta o julgador poderá, em tese, afirmar a unicidade e limitar o direito fundamental de liberdade sindical, desde que tal medida se-lhe afigure proporcional.

Freitas (2007, p. 89) defende que internamente ao ordenamento jurídico, e até mesmo em sede constitucional, “nem toda contradição representa uma antinomia nefasta, podendo resolver-se em sinergia benéfica”, e sugere, em interpretação tópico-sistemática

da Constituição, não haver uma única resposta correta para situações complexas, assim como não haveria princípio jurídico absoluto. Sua proposta reconhece, ao contrário da estratégia interpretativa acima noticiada, que “interpretar consubstancia, sempre e sempre, atividade hierarquizadora” (FREITAS, 2007, p. 89) e explica:

Indispensável reconhecer tal inafastabilidade por seu condão de converter o critério hierárquico-axiológico em preponderante em face dos critérios cronológico e de especialidade, assumindo os consecutórios dessa onipresença hierarquizante, especialmente ao se tratar do fenômeno da colisão entre princípios e, de resto, nas denominadas antinomias de segundo grau. Ademais, importa que a interpretação constitucional, maçada pela hierarquização de princípios, será tanto mais legítima quanto melhor lhe conferir aos sistema coerência e abertura em harmonia com as justas hierarquizações da sociedade. Dito de outro modo: a interpretação constitucional deve ser pautada e dirigida por princípios supremos, os quais, ordenados pelo intérprete, emprestam densidade e consistência ao sistema, estabelecendo uma espécie de constitucionalização que não prejudica a autonomia dos vários ramos.

Neste prisma de hierarquização normativa necessária entende Freitas a preponderância dos princípios sobre as regras:

Os princípios jurídicos são diretrizes hierarquizáveis como superiores às regras, por definição. Estas, de sua vez, não se restringem a meras descrições de conduta, pois operam, por assim dizer, como normas-meio para o incremento da efetividade sistemática e sistematizadora das finalidades maiores incorporadas, sem unilateralismo, pela rede de princípios fundamentais, em processo de circularidade hermenêutica.” (FREITAS, 2007, p. 106).

Assim, o princípio da liberdade sindical seria hierarquicamente superior à regra da unicidade, ainda que ambos sejam normas constitucionais passíveis de preservação no plano da interpretação.

Como solução interpretativa em casos concretos, em linha tópico-sistemática, propõe Freitas (2007, p. 91) que “as melhores interpretações são as que sacrificam o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais”, vez que entende (contrariamente à tese de inconstitucionalidade da regra constitucional) que “em nenhuma circunstância, um direito de estatura constitucional deve suprimir, por inteiro, direito de idêntica estatura”.

Em compreensão que parece se amoldar exatamente à (aparente) contradição entre liberdade sindical e unicidade Freitas (2007, p. 93) vê vantagens nesta tensão interna fixada na Constituição da República:

A Constituição, interpretada em meio às turbulências sociais e políticas, não terá, na sua tensão interna, um defeito, antes uma virtude, qual seja, a de incorporar as contradições que propulsionam o intérprete a encontrar soluções proporcionais e justas. Faz-se, por conseguinte, merecedora de encômios a Carta que abriga

valores ou princípios, à primeira vista, contraditórios, sem se render à procura axiomatizante da única resposta correta. Quer parecer que uma Constituição democrática possui congênita tensão interna, sob pena de não encarnar, em permanente legitimação, os multifacetados anseios alojados no corpo e no espírito da sociedade, reivindicando permanente labor de compatibilização ou de “dação de vida” organizada a prescrições fragmentárias.

Diante do exposto seria possível propor, como regra geral, que a liberdade sindical, enquanto princípio, prevalece sobre a regra da unicidade. E, também importante, que os direitos fundamentais (dentre eles a liberdade sindical) são considerados totalidade indissociável, sendo melhores as interpretações que “procuram restringir, ao máximo, as eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecedora de eficácia direta e imediata” (FREITAS, 2007, p. 98).

Assim é possível uma nova abordagem sobre o sistema sindical brasileiro constitucionalmente estabelecido no artigo 8º, seja interpretando o caso concreto por ponderação, seja através da hierarquização proposta em sede de análise tópicosistemática.

Antônio Álvares da Silva, desde 1990, propõe interpretação diferente daquela que restou consagrada no que tange ao artigo 8º da Constituição da República, embora conclua diferentemente daquilo que se defende no presente estudo. Entende Silva (1990) que a Constituição da República, ao tratar da unicidade¹⁵, somente veda a criação, na mesma base territorial, de mais de um *sindicato de categoria*, “impedindo a criação de sindicatos ou instituição sindical idêntica de qualquer grau, na mesma base territorial” (SILVA, 1990, p. 44). Seria possível, para o citado autor, a criação de outros sindicatos de estrutura diversa, sobretudo o que denomina “sindicato de empresa”¹⁶. Seria a unicidade apenas parcial, restrita ao modelo de organização por categoria profissional, como se infere da seguinte interpretação constitucional:

O artigo 8º garantiu a liberdade sindical. O princípio geral é este no direito brasileiro, o que aliás o faz contemporâneo dos grandes sistemas jurídicos da atualidade, perante os quais limitações ou restrições à liberdade sindical são inconcebíveis. As restrições que são apresentadas nos itens do artigo 8º indicam parâmetros e formas dentro dos quais tal liberdade deva ser exercida. São, pois, interpretadas com restrição.” (SILVA, 1990, p. 45).

Assim, a regra que estabelece ser vedada “a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial” (BRASIL, 1988) deve ser interpretada

15 O ilustre Professor mineiro prefere o termo unidade.

16 “Com a liberdade de criação dos sindicatos por empresa em qualquer grau ou base territorial, nosso sistema jurídico entrará na era da pluralidade sindical, resguardando a estrutura anterior do sindicato por categoria, num equilíbrio justo de atuação da liberdade sindical.” (SILVA, 1990, p. 46).

restritivamente. A proposta aqui apresentada e adiante implementada é a de que a regra do inciso II do artigo 8º da Constituição da República se presta apenas à indicação de um único sindicato apto à negociação coletiva, sendo ele, dentre os vários que podem se apresentar em um mesmo contexto sociocoletivo, o sindicato mais representativo. Múltiplos sindicatos podem e devem conviver, em uma sociedade democrática e plural (Constituição da República, artigo 1º, *caput* e inciso V; artigo 5º, inciso XVII), com o objetivo de organizar a classe trabalhadora e lhe prestar o devido suporte em suas relações laborativas e no natural embate com o capital. O princípio, repita-se, é o da liberdade sindical, que pressupõe pluralidade, sendo a regra da unicidade vista restritivamente, de modo a não atingir o cerne do direito fundamental.

5 NOVO CONTEXTO DE REPRESENTAÇÃO SINDICAL NO BRASIL: RELEITURA DO ARTIGO 511 DA CLT EM UM CENÁRIO DE PLURALIDADE SINDICAL

A liberdade sindical, nos termos preconizados na Convenção 87 da OIT, tem ampla previsão normativa no direito interno brasileiro em âmbito constitucional, inobstante a regra da unicidade prevista no inciso II do artigo 8º da Constituição da República, sendo que sua aplicação e produção de efeitos não dependem de regras infraconstitucionais e não se limitam ou reduzem em decorrência destas.

Antes de iniciar a análise específica dos efeitos decorrentes da liberdade sindical consagrada no Brasil é importante ressaltar que os sindicatos brasileiros devem afirmar tal valor na prática, principalmente pela consagração de direitos por criatividade autônoma. Não deve a liberdade sindical com pluralidade significar perdas ou supressão de direitos por intermédio de uma “mais livre” ou “mais ampla” negociação coletiva, que continua restrita à observância ao princípio da adequação setorial negociada.¹⁷ Há a necessidade, sempre, de se igualar as forças entre capital e trabalho para que a liberdade sindical plena possa construir e não destruir direitos. Liberdade, por si só, não garante direitos, e deve ser vinculada a instrumentos que possibilitem ao sindicato atuação em igualdade de condições negociais com o capital.

Duas são, basicamente, as possibilidades de compreensão da liberdade

17 O princípio da adequação setorial negociada, com base na doutrina de Maurício Godinho Delgado (2013) oferece um critério de harmonização entre as regras jurídicas oriundas da negociação coletiva e as regras originárias da legislação heterônoma estatal. A pergunta básica é: em que medida as normas autônomas juscoletivas podem se contrapor às normas imperativas estatais? A resposta consagra o princípio. As normas negociadas coletivamente prevalecem sobre as heterônomas se observados dois critérios: 1) quando as normas autônomas implementam um padrão salarial superior ao padrão geral heterônomo; 2) quando as normas autônomas transacionam parcelas de disponibilidade apenas relativa e não de indisponibilidade. Importante destacar que a renúncia a direitos trabalhistas é inaceitável na negociação coletiva. Normas indisponíveis são as constitucionais (nas quais não há ressalva) e as concernentes à saúde e à segurança do trabalhador.

sindical e, de acordo com cada uma delas, os efeitos jurídicos decorrentes: inconstitucionalidade da norma constitucional do inciso II do artigo 8º ou interpretação restritiva do alcance da unicidade sindical apenas para a revelação do sindicato mais representativo. Em todas as estratégias o primeiro pressuposto será a maior amplitude do princípio da liberdade sindical, aqui compreendida como direito fundamental do cidadão trabalhador, individual e coletivamente considerado, que garante ao seu ente representativo atuação autônoma face ao Estado e ao empregador, competindo aos representados a definição de seu âmbito de atuação e sua estruturação interna. Também são pressupostos a ratificação dos termos elementares da liberdade sindical por força de tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil e a sua consagração como direito fundamental de consequente aplicabilidade imediata no contexto da normatividade dos princípios constitucionais.

O sistema jurídico coletivo sindical brasileiro é o da liberdade sindical ampla, que pressupõe o direito de constituir organizações conforme escolha dos interessados. As normas jurídicas estão consagradas no artigo 2 da Convenção 87 da OIT; na alínea “a” do item 1 do artigo 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da ONU e no artigo 8º, *caput* e inciso I da Constituição da República, não obstante tal compreensão a regra de seu inciso II.

Consequência lógica e jurídica é a inaplicabilidade, tal como hoje fixada, da regra da unicidade sindical no direito brasileiro como restrição à liberdade sindical com pluralidade.

Em consequência dos pressupostos acima é imperativa a releitura, constitucional, das regras celetistas de agregação do trabalhador ao sindicato (“enquadramento sindical”). A regra do artigo 511 da CLT deve ser interpretada à luz do Texto Constitucional democrático de 1988, e não o contrário.

Vale lembrar que a OIT admite que a ordem jurídica de cada país, mantendo observância à Convenção 87, estabeleça conceitos para o agrupamento sindical (por profissão, por ramo, por atividade). É possível, então, criar definições de sistemas de agregação na organização das associações de base (sindicatos) e ainda assim preservar a liberdade sindical preconizada na ordem internacional (LOGUERCIO, 2000). No caso brasileiro as definições constam da CLT em seu artigo 511, em interpretação conforme o disposto no artigo 8º, *caput* e inciso I da Constituição da República.

Possível e necessário implementar, doravante, uma releitura da CLT (artigo 511), à luz deste contexto normativo constitucional de pluralidade sindical, que traz aos empregadores e trabalhadores diversas possibilidades de construção da representação

coletiva: atividade, profissão, profissões similares, profissões conexas, profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto próprio, empresa, categoria econômica e categoria profissional, competindo aos interessados a definição da estrutura sindical pela aplicação dos diversos pontos de agregação. Em verdade, em um modelo de organização sindical plural será mais relevante a atuação do sindicato do que a sua estruturação básica, conforme entende Silva (1990, p. 34):

A forma de organização é assunto que hoje se relega à liberdade sindical, conforme recomendação da Convenção 87 da OIT. O importante é que seja livre para constituir-se e para atuar. Portanto, num regime de pluralismo, onde cada sindicato lutará para adquirir a maior expressividade e representação, importa menos o modo de formação e mais a forma de atuação. Só sobreviverão os que prestarem melhores serviços.

Assim, aqueles trabalhadores que optarem pela agregação em torno da categoria profissional deverão se inserir em um mesmo contexto de atividade econômica, independentemente de quem seja seu empregador, desde que envolvidos em uma mesma situação socioeconômica básica, aplicável, neste caso, um novo conceito de categoria profissional (caracterizada como essencial). Por categoria profissional, nestes termos, pode-se compreender o critério de agregação do trabalhador ao sindicato cujo núcleo é a prestação laborativa no interesse direto e imediato de um mesmo sujeito que se apropria, direta ou indiretamente, da disposição de trabalho, independentemente de ser ou não empregador. O que se deve compreender, para que se fixe a agregação por categoria profissional, não é mais quem é o empregador. O que se deve buscar é quem se aproveita, essencialmente, da força produtiva entregue. O ponto de agregação decorre de se identificar para quem o trabalho é entregue em essência e não quem é empregador direto.¹⁸ Assim, todo e qualquer trabalhador que se insere em um mesmo contexto socioeconômico de prestação laborativa no interesse direto ou indireto daquele que se aproveita de seu trabalho pode optar por constituir representação por categoria profissional. Importante destacar que não há necessidade de qualquer alteração normativa, constitucional ou infraconstitucional, para que se compreenda tal agregação por categoria profissional, que, na prática, é apenas evolução interpretativa do disposto no artigo 511 da CLT em resposta e em atenção às múltiplas possibilidades de interpretação do disposto no artigo 3º da CLT e à reestruturação produtiva pós-fordista. A “situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas” prevista na CLT significa, hoje, repita-se, não mais agregação por vinculação a

18 Quando no presente artigo se refere ao empregador direto a figura a ser percebida é a do intermediário de mão-de-obra, a quem compete, exclusivamente, a formalização de uma avença, ou seja, contratar diretamente um empregado para colocá-lo à disposição de um tomador dos seus serviços.

um único empregador, mas, sim, pela identificação de quem se aproveita, em essência, da prestação laborativa entregue. É importante destacar, ainda, que a agregação por categoria profissional em tais termos independe da ideia de pluralidade sindical, pois mesmo a atuação interpretativa conservadora atual sobre a vigência do critério de unicidade permite sua aplicação às situações concretas, bastando a ampliação do conceito com nova leitura do artigo 511 da CLT¹⁹.

Em todos e em qualquer dos critérios de agregação não há exclusividade da representação, podendo coexistir, a critério dos trabalhadores, múltiplos sindicatos representativos em uma mesma base e em concorrência. A presente conclusão decorre do cenário de pluralidade sindical possibilitado pela liberdade sindical em decorrência da inconstitucionalidade ou da inaplicabilidade (nos termos atuais) da regra do inciso II do artigo 8º da Constituição da República.

Quanto à negociação coletiva está apto a negociar com o empregador o sindicato mais representativo, observado, para tanto, o princípio da agregação. O princípio da agregação, desenvolvido por Delgado (2013, p. 1366) em um contexto de unicidade sindical, melhor atua em um cenário de liberdade ampla:

No campo temático do enquadramento sindical, a propósito, desponta como mais consentâneo com a Constituição da República o princípio da agregação, ao invés da diretriz civilista tradicional da especialização. A diretriz da especialização pode ser útil para a análise de certos aspectos de outras relações jurídicas, sendo inadequada, porém, senão incompatível, para a investigação da estrutura sindical mais legítima e representativa, apta a melhor realizar o critério da unicidade sindical determinado pelo Texto Máximo de 1988 (art. 8º, I e II, CF/88) e concretizar a consistência representativa que têm de possuir os sindicatos (art. 8º, III e IV, CF/88). Para esta investigação sobre a legitimidade e a representatividade dos sindicatos torna-se imprescindível, portanto, o manejo efetivo e proporcional do princípio da agregação, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho. Pelo princípio da agregação desponta como mais representativo e consentâneo com a unicidade sindical brandida pela Constituição o sindicato mais amplo, mais largo, mais abrangente, de base mais extensa e de maior número de filiados. Embora tais qualidades tendam, historicamente, a coincidir com sindicatos mais antigos, ao invés de entidades sindicais mais recentes e fracionadas, não se pode, do ponto de vista técnico-jurídico, por outro lado, considerar essa coincidência como irremediavelmente necessária e imperiosa.

Assim, ao invés de ser utilizado para permitir ou não desmembramentos, o princípio da agregação se presta à revelação do sindicato mais representativo em um contexto de liberdade sindical que permite a pluralidade. Na prática podem coexistir diversos sindicatos de categoria profissional (exemplificativamente) em uma mesma base territorial. Se entre eles não houver consenso para a atuação de todos em uma dada

¹⁹ Tal compreensão não será aqui desenvolvida especificamente, pois o entendimento é pela vigência plena da liberdade sindical em um cenário de pluralidade. Entretanto é simples perceber a desnecessidade de vinculação entre a tese de pluralidade e a ampliação do conceito de categoria profissional (essencial) aqui desenvolvido.

negociação, aplica-se o princípio da agregação para a determinação daquele apto ao ajuste normativo. Os demais, neste caso, continuarão exercendo as demais atividades sindicais, na expectativa de se tornarem o mais representativo. Silva (1990, p. 48-49) defende a definição da representação pelo critério da maior representatividade e, diferentemente da ideia aqui exposta, justifica:

O artigo 7º, item XXVI, garante, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o 'reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho'. Não se trata, como se vê, de um direito apenas da associação sindical. Primeiramente o direito ao reconhecimento da convenção coletiva tem sede individual, está ancorado na pessoa do trabalhador urbano e rural. A representatividade pelo sindicato nada mais é do que uma organização para melhor uso da ação individual. (...) Nem se diga que só ao sindicato constituído na forma atual é que caberá a representação da categoria. O artigo 8º, item V, da Constituição Federal garante a liberdade sindical individual, pela qual "ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato". Garantindo-se na lei a liberdade sindical e criando-se um outro sindicato ao qual se filie a maioria dos membros de uma determinada categoria, o sindicato oficial que a representa se desfalcará daqueles trabalhadores que voluntariamente a outro se filiarem. No instante em que este sindicato torna-se o mais representativo, quem poderia negar-lhe, com argumentos plausíveis, a condição de representante daqueles trabalhadores em cujo nome se constituiu e agora quer atuar?

O âmbito de abrangência de Convenção Coletiva de Trabalho será definido de acordo com o espaço de representação dos entes sindicais signatários. O âmbito de abrangência do Acordo Coletivo de Trabalho é restrito aos trabalhadores, empregados diretos ou não, vinculados, ainda que indiretamente (por interposição), a um mesmo contexto socioeconômico de prestação laborativa, nos casos de agregação por categoria profissional. Em cada caso se afere a abrangência do ACT em conformidade com o sindicato signatário do ajuste e com aquele que se aproveita da força produtiva entregue.

Este o cenário interpretativo básico e de aplicação da regra celetista do artigo 511, possibilitado pelas premissas expostas e pelas teorias hodiernas sobre a revelação do direito.

A realidade democrática e plural brasileira exige um sindicato atuante e livre de suas amarras corporativistas construídas no início do século XX, que esteja em consonância com o atual sentido da norma constitucional do artigo 8º, tanto em seu *caput* e inciso I quanto com relação ao seu inciso II (interpretado restritivamente), caso se contemple sua constitucionalidade. A mudança na realidade fática brasileira implica necessariamente uma nova visão do intérprete justicialista para a revelação do conceito jurídico analisado. "Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver." (BARROSO, 2011, p. 159). Assim, no direito

sindical de hoje, a compreensão do intérprete deve ser decisiva no processo de revelação do conteúdo da norma jurídica trabalhista celetista.

No que concerne ao tema sindical especificamente, em sentido mais estrito doutrinariamente do que o aqui proposto, porém expressivo e importante no cenário prático juslaboral brasileiro, indica Delgado (2011) uma releitura da regra celetista referente à categoria profissional naquilo que diz respeito à terceirização²⁰. Propõe o autor a possibilidade de que os trabalhadores terceirizados sejam representados pelo sindicato dos trabalhadores vinculados diretamente ao tomador dos seus serviços, o que faz com fundamento na Constituição da República. A figura jurídica proposta no presente estudo e critério de agregação do trabalhador ao sindicato (que pode ser uma das opções postas em um cenário plural), consistente em releitura do conceito de categoria profissional, parece atender ao disposto pelo citado autor.

Visto o respaldo hermenêutico à releitura do artigo 511 da CLT à luz do Texto Constitucional é necessário reafirmar e especificar as possibilidades de representação dos trabalhadores no cenário de pluralidade sindical, o critério definidor do sindicato apto à negociação coletiva, bem como o instrumental teórico para a aplicação da norma coletiva autônoma no plano dos contratos de emprego.

A agregação natural dos trabalhadores se dá por categoria profissional, conforme releitura proposta, pois melhor consagra o princípio da agregação, que é fundamental para a efetividade da representação sindical e por ser assim determinado pelo artigo 511 da CLT. Entretanto, em um cenário de liberdade sindical há outras possibilidades, sendo possível extrair da melhor doutrina e da experiência internacional, basicamente, quatro critérios de agregação do trabalhador ao sindicato: ofício ou profissão, categoria, empresa e grandes ramos ou segmentos empresariais (DELGADO, 2012). Os quatro tipos básicos de agregação do trabalhador ao sindicato são possíveis no Brasil atualmente, vista a liberdade sindical e a inaplicabilidade prática ou inconstitucionalidade do disposto no inciso II do artigo 8º da Constituição da República.

A agregação coletiva por ofício ou profissão está delimitada pelo artigo 511, parágrafo 3º, da CLT, e pode ser opção para trabalhadores que se vinculam por identidade profissional marcada pela existência de estatuto normativo próprio e específico. No mesmo âmbito (local, regional, estadual, nacional) podem outros diversos

20 “A terceira política pública convergente diz respeito à possibilidade de a representação sindical dos trabalhadores terceirizados realizar-se não somente por meio do sindicato específico a esses trabalhadores, se houver, mas ainda, e principalmente, por meio do clássico sindicato profissional dos trabalhadores vinculados à empresa prestadora dos serviços. Esta possibilidade jurídica, embora ainda não esteja clara na jurisprudência, deriva diretamente da Constituição da República e da ordem jurídica infraconstitucional.” (DELGADO, 2011, p. 91-92)

sindicatos do mesmo ofício se estruturar para o exercício da representação, sendo habilitado à negociação coletiva o sindicato mais representativo conforme o princípio da agregação. Assim, dentre os representantes coletivos, caso não haja consenso, negociará coletivamente o “sindicato mais amplo, mais largo, mais abrangente, de base mais extensa e de maior número de filiados” (DELGADO, 2013, p. 1366). Os demais, neste caso, prosseguirão em suas tarefas sindicais outras, na expectativa de se tornarem o mais representativo na próxima negociação coletiva.

A vinculação por grandes ramos ou segmentos empresariais é também possível e deve ser buscada pela classe trabalhadora, pois a unidade (que não se confunde com unicidade) pode ser fator decisivo para a melhoria das condições de pactuação da força produtiva pela construção da norma autônoma coletiva. O confronto, necessário e saudável, entre capital e trabalho pode se dar em um ambiente muito mais favorável à classe trabalhadora se ela construir a unidade por grandes ramos ou segmentos empresariais, preferencialmente de abrangência estadual ou nacional. A releitura do disposto no artigo 511 parágrafo 2º da CLT permite tal agregação, que pode ser escolha da classe trabalhadora. Tal vinculação coletiva também permite múltiplos sindicatos concorrentes em um mesmo âmbito (municipal, regional, estadual, nacional). A negociação coletiva, como visto, se não se der por todos será levada a efeito pelo sindicato mais representativo, visto o princípio da agregação para a sua identificação.

É forçoso concluir também, em um cenário de liberdade sindical ampla e sem unicidade, a possibilidade de trabalhadores optarem pela organização básica através da empresa.²¹ Talvez não haja, em confronto no caso concreto, a verificação da maior representatividade, nos termos do princípio da agregação, mas esta é, também, uma possibilidade a ser considerada pelos trabalhadores, nos termos da releitura do disposto no artigo 511 parágrafo 2º da CLT. Ainda que (em tese) sem maior representatividade, tal vinculação coletiva também permite múltiplos sindicatos concorrentes no âmbito da empresa. Conforme já exposto a restrição do inciso II do artigo 8º da Constituição da República, aqui especificamente no que concerne à base territorial mínima municipal, não é óbice à agregação proposta, visto que seus contornos se restringem ao reconhecimento do sindicato mais representativo.

Por fim, conforme já exposto, a agregação por categoria profissional. Repita-se,

21 Na prática hoje já é visível uma aproximação da organização sindical brasileira com o sindicalismo de empresa, pois a ordem jurídica nacional possibilita os Acordos Coletivos de Trabalho, que são a expressão da vontade negocial restrita a uma assembleia composta apenas por empregados de um dado empregador. Não há, no ACT, necessariamente, a preocupação com toda a categoria profissional, visto que são levados à negociação os pontos relevantes apenas para um grupo restrito de empregados. Não parece ser diferente da possibilidade aqui exposta (sindicato por empresa) a situação dos combativos sindicatos dos petroleiros (Petrobrás) e dos empregados dos Correios...

por importante: por categoria profissional, no atual contexto, pode-se compreender o critério de agregação do trabalhador ao sindicato cujo núcleo é a prestação laborativa no interesse direto e imediato de um mesmo sujeito que se apropria, direta ou indiretamente, da disposição de trabalho, independentemente de ser ou não empregador. O que se deve compreender não é mais quem é o empregador, para que se fixe a agregação por categoria profissional. O que se deve buscar é quem se aproveita, essencialmente, da força produtiva entregue. O ponto de agregação decorre de se identificar para quem o trabalho é entregue em essência e não quem é mero empregador direto. Assim, todo e qualquer trabalhador que se insere em um mesmo contexto socioeconômico de prestação laborativa no interesse direto ou indireto daquele que se aproveita de seu trabalho pode optar por constituir representação por categoria profissional essencial. A “situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas” prevista na CLT significa, hoje, repita-se, não mais agregação por vinculação a um único empregador, mas, sim, pela identificação de quem se aproveita, em essência, da prestação laborativa entregue. No mesmo âmbito (local, regional, estadual, nacional) podem outros diversos sindicatos da mesma categoria profissional se estruturar para o exercício da representação, sendo habilitado à negociação coletiva o sindicato mais representativo conforme o princípio da agregação.

Com relação à negociação coletiva, como visto, está apto a negociar com o contraponto patronal o sindicato mais representativo. O âmbito de abrangência de Convenção Coletiva de Trabalho será definido de acordo com o espaço de representação dos entes sindicais signatários. Em relação aos Acordos Coletivos de Trabalho em cada caso se afere sua abrangência em conformidade com o sindicato signatário do ajuste e com aquele que se aproveita da força produtiva entregue.

De tal compreensão decorrerão problemas de simples solução hermenêutica e outros em que haverá conflitos coletivos intersindicais e/ou individuais difíceis em decorrência da ampla normatização autônoma possibilitada pela liberdade sindical²². Todos devem ser enfrentados a partir de seu surgimento nos casos concretos e tendo por base as premissas fixadas, o que aqui se inicia, ainda que em tese.

Inicialmente, conforme já exposto, caso haja a coexistência de diversos sindicatos representativos da mesma categoria profissional a prevalência na negociação coletiva (com os contrapostos patronais) é do sindicato mais representativo. A aferição inicial de qual é o sindicato mais representativo, dentre os postulantes à negociação coletiva, cabe ao ente a quem compete negociar os interesses patronais (sindicato,

²² Ampla normatização autônoma já se verifica desde a proliferação de sindicatos havida pós-1988, com o problema decorrente da pluralidade sindical oblíqua.

empregador ou destinatário do trabalho entregue)²³, pois interessado em garantir que as normas jurídicas construídas autonomamente sejam efetivamente implementadas no âmbito dos contratos de emprego. Deve-se levar em conta, como visto, qual é o “sindicato mais amplo, mais largo, mais abrangente, de base mais extensa e de maior número de filiados” (DELGADO, 2013, p. 1366). É claro que se presume, neste e em qualquer caso, observância ao princípio da lealdade e transparência na negociação coletiva, pois as partes devem primar pela boa-fé nas negociações e pela transparência das decisões coletivas e dos processos de tomada de decisões. Caso não haja boa-fé no plano da identificação do sindicato mais representativo o ente coletivo que se sentir prejudicado poderá, obviamente, buscar seu reconhecimento e prevalência negocial junto ao Poder Judiciário Trabalhista. Sendo procedente o pedido e caso tenha havido negociação com sindicato que não seja o mais representativo o ajuste levado a efeito não será reconhecido como tal, com os efeitos próprios no contrato de emprego, ou seja, não terá havido ajuste normativo coletivo, sendo eventuais vantagens vistas como alterações contratuais (de caráter permanente) individuais, e ilícitas as cláusulas prejudiciais ao trabalhador (CLT, artigo 468).

Situação um tanto mais complexa diz respeito à coexistência, em um mesmo contexto socioeconômico produtivo (empregador ou tomador de serviços), de múltiplas Convenções Coletivas de Trabalho envolvendo sindicatos de ofício, sindicato de categoria profissional e sindicatos por segmentos econômicos. A pergunta será: qual ajuste normativo aplicar com relação a cada contrato de emprego?

Em se tratando de trabalhador, empregado direto ou indiretamente contratado, que não exerce profissão regulamentada, o instrumento normativo a ser aplicado no âmbito contratual trabalhista será aquele fixado entre o sindicato representante do contratante (direto ou indireto) e o sindicato de categoria profissional ou, se existente com igual abrangência, pelo sindicato de segmento econômico (entre estes a prevalência é do mais representativo).

Havendo organização sindical por ofício ou profissão, a representação deve ser garantida ao sindicato mais representativo no âmbito de abrangência, restrita a aplicação de seus termos, obviamente, aos trabalhadores da categoria profissional diferenciada.

No que diz respeito aos Acordos Coletivos de Trabalho o contratante de força

23 Nada impede, em princípio, que sindicatos com menor representatividade busquem a negociação coletiva, razão pela qual caberá ao contraponto empregador verificar se aquele que se apresenta possui maior representatividade. Para tanto deverá chamar à negociação coletiva todos os demais sindicatos que (concomitantemente) representam os interesses de seus trabalhadores. Caso haja entre eles consenso, tudo se resolve na negociação conjunta. Caso não haja consenso deve haver, entre os representantes dos trabalhadores, a definição da maior representatividade.

produtiva (empregador direto ou tomador dos serviços indiretos) poderá ajustar normas jurídicas autônomas com sindicato (mais representativo) de categoria diferenciada, com abrangência restrita. Em se tratando de categoria profissional poderá ajustar com o sindicato mais representativo. Havendo sindicato no âmbito de seu empreendimento (sindicato por empresa) poderá ajustar diretamente com ele se, no caso concreto, se mostrar, dentre todas as diversas opções acima, o mais representativo.

Vale destacar que a aplicação dos instrumentos normativos no âmbito dos contratos de emprego independe de sindicalização, pois o trabalhador pode optar por não se filiar a nenhum sindicato ou por se filiar a qualquer daqueles que se apresente para a sua representação em um contexto de pluralidade, ainda que o de sua escolha não seja o mais representativo.

Por fim vale lembrar que na negociação coletiva, sejam quais forem os sindicatos legitimados, os signatários deverão respeitar o princípio da adequação setorial negociada, pois embora a organização sindical seja livre não o é, de modo amplo e irrestrito, o ajuste normativo autônomo. A normatização coletiva em cenário plural pressupõe sindicato mais livre e conseqüentemente mais forte no plano negocial.

O que se espera é que as novas possibilidades trazidas pela liberdade sindical plena possam fortalecer a representação coletiva dos trabalhadores, para que a criatividade normativa autônoma signifique, efetivamente, construção (e não destruição) de direitos trabalhistas neste atual cenário plural vivenciado pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Renato Rúa de. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rúa de (Coord.). **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 2010.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. São Paulo: LTr., 2007.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito Constitucional do Trabalho**: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal. São Paulo: LTr., 1998.

BACHOF, OTTO. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de José

Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.) **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. São Paulo: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTINHO FILHO, Gabriel Lopes. Limites aos Limites dos Direitos Fundamentais. In: ALMEIDA, Renato Ruy de (Coord.). **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta certa. In:

LOIS, Cecilia Caballero, BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto, LEITE, Roberto Basile (Coord.) **A Constituição como Espelho da Realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate.** Homenagem a Silvio Dobrowolski. São Paulo: LTr, 2007.

GÓIS DE, Luiz Marcelo Figueiras. **A Caminho de um Direito Trabalhista-Constitucional.** São Paulo: LTr, 2010.

LOGUÉRCIO, José Eymard. **Pluralidade Sindical: da legalidade à legitimidade no sistema sindical brasileiro.** São Paulo: LTr, 2000.

PAIXÃO, Cristiano. “A Convenção 87 da OIT no Direito Brasileiro: caminhos para sua vigência a partir da Constituição de 1988.” **Revista do TST.** Brasília, v. 78, n. 2, abr./jun. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Antônio Álvares da. **Pluralismo Sindical na Nova Constituição: perspectivas atuais do sindicalismo brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1990.

STRÜRMER, Gilberto. **A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PLURALIDADE SINDICAL OBLÍQUA.¹

Amauri Cesar Alves

Doutor e Mestre em Direito pela PUC.Minas.
Professor da Universidade Federal de Lavras (UFLA) e da Fundação Pedro Leopoldo (FPL).
Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG
Editor do site www.direitodotrabalhoessencial.com.br

1 INTRODUÇÃO.

A realidade fática que influenciou a estruturação das regras celetistas sobre as relações coletivas de trabalho no início do século XX não se verifica hodiernamente. Como consequência deve o Estado perceber a nova conformação social e atuar de modo coerente com tal situação, tendo como premissas a construção da justiça e a preservação dos direitos fundamentais do cidadão.

Há quem veja na estrutura positivada sobre o tema sindical no Brasil um entrave ao desenvolvimento das relações capital-trabalho no plano dos fatos. A CLT seria uma barreira de difícil transposição, que se tornaria imbatível em decorrência de uma opção constitucional pela manutenção da estrutura jurídica consagrada no início do século XX, que estabelece, ainda hoje e consoante doutrina dominante, unicidade sindical, representação básica por categoria e contribuição sindical obrigatória (imposto sindical).

A Constituição da República promulgada em 1988 é também um marco para o sindicalismo brasileiro, pois trouxe regras e princípios que devem ser diretamente aplicados às relações coletivas de trabalho. A liberdade sindical preconizada no artigo 8º da Constituição da República, ainda que aprioristicamente condicionada à unicidade, parece ter permitido a proliferação (oblíqua) de sindicatos, por fragmentação da representação, possibilitada por uma compreensão (equivocada) do Ministério do Trabalho e Emprego sobre a matéria, tema central do presente artigo. O Brasil experimentou crescimento significativo no número de sindicatos em períodos de relevante normatização heterônoma, como nas décadas de 1930-1940 e 1980-1990, o que é aparentemente natural. Nos últimos anos, entretanto, o crescimento foi vertiginoso e muitas vezes desarrazoado, força de uma regulamentação permissiva do Ministério e Trabalho e Emprego sobre as possibilidades de desmembramento e cisão de sindicatos. Também o Poder Judiciário atuou no sentido de tentar equilibrar liberdade sindical com unicidade, mas o fez, majoritariamente, com conceito impróprio, de especialização, o que

1 O presente artigo é uma pequena parte da Tese de Doutorado apresentada pelo autor à PUC.Minas.

permitiu a artificial fragmentação de categorias e a pulverização prejudicial da representação. Na prática a fragmentação hoje verificada pode ter sido tolerada por haver uma pressão pro-pluralidade, ainda que não revelada expressamente pelos atores sociais envolvidos. Tal pluralidade sindical oblíqua pode ter sido até mesmo influenciada, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego e do Poder Judiciário Trabalhista, pela Convenção 87 da OIT em seus valores básicos, mas sem que se estabelecessem critérios claros de fixação da representação decorrente de seus princípios. Não se pretende aqui, é claro, a defesa da unicidade sindical, mas a crítica à pluralidade oblíqua, que não consagra a possibilidade de concorrência na base de representação e de definição do sindicato mais representativo para efeito de negociação coletiva.

2 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO E A PROLIFERAÇÃO DE SINDICATOS

Inobstante a compreensão teórica de prevalência da unicidade sindical no Brasil, a prática, sobretudo após 1988, aponta para uma pluralidade sindical de fato (oblíqua) e nociva, pois sem critérios sobre representatividade e fundada em superespecialização e não em agregação.

A proliferação de sindicatos no Brasil, sobretudo após a Constituição da República de 1988, merece atenção dos pesquisadores sobre o tema sindical, tanto em seu aspecto jurídico como sociopolítico. Possível compreender o atual cenário institucional sobre a criação de sindicatos como um deficiente sistema de regulamentação sem peias, ou de desregulamentação prática. Não se trata, aqui, de reafirmar a unicidade como regra constitucional vigente ou necessária, mas de se estabelecer claramente qual é o sistema adotado pelo Brasil no contexto fático cotidiano das relações sociocoletivas.²

Segundo a Pesquisa Sindical 2001 do IBGE, o número de sindicatos no Brasil evoluiu até então da seguinte forma, visto o período de fundação, conforme Tabela 1:

2 Também não se quer defender a inexistência prática de liberdade sindical no Brasil, nem tampouco a ideia superficial de que apenas a sua consagração possa melhorar ou piorar a atuação do ente coletivo representativo obreiro. Tão importante quanto liberdade sindical efetiva é a igualdade de fato entre os atores sociocoletivos, o que demanda, também, estabilidade no emprego e condições políticas e econômicas de afirmação desta liberdade com igualdade.

Tabela 1 – Sindicatos, urbanos e rurais, por período de fundação e tipo de sindicato – Brasil, 1930-2001.

Grandes Regiões e tipos de sindicato	Sindicatos										
	Total	Período de fundação									
		Até 1930	1931 a 1940	1941 a 1950	1951 a 1960	1961 a 1970	1971 a 1980	1981 a 1990	1991 a 2000	2001	Sem declaração
Brasil	15.961	97	547	814	811	2.533	2.260	4.376	4.212	195	116
Urbanos	10.263	91	537	785	697	628	774	3.366	3.155	144	86
Empregadores	2.758	5	145	374	189	165	245	759	802	34	40
Empregados	6.070	49	314	324	417	340	312	2.233	1.949	97	35
Trab. Autônomos	585	4	15	22	35	61	70	132	230	11	5
Agentes autônomos	62	2	4	7	3	7	3	13	23	-	-
Profissionais liberais	483	6	26	42	22	19	108	165	88	1	6
Trab. Avulsos	305	25	33	16	31	36	36	64	63	1	-
Rurais	5.698	6	10	29	114	1.905	1.486	1.010	1.057	51	30
Empregadores	1.787	6	9	28	106	845	279	235	250	11	18
Empregados	3.911	-	1	1	8	1.060	1.207	775	807	40	12

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e Indicadores Sociais, Pesquisa Sindical 2001.

(1)“Corresponde à existência de uma quantidade não informada pelo sindicato.” IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e Indicadores Sociais, Pesquisa Sindical 2001.

Percebe-se aumento destacado dos números nos períodos posteriores à significativa normatização heterônoma sobre o sindicato ocorrida nas décadas de 1930 e 1980. No primeiro caso o impacto pode ser imputado à implantação e reprodução do modelo sindical no Brasil no Governo Getúlio Vargas, e no segundo ao período de abertura política democrática que culminou com a promulgação da Constituição de 1988.

Entre 1971 e 1980 houve a fundação de 2.260 sindicatos, número que quase dobrou na década seguinte, quando foram criados 4.376, e se manteve em patamares elevados, 4.212, no período 1991 a 2000.³

Considerada a data de reconhecimento sindical, os números são os seguintes, trazidos na Tabela 2, seguinte:

3 Não há distinção entre sindicatos de trabalhadores na iniciativa privada e de servidores públicos, que provavelmente tiveram crescimento acelerado posteriormente a 1988.

Tabela 2 – Sindicatos, urbanos e rurais, por período de reconhecimento e tipo de sindicato – Brasil, 1930-2001.

Grandes Regiões e tipos de sindicato	Sindicatos, por período de reconhecimento									
	Total	1931 a 1940	1941 a 1950	1951 a 1960	1961 a 1970	1971 a 1980	1981 a 1990	1991 a 2000	2001	Sem Decl. (1)
Brasil	11.347	41	915	560	2.042	1.803	2.373	2.864	327	422
Urbanos	7.397	41	913	555	517	559	1.709	2.549	279	275
Empregadores	2.161	11	396	150	138	195	385	737	76	73
Empregados	4.266	22	423	338	292	214	1.075	1.575	170	157
Trab. Autônomos	353	2	19	24	46	53	81	94	17	17
Agentes autônomos	51	1	6	2	7	2	8	20	2	3
Profissionais liberais	355	2	42	19	10	69	110	79	8	16
Trab. Avulsos	211	3	27	22	24	26	50	44	6	9
Rurais	3.950	-	2	5	1.525	1.244	664	315	48	147
Empregadores	1.412	-	1	4	803	220	191	143	12	38
Empregados	2.538	-	1	1	722	1.024	473	172	36	109

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e Indicadores Sociais, Pesquisa Sindical 2001.

(1)“Corresponde à existência de uma quantidade não informada pelo sindicato.” IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e Indicadores Sociais, Pesquisa Sindical 2001.

O crescimento no número de sindicatos criados não foi correspondente àquele dos reconhecidos no período 1981 a 1990 e 1991 a 2000, conforme se depreende dos dados acima. O reconhecimento de novas entidades não acompanhou, como visto, os números referentes à sua criação, embora se possa destacar, também aqui, os números expressivos do período 1981 a 2001.

Como visto, em 2001 havia um total de 11.347 sindicatos com registro ativo junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, em um total de 15.961, com a seguinte distribuição geral, conforme Tabela 3:

Tabela 3 – Sindicatos, urbanos e rurais, por condição de registro junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, segundo o tipo de sindicato – Brasil, 2001.

Tipo de sindicato	Sindicatos		
	Total	Condição de registro junto ao MTbE	
		Com registro(1)	Sem registro(2)
Brasil	15.961	11.347	4.614
Urbanos	10.263	7.397	2.866
Empregadores	2.758	2.161	597
Empregados	6.070	4.266	1.804
Trab. Autônomos	585	353	232
Agentes Autônomos	62	51	11
Prof. Liberais	483	355	128
Trab. Avulsos	305	211	94
Rurais	5.698	3.950	1.748
Empregadores	1.787	1.412	375
Empregados	3.911	2.538	1.373

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Departamento de População e Indicadores Sociais, Pesquisa Sindical 2001.

(1) “Inclui apenas os sindicatos que possuem carta de reconhecimento (carta sindical) ou registro sindical no Ministério do Trabalho e Emprego – MTE.

(2) “Inclui os sindicatos que possuem apenas registro em cartório e pedido de registro no Ministério do Trabalho e Emprego – MTE.

Recentemente, em 18/04/2013, havia um total de 14.994 sindicatos com registro ativo (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013), o que revela um crescimento de 32,14% em pouco mais de uma década. No que diz respeito aos sindicatos de empregados (incluídas categorias diferenciadas) com registro ativo o aumento no período é ainda mais significativo. Eram 4.266 sindicatos com registro ativo em 2001, número que passou para 7.748 (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013) em 18/04/2013, aumento expressivo de 81,62%.

É fato que a massa assalariada formal (trabalhadores com vínculo empregatício e registro em CTPS) cresceu também significativamente no período 2002-2013 (referência março, Regiões Metropolitanas). O crescimento foi de 56,95%, passando de 7.944.000 de trabalhadores empregados com carteira assinada para 12.468.000, conforme tabela abaixo, graças sobretudo à política socioeconômica dos governos Lula e Dilma. Importante observar que no período 2000/2010, segundo Censo Demográfico do IBGE, a taxa de crescimento médio/ano da população brasileira ficou em 1,17%.⁴

4 “Refere-se à taxa média geométrica de crescimento anual, apresentada em percentual (%). A taxa é calculada para o período 2000/2010 e considera a população de 2010, incluindo a estimada para os domicílios fechados. A população considerada para 2000 foi a recenseada.” (IBGE, 2013).

Tabela 4 – População ocupada – empregada – com carteira assinada – RM's 2002 – 2013. (mil)

Data	População ocupada – empregada – com carteira assinada – RM's (mil)
03/2002	7.944
03/2003	8.202
03/2004	8.181
03/2005	8.672
03/2006	8.965
03/2007	9.334
03/2008	10.039
03/2009	10.328
03/2010	11.069
03/2011	11.814
03/2012	12.125
03/2013	12.468

Fonte: IBGE/PME, disponível em www.ipeadata.gov.br

O índice de sindicalização, entretanto, não se alterou significativamente. O percentual de sindicalizados em relação ao total de empregados reduziu dos 18,5% em 2004 para 18,1% dos trabalhadores em 2009, segundo dados do IBGE divulgados pela OIT (GUIMARÃES, 2012). Em 2011 foi mantida a tendência de redução, com 17,2% (IBGE) dos trabalhadores associados a sindicatos, não obstante tenha havido aumento no número absoluto de trabalhadores sindicalizados nas duas últimas décadas (1999/2011), com destaque para o período até 2006.⁵

O aumento substancial do número de sindicatos no Brasil, sobretudo em se tratando de representantes de empregados, é percebido pela doutrina trabalhista brasileira, que busca compreender seus efeitos no plano da atuação sindical e do Direito Coletivo do Trabalho enquanto sistema jurídico.

O que há, para o Prof. Franco Filho (2004, p. 175), é uma pluralidade sindical oblíqua, que decorre da multiplicidade de sindicatos existentes no Brasil, pulverizados e enfraquecidos. “São tantos e de tal monta que, às vezes, há dúvida em saber o que afinal estão a representar.”

O Prof. Delgado (2013, p. 1402) reconhece a existência de um processo de dissolução de categorias que acarreta a pulverização organizativa dos sindicatos e,

⁵ “Finalmente, em 2007, se iniciam uma desaceleração e queda no crescimento do total de associados, o que repercutiu negativamente na taxa de sindicalização. De fato, entre 2007 e 2011, houve um recuo, em relação a 2006, tanto no número de associados (queda de 547,7 mil pessoas), quanto na taxa de sindicalização – queda de 1,4 ponto percentual. (...) Para concluir, é possível afirmar que o Brasil foi um dos poucos países industrializados em que, ao longo das últimas duas décadas, se observou um crescimento no associativismo sindical. Os sindicatos brasileiros foram, pois, bem-sucedidos no recrutamento de filiados – especialmente entre 2001 e 2006. Entretanto, a partir de então, começaram a aparecer sinais de desaceleração e de reversão da tendência de crescimento.” (PICHLER, 2013).

consequentemente, “um cenário de negociações coletivas às vezes extremamente danosas aos trabalhadores, em vista da falta de efetiva representatividade dessas entidades enfraquecidas”.

Horn (2009, p. 60) trata da atomização sindical decorrente da alteração no marco regulatório do sindicalismo brasileiro após a Constituição da República promulgada em 1988 e relata a posição do Ministério do Trabalho e Emprego sobre o tema por ocasião do Fórum Nacional do Trabalho em 2003:

Apesar do elevado grau de dinamismo sindical, o crescimento do número de sindicatos nos últimos anos resultou menos do avanço na organização sindical ou dos serviços prestados pelas entidades de classe e bem mais da fragmentação das já existentes, traduzindo-se numa pulverização que tem enfraquecido tanto a representação de trabalhadores quanto a de empregadores. O contraste entre o crescimento numérico de entidades e o ritmo mais lento da economia, com as já conhecidas pressões sobre o mercado formal de trabalho, indica, portanto, um certo artificialismo da vida sindical brasileira.

Paixão (2012, p. 53) percebe a imensa criatividade dos atores sociais envolvidos na situação posta e conclui:

[...] por meio de práticas sociais, fundam novas entidades, a partir de desmembramentos, especificações ou mesmo fragmentação no interior das categorias, mas procurando se manter no marco da unicidade. Para tanto, os atores interpretam e deslocam determinadas categorias previstas na Constituição e nas leis. Isso significa afirmar que não mais existe o sistema de organização sindical implantado ao tempo da entrada em vigor da CLT.

O que ocorre hoje é a diluição ou artificial superespecialização da representação sindical, ao contrário do que seria ordinário no contexto de unicidade ou de unidade.⁶

A origem da atual proliferação de sindicatos no Brasil remonta necessariamente ao Texto Constitucional de 1988, que consagrou no mesmo artigo 8º liberdade sindical, unicidade e registro por órgão público, mas vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical. Em um primeiro momento posterior à promulgação da Constituição da República em 1988 o Ministério do Trabalho não se dava por competente para proceder ao citado registro, pois tal medida seria incompatível com o preceito constitucional de autonomia sindical e caracterizaria interferência e intervenção na organização sindical. Posteriormente criou o Ministério do Trabalho um sistema de Arquivo Sindical, “que só nasceu arquivo para prevenir a reação que o registro poderia

6 Poderia haver questionamentos sobre a vigência plena da liberdade sindical no Brasil, vista tal proliferação de sindicatos, como se pluralidade houvesse. Possível concluir, de antemão, negativamente: embora haja proliferação de sindicatos não se admite sua coexistência (concorrência) em uma mesma base de representação, bem como não há sua organização em estrutura de livre escolha da classe trabalhadora, vinculada que está às regras de agregação celetistas.

trazer”, mas que imediatamente revelou “sinais de incapacidade para preservar o princípio constitucional da unicidade sindical”. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013). A postura do citado Ministério foi alterada após reiteradas decisões do STJ e do STF sobre sua competência para proceder ao registro dos entes sindicais, tendo cuidado a Suprema Corte de ressaltar que não se trata de outorga discricionária do reconhecimento sindical, mas, sim, de simples registro, com o fito único de se garantir a imposição da unicidade sindical (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013). Nestes termos a seguinte decisão do STF:

EMENTA – I – Registro de entidades sindicais: recepção, em termos, da competência do Ministério do Trabalho, sem prejuízo da possibilidade de a lei vir a criar regime diverso.

1. Conforme decidido pelo Plenário (MI 144, 28,5.93), “a função de salvaguarda da unicidade sindical induz a sediar, ‘si et in quantum’, a competência para o registro das entidades sindicais no Ministério do Trabalho, detentor do acervo das informações imprescindíveis ao seu desempenho.

2. Recurso extraordinário não conhecido.

Supremo Tribunal Federal. RE 134.300-1/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicação, disponível em www.stf.jus.br, consulta em 04/09/2013. (BRASIL, 1994).

Em um segundo momento, então, o Ministério do Trabalho passou a compreender sua competência constitucional para o registro sindical, oportunidade em que justificou tal prerrogativa com base em decisões do STJ e do STF, a seguir citadas com base na Instrução Normativa MTb n. 3, de 10/08/1994, em suas *considerações*:

Considerando que a decisão mais abrangente dentro da jurisprudência vitoriosa é a do Supremo Tribunal Federal – Tribunal Pleno – no Mandado de Injunção 1.448-SP – Relator Ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa, em sua segunda parte, estabelece:

'II – Liberdade e unicidade sindical e competência para o registro de entidades sindicais (CF, artigo 8º, I e II): recepção, em termos, da competência do Ministério do Trabalho, sem prejuízo da possibilidade de a lei vir a criar regime diverso.

1. O que é inerente à nova concepção constitucional positiva de liberdade sindical é, não a existência do registro público – o qual é reclamado, no sistema brasileiro, para o aperfeiçoamento da constituição de toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado –, mas, a teor do artigo 8º, I, do texto fundamental, que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato: o decisivo, para que se resguardem as liberdades constitucionais de associação civil ou de associação sindical, é, pois, que se trata efetivamente de simples registro – ato vinculado, subordinado apenas à verificação de pressupostos legais –, e não de autorização ou de reconhecimento discricionários.'

(...)

Considerando que o Acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança n. 29-DF, depois de referir-se à 'persistência, no campo da legislação de regência das regras legais anteriores que não discrepam da nova realidade constitucional, antes dão-lhe embasamento e operatividade', proclama a 'atribuição residual do Ministério do Trabalho para promover o registro sindical, enquanto lei ordinária não vier dispor de outra forma', com 'atuação restrita, no caso, à verificação da observância ou não da ressalva constitucional que veda a existência de organização sindical da mesma categoria profissional em idêntica base territorial'; (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 1994).

Na mesma linha as *considerações* lançadas na Instrução Normativa 01, de 17/07/1997 do Ministério do Trabalho:

Considerando que o egrégio Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a norma inscrita no artigo 8º, item I, da Constituição Federal, firmou orientação no sentido de que o registro sindical no Ministério do Trabalho constitui 'ato vinculado, subordinado apenas à verificação de pressupostos legais, e não de autorização ou de reconhecimento discricionários' (MI-144/SP, Tribunal Pleno; ADIMC-1121/RS, Tribunal Pleno);

Considerando que o registro sindical é ato meramente cadastral, para o fim de tornar pública a existência da entidade e servir como fonte unificada de dados a que os interessados poderão recorrer como elemento documental para dirimir suas controvérsias, por si mesmas ou junto ao Poder Judiciário (RE 35875-2/SP; MS 1045-DF);

Considerando que a reiterada jurisprudência fixada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça entende que 'o princípio da unicidade não significa exigir apenas um sindicato representativo de categoria profissional, com base territorial limitada, mas, de impedir que mais de um sindicato represente o mesmo grupo profissional', sendo 'vedado ao Estado intervir sobre a conveniência ou oportunidade de desmembramento ou desfiliação. (RE 74986/SP; RE 40267/SP; RE 38726/RJ; MS-1703/DF). (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 1997).

Por fim, sobre o registro sindical junto ao Ministério do Trabalho e Emprego a Súmula 677 do STF: “Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.” (BRASIL, 2003).

Parece não haver dúvidas quanto à competência e sobre as limitações decisórias do Ministério do Trabalho e Emprego para o registro sindical. Havendo discordância de qualquer ente sindical com relação à concessão ou não do registro pelo Ministério do Trabalho e Emprego a controvérsia é dirimida em primeiro grau de jurisdição pelas Varas do Trabalho (após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004).

Em 10 de agosto de 1994, conforme citado, fixou o Ministério do Trabalho, por sua Instrução Normativa n. 03, regras para registro sindical (transcrição abaixo). Perceptível em tal texto a preocupação em preservar a autonomia sindical face ao Estado no que diz respeito à criação de novos sindicatos, à dissociação de categorias e aos desmembramentos, o que também pode ter contribuído para potencializá-los⁷:

Art. 3º. O pedido de registro de sindicato será instruído com os seguintes documentos, impassíveis de apreciação pelo Ministério do Trabalho:

I – edital de convocação dos membros da categoria para a assembleia geral de fundação da entidade, publicado em jornal de comprovada circulação na pretendida base territorial, bem como no Diário Oficial do Estado onde se realizará a assembleia;

II – ata da assembleia geral a que se refere o inciso anterior;

7 A indicação de “restrições” pode ter indicado os caminhos para as dissociações e desmembramentos.

III – cópia do estatuto aprovado pela assembleia geral, que deverá conter os elementos necessários à representação pretendida e, em especial:

- a) a categoria ou categorias representadas;
- b) a base territorial;
- c) os órgãos da administração, sua composição, duração dos mandatos, regras para a eleição dos seus membros e critérios de substituição;
- d) fontes de receita e normas de controle das despesas, inclusive prestação de contas.

Parágrafo 1º. Para efeito do registro, as profissões liberais são equiparadas a categorias profissionais diferenciadas.

Parágrafo 2º. Na hipótese de sindicato a ser formado por dissociação de categorias ou desmembramento de categoria, a assembleia geral reunirá somente os associados integrantes do grupo que pretender constituir o novo sindicato.

(...)

Art. 6º. Protocolizado o requerimento, o pedido de registro será imediatamente publicado no Diário Oficial da União, correndo as despesas por conta do interessado, abrindo-se o prazo de quinze dias para impugnação por sindicato cuja representatividade coincida, no todo ou em parte, com a do requerente.

Parágrafo único. A impugnação poderá ser também apresentada por qualquer entidade sindical, federação do correspondente grupo ou pela confederação do mesmo plano econômico ou profissional.

Art. 7º. O Ministro de Estado do Trabalho mandará ouvir a Confederação do ramo econômico ou profissional competente envolvido que terá o prazo de 25 dias para opinar sobre os seguintes aspectos:

- a) observância da unicidade sindical;
- b) *regularidade e autenticidade da representação.* (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 1994).

A regra do parágrafo 2º do artigo 3º da Instrução Normativa 03 de 10/08/1994 certamente possibilitou a proliferação prejudicial de sindicatos no Brasil, ao permitir o desmembramento independentemente da vontade da coletividade dos representados. Ora, ouvir em assembleia para desmembramento somente os associados integrantes do grupo que pretende constituir o novo sindicato é o mesmo que dispensar a referida reunião, pois tal regra não contempla debates, embates e soluções harmoniosas que poderiam surgir decorrentes da controvérsia.

De positivo a regra do artigo 7º, que conferia democraticamente (em tese) às Confederações a prerrogativa de zelar pela unicidade sindical e pela regularidade e autenticidade da representação.

A norma acima, transcrita parcialmente, foi revogada pela Instrução Normativa MTb n. 01 de 17/07/1997, que excluiu a regra do citado parágrafo 2º do artigo 3º da Instrução Normativa n. 01 de 10/08/1994 e manteve, em essência, os demais parâmetros anteriores.

A Instrução Normativa n. 01, de 17/07/1997 foi expressamente revogada pela Portaria n. 343, de 04 de maio de 2000, sem pontos relevantes para a presente análise, naquilo que concerne à atuação do Ministério do Trabalho e Emprego sobre o registro sindical.⁸

⁸ Art. 6º (...) Parágrafo único. O exame de admissibilidade da impugnação restringir-se-á tempestividade do pedido, à representatividade do impugnante, nos termos do caput do art. 5º, à comprovação de seu

A Portaria n. 186, de 10 de abril de 2008 revogou a Portaria 343/2000 e deu ao Ministério do Trabalho e Emprego maior poder decisório no que diz respeito ao registro sindical de novas entidades, o que ensejou a proliferação sindical mais recente. Os textos normativos anteriores eram no sentido da atuação meramente cadastral/registral do Ministério do Trabalho, deixando as controvérsias quanto ao mérito de eventuais litígios envolvendo desmembramento ou dissociação a cargo do Poder Judiciário, o que demandava maior tempo de análise e ônus para todos os interessados. Nos casos de impugnação aceita pelo Ministério do Trabalho (análise de aspectos formais dos documentos exigidos, regra geral) havia até então a vedação do registro pretendido, com a solução da controvérsia pela via judicial.⁹ O Ministério do Trabalho não analisava o mérito da pretensão, que ficava a cargo do Poder Judiciário.

O novo texto, dentre outras inovações procedimentais, deu ao Secretário de Relações de Trabalho competência para arquivar pedido de impugnação de sindicato pretensamente prejudicado pela criação de novo ente representativo em situações importantes, como se infere da regra do artigo 10 da Portaria 186 de 2008, o que na prática poderia facilitar a obtenção de novos registros:

Art. 10. As impugnações serão submetidas ao procedimento previsto na Seção III deste Capítulo, exceto nos seguintes casos, em que serão arquivadas pelo Secretário de Relações do Trabalho, após análise da CGRS:

- I – inobservância ao prazo previsto no art. 9º;
- II – ausência de registro sindical do impugnante, exceto se seu pedido de registro ou de alteração estatutária já houver sido publicado no Diário Oficial da União, mesmo que se encontre sobrestado, conforme parágrafo 5º do art. 13;
- III – apresentação por diretoria de sindicato com mandato vencido;
- IV – inexistência de comprovante de pagamento da taxa de publicação;
- V – não coincidência de base territorial e categoria entre impugnante e impugnado.
- VI – impugnação apresentada por entidade de grau diverso da entidade impugnada, salvo por mandato;
- VII – na hipótese de desmembramento, que ocorre quando a base territorial do impugnado é menor que a do impugnante, desde que não englobe o município da sede do sindicato impugnante e não haja coincidência de categoria específica;
- VIII – na ocorrência de dissolução de categorias ecléticas, similares ou conexas, para a formação de entidade com representação de categoria mais específica.

registro no Ministério do Trabalho e Emprego e de recolhimento do valor realtivo ao custo da publicação, não cabendo a este Ministério analisar ou intervir sobre a conveniência ou oportunidade do desmembramento, desfiliação, dissociação ou situações assemelhadas. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 1994).

9 Art. 8º. Findo o prazo a que se refere o § 1º do artigo 7º, o Secretário de Relações do Trabalho terá quinze dias para proceder ao exame de admissibilidade e fazer publicar, no Diário Oficial da União, o despacho de conhecimento, ou não, da impugnação.

§ 1º. O exame de admissibilidade da impugnação restringir-se-á à tempestividade do pedido, à representatividade do impugnante, nos termos do caput do artigo 6º, à comprovação de seu registro no Ministério do Trabalho e de recolhimento do valor relativo ao custo da publicação.

§ 2º. No caso de a impugnação ser conhecida, caberá às partes dirimir o conflito pela via consensual ou por intermédio do Poder Judiciário.

Art. 9º. Até que o Secretário de Relações de Trabalho seja notificado do inteiro teor do acordo ou da sentença final que decidir a controvérsia, o pedido de registro será pré-annotado para o fim exclusivo de precedência. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 1997).

IX – ausência ou irregularidade de qualquer dos documentos previstos no art. 9º; e
 X – *perda do objeto da impugnação, ocasionada pela retificação do pedido da entidade impugnada.* (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2008).

Arquivada a impugnação por ato do Secretário de Relações do Trabalho, com análise do mérito da pretensão, o registro era concedido, cabendo ao sindicato prejudicado buscar a preservação de sua base junto ao Poder Judiciário, como se infere da regra do artigo 14, inciso II, da Portaria 186/2008:

Art. 14. O registro sindical ou de alteração estatutária será concedido com fundamento em análise técnica da SRT, nas seguintes situações:
 (...)
 II – *arquivamento das impugnações, nos termos do art. 10;* (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2008).

Na prática havia a criação de um fato jurídico consistente na criação e registro de nova entidade sindical, o que poderia trazer ao Poder Judiciário dificuldades metajurídicas para dirimir a controvérsia intersindical.

A Portaria 186/2008 permitia ao Ministério do Trabalho e Emprego juízo de mérito quanto à análise de coincidência de base territorial, de coincidência de categoria específica e do que viria a ser categoria mais específica. Tais possibilidades, próximas à discricionariedade, permitiram a criação de sindicatos cartorários, sem representação efetiva e incapazes de negociar em benefício dos trabalhadores. Cediço que a disputa das Centrais Sindicais pelo controle do Ministério do Trabalho e Emprego durante os Governos Lula e Dilma teve foco na possibilidade da criação de sindicatos em consonância com seus ideais, quaisquer que sejam eles.

A Portaria 186/2008 foi substituída pela Portaria GM/MTE n. 326, de 01/03/2013, no que concerne aos entes representativos de primeiro grau, em aparente tentativa de disciplinar a desordem amplificada em 2008, conforme se depreende de seu texto. Houve a revogação do disposto nos citados incisos V, VII e VIII do artigo 10 da Portaria 186/2008, na forma como ali consagrado.

O novo texto sobre registro sindical, atento à proliferação de “sindicatos-fantasmas”¹⁰, exige a apresentação de contrato de trabalho dos dirigentes que pretenderem constituir sindicato, além de determinar que as novas entidades fixem

10 “O ministro do Trabalho, Brizola Neto, disse nesta terça que pretende criar novas regras para regulamentar o registro sindical. Em sua primeira reunião com lideranças de centrais sindicais, o ministro foi cobrado a respeito do assunto pelos dirigentes, que afirmam haver uma “fábrica de sindicatos” no País. “Queremos acabar com a fábrica de sindicatos fantasmas, sem representatividade”, disse o ministro, ressaltando que a falta de regras claras sobre a questão enfraquece a legitimidade de sindicatos “de lutas históricas”. Somente no ano passado, o ministério recebeu pedidos para a criação de mais 1,2 mil sindicatos. De acordo com Brizola Neto, existem hoje quase dez mil sindicatos em todo o País.” (BRIZOLA..., 2013).

“objetivamente a categoria e a base territorial pretendida, não sendo aceitos os termos como afins, conexos e similares, entre outros” (artigo 3º, VI, “c”) (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013). Outro ponto que deve ser destacado diz respeito à necessidade de convocação de assembleia sempre que um sindicato promova junto ao Ministério do Trabalho e Emprego a impugnação da nova entidade, o que, em tese, permitirá maior debate e publicidade sobre a criação de ente sindical. Nestes termos as regras dos artigos 19 e 27, III da Portaria GM/MTE n. 326/2013.¹¹ As decisões de arquivamento sumário da impugnação a cargo do Secretário das Relações de Trabalho perderam parte do caráter discricionário da regra anterior, como se infere:

Art. 18 As impugnações serão arquivadas pelo Secretário de Relações do Trabalho, após análise pela CGRS, nas seguintes hipóteses:
 I – inobservância do prazo previsto no caput do art. 17;
 II – insuficiência ou irregularidade dos documentos apresentados, na forma do art. 17;
 III – não coincidência de base territorial e categoria entre as entidades indicadas como conflitantes;
 IV – perda do objeto da impugnação, ocasionada pela retirada do conflito;
 V – desistência da impugnação pelo impugnante;
 VI – se o impugnante alegar conflito preexistente ao objeto da alteração estatutária;
 VII – se apresentada por diretoria de sindicato com mandato vencido, exceto quando, no momento da impugnação, a entidade comprovar ter protocolizado a atualização de dados de Diretoria, e esta atualização ter sido validada;
 VIII – quando o impugnante deixar de apresentar comprovante de pagamento da taxa de publicação; ou
 IX – *na hipótese de impugnação apresentada por entidade de grau diverso da entidade impugnada, salvo por mandato.* (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013).

Visto, então, que o Ministério do Trabalho e Emprego teve que lidar diretamente com as contradições constitucionais decorrentes da previsão concomitante de liberdade, autonomia, unicidade e registro sindicais, o que na prática acabou por permitir, durante mais de 20 anos, a pluralidade sindical oblíqua.

Ocorre que recentemente a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal parece ter contrariado a jurisprudência consolidada até então, ao fixar a competência do registro sindical pelos cartórios de registro civil das pessoas jurídicas:

Ementa:

11 Art. 19 Nos casos em que a impugnação recair sobre processos de dissociação e desmembramento, a SRT notificará a entidade impugnada para realizar nova assembleia, no prazo máximo de noventa dias da notificação, para ratificar ou não o pedido, cumprindo os requisitos previstos nos incisos II, III e VII do art. 3º, no que couber.

Art. 26 O Secretário de Relações do Trabalho arquivará o pedido de registro sindical ou o registro de alteração estatutária, com base em análise fundamentada da CGRS, nos seguintes casos: (...)

III – se a entidade impugnada, nos termos do art. 19, não realizar a assembleia ou se a categoria não ratificar o desmembramento ou dissociação. (BRASIL, 2013).

(...)

SINDICATO – EXISTÊNCIA JURÍDICA. O registro versado no inciso I do artigo 8º da Constituição é o civil das pessoas jurídicas, não se podendo cogitar de observância da formalidade presente Poder ou Órgão público, ou seja, o Ministério do Trabalho. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 291.822/RS, relator Ministro Marco Aurélio, disponível em www.stf.jus.br, consulta em 04/09/2013. (BRASIL, 2013).

1. Não obstante tal decisão¹², a Súmula 677 do STF ainda hoje define a competência do Ministério do Trabalho e Emprego para o registro sindical. De todo modo e como visto, o Ministério do Trabalho e Emprego tem cuidado do registro sindical para controle da unicidade, embora reconheça também o STF a desnecessidade de submeter tal análise à Comissão de Enquadramento Sindical referida no artigo 576 da CLT:

EMENTA – I – Registro de entidades sindicais: recepção, em termos, da competência do Ministério do Trabalho, sem prejuízo da possibilidade de a lei vir a criar regime diverso.

1. Conforme decidido pelo Plenário (MI 144, 28,5.93), “a função de salvaguarda da unicidade sindical induz a sediar, ‘si et in quantum’, a competência para o registro das entidades sindicais no Ministério do Trabalho, detentor do acervo das informações imprescindíveis ao seu desempenho.

2. Recurso extraordinário não conhecido.

II – Comissão de Enquadramento Sindical: interesse da impetrante na continuidade de seu funcionamento: inexistência:

1. Desde que as atividades de registro sejam retomadas pelo Ministério do Trabalho, pouco importa à impetrante que, internamente, o órgão encarregado de aferir a observância do requisito da unicidade sindical seja, ou não, a Comissão de Enquadramento Sindical. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134.300-1/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, disponível em www.stf.jus.br, consulta em 04/09/2013). (BRASIL, 2013).

Outro instrumento oblíquo de proliferação sindical tem sido a regulamentação das mais diversas profissões pelo Estado brasileiro, muitas vezes sem maiores critérios que não sejam meramente políticos e eleitorais. Havia, segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego atualizados até abril de 2012¹³, 67 profissões regulamentadas¹⁴, conforme Quadro 04, considerada aqui a norma heterônoma estatal que primeiro regulamentou a profissão:

12 Embora não se confunda personalidade jurídica, advinda do registro civil, com personalidade sindical, decorrente do registro no Ministério do Trabalho e Emprego, a decisão fixada na ementa e reproduzida na íntegra do acórdão parece contrariar a jurisprudência dominante no STF.

13 Depois de abril de 2012, exemplificativamente, foram publicadas as leis 12.619/2012, que trata da profissão de motorista profissional e 12.790/2013 que dispôs sobre a regulamentação do exercício da profissão de comerciante, que não constam do rol do Ministério do Trabalho e Emprego (CBO).

14 Empiricamente é possível perceber número ainda maior do que o trazido pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Quadro 1 – Profissões Regulamentadas, legislação.

PROFISSÃO	Legislação	PROFISSÃO	Legislação
Administrador	Lei 4.769/1965	Jornalista	Decreto-Lei 972/1969
Advogado	Lei 8.906/1994	Leiloeiro	Decreto 21.981/1932
Aeronauta	Lei 7.183/1984	Leiloeiro Rural	Lei 4.021/1961
Arquivista e Técnico em Arquivo	Lei 6.546/1978	Massagista	Lei 3.968/1961
Artistas e Técnico em Espetáculos	Lei 6.533/1978	Médico	Lei 3.268/1957
Assistente Social	Lei 8.662/1993	Medicina Veterinária	Lei 5.517/1968
Atleta de Futebol	Lei 6.354/1976	Mototaxista e Motoboy	Lei 12.009/2009
Atuário	Decreto-Lei 806/1976	Museólogo	Lei 7.287/1984
Bibliotecário	Lei 4.084/1962	Músico	Lei 3.857/1960
Biomédico	Lei 7.017/1982	Nutricionista	Lei 6.583/1978
Biólogo	Lei 7.017/1982	Oceanógrafo	Lei 11.760/2008
Bombeiro Civil	Lei 11.901/2009	Odontologia	Lei 4.324/1964
Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador	Lei 12.592/2012	Orientador Educacional	Lei 5.564/1968
Contabilista	Decreto-Lei 9.295/1946	Pescador Profissional	Decreto-Lei 221/1967
Corretor de Imóveis	Lei 6.530/1978	Peão de Rodeio	Lei 10.220/2001
Corretor de Seguros	Lei 4.594/1964	Psicologia	Lei 4.119/1962
Despachante Aduaneiro	Portaria MTb 209/1980	Publicitário e Agenciador de Propaganda	Lei 4.680/1965
Economista	Lei 1.411/1951	Químico	Lei 2.800/1956
Economista Doméstico	Lei 7.387/1984	Radialista	Lei 6.615/1978
Educação Física	Lei 9.696/1998	Relações Públicas	Lei 5.377/1967
Empregado Doméstico	Lei 5.859/1972	Repentista	Lei 12.198/2010
Enfermagem	Lei 7.498/1986	Representantes Comerciais Autônomos	Lei 4.886/1965
Engenheiro, Arquiteto, Agrônomo	Lei 5.194/1966	Secretário	Lei 7.377/1985
Engenharia de Segurança	Lei 7.410/1985	Sociólogo	Lei 6.888/1980
Enólogo	Lei 11.476/2007	Sommelier	Lei 12.467/2011
Estatístico	Lei 4.739/1965	Taxista	Lei 12.468/2011
Farmacêutico	Lei 3.820/1960	Técnico em Administração	Lei 4.769/1965
Fisioterapeuta e Terapeuta Ocupacional	Decreto-Lei 938/1969	Técnico em Radiologia	Lei 7.394/1985
Fonoaudiólogo	Lei 6.965/1981	Técnico em Prótese Dentária	Lei 6.710/1979
Garimpeiro	Lei 11.685/2008	Técnico Industrial	Lei 5.524/1968
Geógrafo	Lei 6.664/1979	Tradutor e Intérprete de LIBRAS	Lei 12.319/2010
Geólogo	Lei 4.076/1962	Turismólogo	Lei 12.591/2012
Guardador e Lavador de Veículos	Lei 6.242/1975	Zootecnista	Lei 5.550/1968
Instrutor de Trânsito	Lei 12.302/2010		

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de “Profissões Regulamentadas – Leis, Decretos-Leis, Decretos e outros atos específicos, compilação dos textos, atualização e notas”. Adriano Campanhole, Hilton Lobo Campanhole – 7. ed. Atlas 99. Atualização/Fonte: Setor de Documentação/MTE – Bsb, Abril/2012. Disponível em www.mte.gov.br. Consulta em 28/05/2013.

A regulamentação profissional pela norma heterônoma permite a criação de novos sindicatos de categorias profissionais diferenciadas, que têm em tal especificidade

seu principal elemento definidor da agregação sindical, conforme entende DELGADO (2013, p. 1364) quando trata dos sindicatos por Ofício ou Profissão, que se organizam a partir, “por exemplo, da existência de lei específica regulando o funcionamento da profissão, não prevalecendo, mais, simplesmente, o antigo critério administrativo.” Há ainda em tramitação no Congresso Nacional vários Projetos de Lei que pretendem regulamentar profissões, o que abre espaço para uma multiplicidade de novos sindicatos, sem que haja, necessariamente, melhora na representação coletiva.

Tal realidade desafia os analistas do sindicato no Brasil a compreender o alcance prático da regra constitucional de unicidade. Arouca (2013, p. 109), ao tratar da unicidade sindical no Brasil faz necessária crítica:

A farra ou farsa em que se tornou a criação de sindicatos deve-se, fora de qualquer dúvida, ao estímulo dado pela contribuição sindical e ao apoio decisivo do Ministério do Trabalho dirigido pela aliança CUT/FS ou PT-PDT. No Censo do IBGE de 2001 eram 15.961 sindicatos, 11.354 de trabalhadores; em 2007 pulou para 23.726 entidades, além de 5.529 pedidos de registro em tramitação. Mas, tirando servidores públicos e trabalhadores rurais, os números não revelam a realidade político-social, nada de sindicatos verdadeiramente novos, mas apenas fragmentação com a divisão artificial de trabalhadores já organizados, fora, é claro, absurdos ou pilhérias como o sindicato dos artistas sertanejos ou dos proprietários de cavalos puro sangue de corridas. Aliás, seria um paradoxo a unidade através de sindicato único implicar em multiplicidade, inerente ao pluralismo.

Na prática a fragmentação hoje verificada pode ter sido tolerada por haver uma pressão pro-pluralidade ainda que não revelada expressamente pelos atores sociais envolvidos. Especificamente no que se refere aos sindicatos provavelmente tal proliferação tem razão na arrecadação possibilitada pela “contribuição sindical obrigatória”. Tal pluralidade sindical oblíqua pode ter sido até mesmo influenciada, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego e do Poder Judiciário Trabalhista, pela Convenção 87 da OIT em seus valores básicos, mas sem que se estabelecessem critérios claros de fixação da representação decorrente de seus princípios.

3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO QUE CONCERNE À DISPUTA DE REPRESENTAÇÃO SINDICAL

Visto que a disputa por representação sindical se resolve em diversas situações fáticas com a atuação do Poder Judiciário, que decide principalmente sobre dissociação e desmembramento. Há desde 1988 aparente consenso no sentido de que a especialidade deve dirimir a controvérsia entre os sindicatos envolvidos no litígio. Algumas decisões são consubstanciadas nas regras dos artigos 570 e 571 da CLT, ainda que extinta a Comissão do Enquadramento Sindical no âmbito do Ministério do Trabalho e

Emprego. Também desponta aparente consenso no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário interferir na vontade dos interessados na organização sindical, especificamente no que diz respeito à cisão e ao desmembramento.

Inicialmente a jurisprudência do TRT da 3ª Região, exemplificativamente:

EMENTA: SINDICATO. DESMEMBRAMENTO. ATIVIDADE ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. A existência de um determinado sindicato não constitui óbice intransponível à formação de outros de menor abrangência ou mais específicos em relação às atividades desenvolvidas, caso seja a vontade da categoria, não havendo, portanto, a figura do direito adquirido em relação à base territorial ou à representatividade. O desmembramento da categoria em sindicatos visando a uma melhor representação de seus interesses é comum no meio sindical, fruto da autonomia e liberdade garantidas constitucionalmente como também da realidade que se forma pela manifestação dos grupos profissionais e econômicos. (TRT da 3.ª Região; Processo: 01523-2011-013-03-00-4 RO; Data de Publicação: 29/08/2012; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Luiz Ronan Neves Koury; Revisor: Jales Valadão Cardoso; Divulgação: 28/08/2012. DEJT. Página 50. Disponível em www.trt3.jus.br, acesso em 05/06/2013). (BRASIL, 2012).

EMENTA: REPRESENTAÇÃO SINDICAL - DESMEMBRAMENTO. Comprovado nos autos a regularidade do edital convocatório e da assembléia que o constituiu, o desmembramento de um Sindicato intermunicipal, que representa a categoria em diversos Municípios, em um novo Sindicato, que venha a representar os trabalhadores de somente um Município, como no caso em tela, não é vedado pela lei. Ao revés, tal prática deve ser até incentivada, mormente, em casos como o da presente controvérsia, onde é óbvio que um ente sindical que vai representar a categoria somente a base de um Município, terá muito mais eficácia na sua atuação, do que outro, que tem de dividir suas atenções em 145 cidades. (TRT da 3.ª Região; Processo: 01476-2011-129-03-00-2 RO; Data de Publicação: 10/12/2012; Órgão Julgador: Sexta Turma; Relator: Convocado Eduardo Aurelio P. Ferri; Revisor: Jorge Berg de Mendonca; Divulgação: 07/12/2012. DEJT. Página 256. Disponível em www.trt3.jus.br, acesso em 05/06/2013). (BRASIL, 2012).

EMENTA: LIBERDADE SINDICAL. UNICIDADE. DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE. A liberdade para a criação de sindicatos esbarra no limite imposto pelo princípio da unicidade sindical, consoante o art. 8º, II, da CR/88, que dispõe que "é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial". Todavia, não se pode olvidar de que a regra supra possui exceção, tendo a CLT criado disposição específica sobre a possibilidade de desmembramento, na mesma base territorial, de um sindicato mais amplo em outro que represente mais especificamente a categoria profissional ou econômica (art. 571). Assim como se admite o desmembramento em razão da especificidade da categoria, também é possível o desmembramento sindical geográfico, atuando o novo sindicato em parte do território que antes estava coberto por outro, desde que a base territorial do sindicato originário abranja mais de um município e que seja preservada a unidade mínima territorial na base deste sindicato desmembrado. (TRT da 3.ª Região; Processo: 01008-2011-018-03-00-6 RO; Data de Publicação: 16/03/2012; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Convocado Jose Marlon de Freitas; Revisor: Convocado Antonio G. de Vasconcelos; Divulgação: 15/03/2012. DEJT. Página 206. Disponível em www.trt3.jus.br, acesso em 05/06/2013). (BRASIL, 2012).

A especificidade ou especialização de categorias, nos termos das decisões citadas, tende à fragmentação da representação coletiva e à conseqüente fragilização do sindicato frente ao seu contraponto empregador, o que acaba por mitigar a igualdade

entre os pactuantes coletivos, que é essencial ao Direito Coletivo do Trabalho. Não obstante tal compreensão, em síntese e exemplificativamente, o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho:

SINDICATO. CRIAÇÃO POR DESMEMBRAMENTO. BASE TERRITORIAL. LIMITE MÍNIMO. UNICIDADE SINDICAL.

1. É sabido que o princípio da liberdade sindical assegurado pela Constituição da República na cabeça do seu artigo 8º é mitigado pelo princípio da unicidade sindical consagrado no inciso II do mesmo dispositivo. Esse princípio, por sua vez, não afasta a possibilidade de que ocorra o Desmembramento de determinado sindicato, que passa a abranger base territorial reduzida em virtude da criação de novo ente sindical, limitando-se o comando constitucional a vedar que a abrangência dos novos sindicatos seja inferior à área de um município. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, bem como do Tribunal Superior do Trabalho.

2. À vista de tais considerações e do registro feito pela Corte de origem, no sentido de que foram preenchidos os requisitos exigidos para o desmembramento - premissa fática intangível, a teor da Súmula n.º 126 deste Tribunal Superior -, não se caracteriza a alegada violação do artigo 8º, II, da Constituição da República. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, Processo: AIRR - 540-47.2006.5.13.0003 Data de Julgamento: 17/04/2013, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/04/2013). (BRASIL, 2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DESMEMBRAMENTO - REGISTRO DE ENTIDADE SINDICAL. Não há falar em violação do art. 8º, II, da Constituição Federal, uma vez que o Tribunal Regional deixou expresso que a dissociação dos trabalhadores abrangidos pela base territorial representada pelo Sindicato-Autor, criando um novo sindicato, não violou o princípio constitucional da unicidade sindical, porque, no caso dos autos, se trata de desmembramento, e não criação de base sindical de mesmo grau na mesma base territorial. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, Processo: AIRR - 152-67.2010.5.03.0041 Data de Julgamento: 20/03/2013, Relatora Desembargadora Convocada: Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013. Disponível em www.tst.jus.br, acesso em 29/05/2013). (BRASIL, 2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE. RECURSO DE REVISTA. LIBERDADE SINDICAL. FEDERAÇÃO. CISÃO. DESMEMBRAMENTO DE SINDICATO. CRIAÇÃO DE NOVA FEDERAÇÃO COM BASE TERRITORIAL MENOS ABRANGENTE. POSSIBILIDADE. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. Deve ser confirmada a negativa de seguimento do recurso de revista quando não preenchidos os seus requisitos de admissibilidade. Agravo de instrumento desprovido. (TST, Processo: AIRR - 94800-85.2008.5.04.0007 Data de Julgamento: 24/04/2013, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/05/2013. Disponível em www.tst.jus.br, acesso em 29/05/2013). (BRASIL, 2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM AÇÃO DE CUMPRIMENTO. CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS E ASSISTENCIAIS. ENQUADRAMENTO SINDICAL. A Corte a quo, entendendo que o desmembramento de um sindicato em outro mais específico não acarreta ofensa ao princípio da unicidade sindical, e com base no contexto probatório dos autos, concluiu que o SINDIFAST seria o legítimo representante dos empregados da empresa reclamada, por representar categoria mais específica em relação àquela representada pelo Sindicato reclamante. Violações legais e constitucionais não constatadas. Incidência da Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST, Processo: AIRR - 34300-28.2008.5.02.0001 Data de Julgamento: 24/04/2013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/04/2013. Disponível em

www.tst.jus.br, acesso em 29/05/2013). (BRASIL, 2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DE OPOSIÇÃO. REPRESENTATIVIDADE SINDICAL. DESMEMBRAMENTO. CATEGORIA MAIS ESPECÍFICA. A Corte a quo, entendendo que o desmembramento de um sindicato em outro mais específico não acarreta ofensa ao princípio da unicidade sindical e considerando as disposições constantes dos estatutos sociais trazidos aos autos, concluiu que o sindicato reclamante (SINDEX) seria o legítimo representante dos empregados rurais da empresa Plantar S.A., por representar categoria mais específica em relação àquela representada pelo sindicato ora opoente. Violações legais e constitucionais e contrariedades a verbetes jurisprudenciais desta Corte não constatadas. Incidência da Súmula nº 126 do TST. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (TST, Processo: AIRR - 1499-32.2010.5.03.0140 Data de Julgamento: 13/03/2013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/03/2013. Disponível em www.tst.jus.br, acesso em 29/05/2013). (BRASIL, 2013).

RECURSO DE REVISTA - ENTIDADE SINDICAL GENÉRICA - DESMEMBRAMENTO - CRIAÇÃO DE ENTIDADE SINDICAL ESPECÍFICA - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA UNICIDADE - VIOLAÇÃO - AUSÊNCIA. É garantia individual assegurada constitucionalmente o direito à liberdade de pensamento, à reunião pacífica, à liberdade associativa e à criação de associações de qualquer natureza, em conformidade com o disposto no art. 5º, IV, XVI, XVII, XVIII e XX, da Constituição da República. Além disso, o próprio art. 8º, caput, da Carta Magna assegura a livre associação profissional e sindical. Partindo desse ponto, o princípio da unicidade sindical, estabelecido no art. 8º, II, da Carta Magna, não é absoluto e não resguarda, incondicionalmente, a intangibilidade do sindicato mais antigo, sendo permitida a criação de novos sindicatos por desmembramento da base territorial ou da categoria mais específica, nos termos dos arts. 570 e 571 da CLT. Dessa forma, é absolutamente legítima a criação de novo ente sindical representativo da categoria profissional mais específica em sua base territorial. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, Processo: RR - 204800-95.2009.5.08.0205 Data de Julgamento: 31/10/2012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/11/2012. Disponível em www.tst.jus.br, acesso em 29/05/2013). (BRASIL, 2012).

DISSÍDIO COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA. SINDICATO. DISSOCIAÇÃO.

1. Sindicato profissional que representa diversos segmentos de trabalhadores na indústria de alimentação. Superveniência de novo sindicato, representativo de um segmento dos trabalhadores do antigo sindicato (trabalhadores nas indústrias de beneficiamento de castanha de caju e amêndoas vegetais).

2. Se sobrevém novo sindicato, que logra obter registro sindical, sem impugnação, no Ministério do Trabalho, para representar categoria profissional mais específica (art. 8º, inciso II, da CF/88) e, além disso, ultimamente vem celebrando convenções coletivas de trabalho com a categoria econômica, não há por que não lhe reconhecer, com exclusividade, a representatividade da categoria dissociada.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TST, Processo: RODC - 179340-16.2002.5.07.0000 Data de Julgamento: 10/03/2005, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DJ 01/04/2005. Disponível em www.tst.jus.br, acesso em 29/05/2013). (BRASIL, 2005).

As decisões do TST parecem contemplar uma liberdade sindical “maior” do que aquela inicialmente preconizada na Constituição da República, pois enfraquecidas as amarras da unicidade, porém “menor” do que aquela prevista na Convenção 87 da OIT, pois ao invés de propiciar unidade de representação, igualdade entre os sujeitos coletivos

e melhor capacidade negocial, acarreta a fragmentação da classe trabalhadora em prejuízo de seus interesses.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão recente de sua 1ª Turma reconhece a mitigação do princípio da unicidade sindical (embora não admita pluralidade) por força da liberdade de associação (Constituição da República, artigo 5º, XVII) e da liberdade sindical (Constituição da República, artigo 8º), o que justificaria uma maior possibilidade de fracionamento da base de representação sindical, desde que respeitado o limite mínimo do município:

Quanto à matéria de fundo propriamente dita, atente para a liberdade de associação prevista no inciso XVII do artigo 5º da Constituição Federal. Sendo esta um grande todo, nota-se a mitigação do princípio da unicidade sindical. O artigo 8º da Lei Maior revela livre associação profissional ou sindical e encerra a desnecessidade da autorização do Estado para a criação de sindicato, remetendo ao registro no órgão competente, vedada a interferência e a intervenção do Poder Público. A alusão a registro no órgão competente direciona àquele das pessoas jurídicas e, no acórdão proferido, ficou consignada a ocorrência. No inciso II do citado artigo 8º, apenas há obstáculo ao surgimento do mesmo sindicato em área geográfica representada por município. Então, desde que o novo sindicato seja criado em município diverso, é possível placitá-lo. (Supremo Tribunal Federal. RE 291.822/RS, relator Ministro Marco Aurélio, disponível em www.stf.jus.br, consulta em 04/09/2013). (BRASIL, 2013).

Em sentido contrário à tese majoritária recente decisão do TST:

RECURSO DE REVISTA. DESMEMBRAMENTO DE SINDICATO. ENTIDADE PRÉ-EXISTENTE. PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. INDEFERIMENTO DE REGISTRO.

1. O art. 8º, II, da Constituição Federal, ao manter o enquadramento sindical por categoria, profissional ou econômica, impôs condicionante à criação de sindicatos.
2. Consoante precedente do Supremo Tribunal Federal, a criação de sindicato por meio de desmembramento da entidade sindical preexistente terá de observar os requisitos impostos pela norma trabalhista (Arts. 570 e 571, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho).
3. Assim, embora os trabalhadores interessados sejam livres para determinar a base territorial do sindicato, não poderão definir o enquadramento ou escolher a categoria a que pertencem, sobretudo tratando-se de servidores do Poder Judiciário.
4. Os oficiais de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte possuem identidade com os outros servidores públicos que se vinculam ao Poder Judiciário e possuem regime próprio em razão de suas atividades previstas em lei específica.
5. Nesse contexto, o órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, ao indeferir o registro postulado pelo Sindicato dos Oficiais de Justiça do Rio Grande do Norte, observou o princípio da unicidade sindical (art. 8º, II, da Carta Magna), que impede a criação de mais de um sindicato na mesma base territorial e impõe a sindicalização por categoria. Incólumes os arts. 8º, I, da Constituição Federal, 570 e 571, da CLT.

Recurso de revista conhecido e não provido.

(TST, Processo: RR - 118700-51.2007.5.10.0012 Data de Julgamento: 17/10/2012, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/10/2012. Disponível em www.tst.jus.br, acesso em 29/05/2013). (BRASIL, 2012).

Ora, o que se pretende da representação sindical em um contexto de liberdade é o fortalecimento da classe trabalhadora, que em igualdade de condições negociais com o patrão possa melhorar os contratos de emprego e a vida dos trabalhadores. Assim, a identidade entre os trabalhadores tende a ser potencializada quanto maior e mais representativa for a categoria, e não o contrário.

A jurisprudência majoritária do STF parece privilegiar a especificidade ou especialização de categorias, ainda que fundamente seus julgados com base em liberdade sindical com unicidade:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESMEMBRAMENTO DE SINDICATO. ENTIDADE PRÉ-EXISTENTE. MONOPÓLIO DA REPRESENTAÇÃO SINDICAL EM DETERMINADA BASE TERRITORIAL. PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. POSSIBILIDADE DE DECISÃO. NORMAS DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. 1. Acolhendo o princípio da não intervenção e não interferência estatal na organização sindical (CF, artigo 8º,I), o legislador constituinte outorgou aos trabalhadores e empregadores interessados a capacidade para definir a base territorial da entidade que não poderá ser inferior à área de um Município, afastando a competência do Ministério do Trabalho para delimitá-la na forma prevista no artigo 517, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho. 2. Unicidade sindical. A norma constitucional estabelece que é livre a associação profissional ou sindical, vedando à lei a exigência de autorização estatal para a instituição de sindicato, ressalvado o seu registro no órgão competente (Ministério do Trabalho) a quem cumpre zelar pela observância do princípio da unicidade sindical em atuação conjunta com os terceiros interessados (sindicatos), de conformidade com as disposições contidas nas Instruções Normativas nºs 5/90 e 9/90, que lhes facultam, no prazo nelas fixado, a impugnação do registro de fundação da entidade, competindo à Administração Pública anular o ato se julgada procedente a alegação. 3. Artigo 571 c/c o artigo 570, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho. Possibilidade de cisão do sindicato principal com o objetivo de constituir entidade sindical específica, desde que observados os requisitos impostos pela norma trabalhista. 3.1. Em face das disposições contidas nos incisos I e II do artigo 8º da Constituição Federal não mais prevalecem as restrições previstas na CLT. 4. Criação de sindicato por meio de desmembramento da entidade sindical preexistente. Verificação da regular decisão tomada pelos trabalhadores e comprovação de que a base territorial da nova entidade não é inferior à área de um Município. Reexame de provas. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental não provido. (STF, 2ª Turma, RE 207910, AgR/SP, julgamento em 17/04/1998, relator Min. Maurício Corrêa, publicação 26/06/1998, disponível em www.stf.jus.br, consulta em 06/06/2013). (BRASIL, 1998).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO - INVIABILIDADE. Tratando-se de interposição de recurso extraordinário a partir de alegada ofensa à Carta Política da República, descabe cogitar do conhecimento e desprovimento. Verificada a transgressão, a hipótese sugere a ultrapassagem da preliminar e o provimento. Uma vez afastada, caminha-se, simplesmente, para a declaração de não-conhecimento. SINDICATO X ASSOCIAÇÃO - UNICIDADE. Não se há de confundir a liberdade de associação, prevista de forma geral no inciso XVII do rol das garantias constitucionais, com a criação, em si, de sindicato. O critério da especificidade direciona à observação do disposto no inciso II do artigo 8º da Constituição Federal, no que agasalhada a unicidade sindical de forma mitigada, ou seja, considerada a área de atuação, nunca inferior à de um município. Superposição inconstitucional, considerados os sindicatos dos empregados em empresas de prestação de serviços, colocação e administração, de mão-de-obra, trabalho temporário, leitura de medidores e de entrega de avisos do Estado de São Paulo (primitivo) e o dos trabalhadores temporários e em

serviços terceirizados do Estado de São Paulo. (STF, 2ª Turma, Processo RE 207858/SP, julgamento em 27/10/1998, relator Ministro Marco Aurélio, publicação em 14/05/1999, disponível em www.stf.jus.br, acesso em 06/06/2013). (BRASIL, 1998).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SINDICATO. DESMEMBRAMENTO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. *É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não implica ofensa ao princípio da unidade sindical a criação de novo sindicato, por desdobramento de sindicato preexistente, desde que o território de ambos não se reduza a área inferior a de um município.* 2. *Agravo regimental desprovido.* (STF, 2ª Turma, RE 573533 AgR/SP, julgamento em 14/02/2012, relator Ministro Ayres Britto, publicação em 19/03/2012, disponível em www.stf.jus.br, consulta em 06/06/2013). (BRASIL, 2012).

ORGANIZAÇÃO SINDICAL – LIBERDADE – BASE TERRITORIAL. *Uma vez respeitada a unicidade quanto a certa base territorial, descabe impor exigências incompatíveis com a liberdade de associação. Óptica prevalecente, a uma só voz, considerado o voto do relator, lastreado no parecer da Procuradoria Geral da República. Redação do acórdão por vogal ante a aposentadoria do relator, Ministro Carlos Velloso.* (STF, Tribunal Pleno, RMS 21053/SP, julgamento em 24/11/2010, Relator Min. Carlos Velloso, publicação em 24/03/2011, disponível em www.stf.jus.br, consulta em 06/06/2013). (BRASIL, 2010).

I. Sindicato: unicidade e desmembramento. 1. *O princípio da unicidade sindical (CF, art. 8º, II, da Constituição) não garante por si só ao sindicato a intangibilidade de sua base territorial: ao contrário, a jurisprudência do STF está consolidada no sentido da legitimidade constitucional do desmembramento territorial de um sindicato para constituir outro, por deliberação dos partícipes da fundação deste, desde que o território de ambos não se reduza a área inferior à de um município (v.g., MS 21.080, Rezek, DJ 1º.10.93; RE 191.231, Pertence, DJ 06.08.99; RE 153.534; Velloso, DJ 11.06.99; AgRgRE 207.910, Maurício, DJ 4.12.98; RE 207.780, Galvão, DJ 17.10.97; RE 180222, Galvão, DJ 29.08.00).* 2. *No caso, o Tribunal a quo assentou que não houve superposição sindical total, mas apenas um desmembramento que originou novas organizações sindicais regionais cuja área de atuação é menor do que a do agravante, o que não ofende a garantia constitucional da unicidade.* II. *Recurso extraordinário: descabimento: ausência de prequestionamento do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: incidência das Súmulas 282 e 356.* (STF, 1ª Turma, RE 154250 AgR/SP, julgamento em 15/05/2007, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicação em 08/06/2007, disponível em www.stf.jus.br, acesso em 06/06/2013). (BRASIL, 2007).

A preocupação do STF parece ser preservar concomitantemente os princípios de liberdade sindical e unicidade na base territorial mínima de um município, o que acaba por possibilitar fragmentações da representação em um cenário de liberdade sem preocupação com igualdade negocial e com a preservação da força da maioria.

Ora, se não cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego ou ao Poder Judiciário interferir na vontade da classe trabalhadora¹⁵ sobre sua organização coletiva, sobretudo no que concerne às cisões e desmembramentos, e se o critério da especialidade parece ser majoritário, então não há limites à criatividade humana para a formação de novos

15 Há ainda controvérsia sobre a extensão da Assembleia de fundação de novo sindicato: se deve se restringir aos imediatamente impactados pelo novo ente ou se toda a categoria deve se reunir para decidir, parecendo ser majoritário o primeiro entendimento, ainda que equivocado, *data maxima venia*.

sindicatos no Brasil e consagrada está, portanto, a pluralidade sindical oblíqua.¹⁶

Em sentido oposto ao da corrente majoritária, recente decisão da 3ª Turma do TST, da lavra do Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, paradigmática por afirmar o princípio da agregação em sentido contrário ao da especificidade para se fixar a representação e, principalmente, por se referir ao sindicato mais representativo:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO SINDICATO-AUTOR SINTHORESP. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL E ASSISTENCIAL. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. INFERÊNCIA DO SINDICATO MAIS REPRESENTATIVO E LEGÍTIMO, AFIRMATIVO DA UNICIDADE CONSTITUCIONALMENTE DETERMINADA. PRINCÍPIO DA AGREGAÇÃO SINDICAL COMO DIRETRIZ REGENTE DESSA ANÁLISE. SINDICATO OBREIRO MAIS AMPLO, ABRANGENTE, FORTE E REPRESENTATIVO, USUALMENTE MAIS ANTIGO, EM DETRIMENTO DO SINDICATO MAIS RESTRITO E DELIMITADO, USUALMENTE MAIS RECENTE. AGREGAÇÃO SINDICAL PRESTIGIADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Decidindo o TRT o conflito intersindical com suporte no princípio civilista da especificidade, em contraponto ao princípio da agregação, deve ser reformada a decisão regional. Isso porque deve ser identificado como mais legítimo e representativo o sindicato com categoria profissional o sindicato obreiro mais amplo, com maior número de segmentos laborativos representados, além de mais antigo, que na hipótese é o SINTHORESP, de 1941, em contraponto ao SINDIFAST, de 2000, invocado pelo Regional. Esse entendimento ajusta a interpretação ao melhor e mais consistente sentido objetivado pelo Texto Máximo de 1988 (art. 8º, I, II e III, CF). A diretriz da especialização pode ser útil para a análise de certos aspectos de outras relações jurídicas, sendo porém incompatível para a investigação da estrutura sindical mais legítima e representativa, apta a melhor realizar o critério da unicidade sindical determinado pela Constituição (art. 8º, I e II CF/88) e concretizar a consistência representativa que tem de possuir os sindicatos (art. 8º, III e VI CF/88). Para esta investigação sobre a legitimidade e representatividade dos sindicatos torna-se imprescindível, portanto, o manejo efetivo e proporcional do princípio da agregação, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (TST. RR - 260400-74.2009.5.02.0074. Data de Julgamento: 29/05/2013, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013, disponível em www.tst.jus.br, consulta em 07/06/2013). (BRASIL, 2013).

A decisão citada é emblemática ao afirmar a liberdade sindical condicionada à ampliação da representação sindical, e não à sua fragmentação, além de consagrar no Direito Coletivo do Trabalho brasileiro o princípio da agregação, em oposição ao da especificidade, e a ideia de sindicato mais representativo.

Percebe-se, em síntese, a preocupação do Poder Judiciário, compreensível, em preservar as estruturas sindicais consagradas no Brasil desde a Consolidação das Leis do Trabalho (1943), não obstante sejam perceptíveis as transformações sociais, econômicas, políticas e principalmente normativas (regras e princípios constitucionais)

¹⁶ Poderia haver questionamentos sobre a vigência plena da liberdade sindical no Brasil, vista tal proliferação de sindicatos, como se pluralidade houvesse. Possível concluir, de antemão, negativamente: embora haja proliferação de sindicatos não se admite sua coexistência (concorrência) em uma mesma base de representação, bem como não há sua organização em estrutura de livre escolha da classe trabalhadora, vinculada que está às regras de agregação celetistas.

posteriores. A unicidade sindical serviu aos interesses do Estado brasileiro enquanto pretendeu controlar a classe trabalhadora no sistema corporativista, bem como favoreceu trabalhadores e empregadores em um momento posterior de tentativa de unidade de classes. Hoje, como visto, dada a especificidade ou especialização e presente a pluralidade sindical oblíqua, a unicidade perde razão de ser a cada dia, pois não consegue unir a classe trabalhadora, que se fragmenta com respaldo do Ministério do Trabalho e Emprego, e impede a implementação de uma liberdade sindical mais efetiva, que consagre igualdade negocial, autonomia sindical e representação decente.

Diante do exposto é necessária uma releitura dos conceitos de agregação do trabalhador ao sindicato, vistas a pluralidade sindical oblíqua e a liberdade sindical que se espera possível no Brasil.

REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. **Organização Sindical no Brasil: passado – presente – futuro(?)**. São Paulo: LTr., 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr., 2013.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Organização Sindical. In: FREDIANI, Yone; ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Relações de Direito Coletivo Brasil-Itália**. São Paulo: LTr., 2004.

GUIMARÃES, José Ribeiro Soares. **Perfil do Trabalho Decente no Brasil: um olhar sobre as Unidades da Federação**. Brasília: OIT, 2012.

HORN, Carlos Henrique. A crescente atomização sindical no Brasil: continuidades e singularidades. In: HORN, Carlos Henrique; SILVA, Sayonara Grillo; Coutinho, Leonardo da (Org.). **Ensaio sobre Sindicatos e Reforma Sindical no Brasil**. São Paulo: LTr., 2009.

PAIXÃO, Cristiano. A Convenção 87 da OIT no Direito Brasileiro: caminhos para sua vigência a partir da Constituição de 1988. **Revista do TST**. Brasília, v. 78, n. 2, abr./jun. 2012.

OS MÚLTIPLOS CONTORNOS DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA E SEUS EFEITOS NO SINDICALISMO BRASILEIRO.¹

Mauro Cesar Alves

Doutor e Mestre em Direito pela PUC.Minas.

Professor da Universidade Federal de Lavras (UFLA) e da Fundação Pedro Leopoldo (FPL).

Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG

Editor do site www.direitodotrabalhoessencial.com.br

RESUMO

O Direito do Trabalho, em seu núcleo básico (a relação de emprego), sofreu transformações relevantes nos últimos anos, mas seus efeitos não vêm sendo observados no que concerne ao Direito Coletivo do Trabalho. O conceito de dependência fixado no artigo 3º da CLT se alterou ao longo do tempo (subordinação clássica, subordinação objetiva, subordinação reticular, subordinação estrutural), o que deve necessariamente repercutir nas relações coletivas de trabalho. Os novos contornos da subordinação jurídica, ao lado da reestruturação produtiva, devem ser percebidos naquilo que diz respeito à aplicação dos critérios de agregação do trabalhador ao sindicato (“enquadramento sindical”) e devem ser relevantes para a compreensão das perspectivas do ente de representação coletiva em cenário plural.

1 INTRODUÇÃO

Inegável que desde a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943 o Brasil experimentou sensíveis transformações sociais, econômicas, políticas e principalmente normativas (constitucionais e infraconstitucionais) e que devem influenciar diretamente a vida sindical.

A realidade fática que influenciou a estruturação das regras celetistas sobre as relações coletivas de trabalho no início do século XX não se verifica hodiernamente. Como consequência deve o Estado perceber a nova conformação social e atuar de modo coerente com tal situação, tendo como premissas a construção da justiça e a preservação dos direitos fundamentais do cidadão. As transformações sociojurídicas devem ser hoje consideradas para que haja uma evolução interpretativa sobre as regras de representação sindical no Brasil, o que pode melhorar sensivelmente a atuação dos sindicatos que são verdadeiramente comprometidos com a realização de direitos.

Paralelamente às transformações sociais, econômicas, políticas e normativas vivenciadas pela sociedade brasileira e principalmente pelos sindicatos é importante compreender que o Direito do Trabalho, em seu núcleo básico (a relação de emprego), também sofreu transformações relevantes. O conceito de dependência, fixado no artigo 3º da CLT, se alterou ao longo do tempo (subordinação clássica, subordinação objetiva, subordinação reticular, subordinação estrutural), o que deve necessariamente repercutir

1 O presente artigo é uma pequena parte da Tese de Doutorado apresentada pelo autor à PUC.Minas.

nas relações coletivas de trabalho. Os novos contornos da subordinação jurídica, ao lado da reestruturação produtiva, devem ser percebidos naquilo que diz respeito à aplicação dos critérios de agregação do trabalhador ao sindicato (“enquadramento sindical”) e devem ser relevantes para a compreensão das perspectivas do ente de representação coletiva em tal cenário.

Por ser a subordinação o cerne do vínculo empregatício, que por sua vez é a essência do Direito do Trabalho, as transformações em seu conteúdo, por força da interpretação, podem trazer também impactos para a vida sindical.

A doutrina justralhista brasileira, influenciada pelo debate no plano internacional e pelos efeitos da reestruturação produtiva nas relações de trabalho, coloca o tema da subordinação novamente em destaque.

A discussão, por aqui, não obstante as diversas teorias e os vários epítetos para o fenômeno, parece polarizada entre os que defendem a restrição do conceito da subordinação e os que fazem uma análise ampliativa de seu alcance.

No primeiro caso (restrição do conceito) a subordinação tendente a revelar o vínculo empregatício será apenas a clássica, que exige a presença da ordem patronal direta quanto ao modo da prestação laborativa. Trata-se de abordagem subjetivista, que se concentra na figura do empregador. Tal conceito, ainda que seja suficiente na grande maioria dos casos concretos, exclui da proteção justralhista muitos trabalhadores no hodierno sistema produtivo capitalista.

No segundo caso e em sentido oposto ao da exclusão, a melhor doutrina indica a ampliação do conceito de subordinação para que o Direito do Trabalho possa alcançar um maior número de trabalhadores dependentes de tutela especial. Trata-se de uma análise objetiva da subordinação, sem que o foco seja o empregador e passe a ser a inserção do trabalhador no contexto produtivo do tomador dos seus serviços. Neste sentido as teses de subordinação objetiva, integrativa, reticular e estrutural, bem desenvolvidas pela doutrina e adiante contempladas.

Embora a subordinação seja hoje reconhecida como o elemento fático-jurídico mais significativo na distinção entre relações de trabalho sem vínculo empregatício e emprego, não faz referência a CLT aos seus termos no artigo 3º, que fixa “dependência” como requisito para a caracterização da figura do empregado.

Assim sendo há espaço interpretativo amplo para que se reconheça a dependência prevista na norma básica celetista tanto como subordinação clássica quanto como objetiva, integrativa, reticular ou estrutural. Fato inconteste é, entretanto, que tal debate não tem sido suficientemente estendido ao Direito Coletivo do Trabalho, embora

possa haver influência de seus resultados fáticos no âmbito do sindicalismo brasileiro, conforme será visto.

De início a ideia de subordinação como pressuposto mais importante na distinção entre trabalho e emprego se consolidou após amplo debate sobre os contornos jurídicos da dependência fixada na regra do artigo 3º da CLT. Nos primórdios do Direito do Trabalho brasileiro discutiu-se a dependência, e não a subordinação, como ponto central da estruturação protetiva justralhista. Para alguns autores a dependência deveria ser entendida como pessoal, subjetiva, e teria natureza econômica ou técnica, dentre outras concepções. O Professor Delgado (2002, p. 298) explica qual era o entendimento sobre dependência econômica:

No primeiro caso (dependência econômica), a concepção fundava-se na hierarquia rígida e simétrica que tanto marca a estrutura socioeconômica de qualquer organização empresarial, colocando no vértice da pirâmide econômica o empregador e seus representantes. A relação empregatícia, em particular, seria uma projeção enfática dessa assimetria econômica que separa empregador e empregado.

E prossegue o Prof. Delgado (2002, p. 298) ao tratar da subordinação em um contexto de dependência técnica:

A subordinação (assimilada à expressão dependência) já foi, também, considerada como fenômeno de natureza e fundamentação técnica (dependência técnica): o empregador monopolizaria, naturalmente, o conhecimento necessário ao processo de produção em que se encontrava inserido o empregado, assegurando-se, em consequência, de um poder específico sobre o trabalhador. A assimetria do conhecimento técnico daria fundamento à assimetria na relação jurídica de emprego.

Defende o Prof. Márcio Túlio Viana que tampouco a denominada “subordinação jurídica” é suficiente à plena compreensão do fenômeno, que é também social e econômico. Para o Prof. Viana (1996) não são aspectos irrelevantes para a ampla compreensão do fenômeno juslaboral aqueles econômicos, técnicos, sociais, etc., desde que se faça em termos “macro” e não “micro”. O empregador detém os meios de produção e esse simples fato não apenas demonstra a dependência econômica do empregado (que tem que trabalhar para aquele que os possui) como implica *necessariamente* a dependência técnica, na medida em que o empregador tem que organizar e articular aqueles meios, inclusive com os próprios contratos de trabalho, para produzir de forma metódica e racional, já que de outro modo não poderia cumprir seu papel de acumular.

Perceptível que a interpretação da regra jurídica evolui conforme se alteram as

relações sociais. Durante muito tempo a subordinação foi identificada no plano dos fatos pela existência de ordens do contratante quanto ao modo da prestação laborativa. Delgado (2002, p. 296) explicita tal compreensão com o estudo da origem e da evolução da expressão:

Subordinação deriva de sub (abaixo) e *ordinare* (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores. Nessa mesma linha etimológica, transparece na subordinação uma ideia básica de 'submetimento, sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência.

O surgimento do termo subordinação, em seus contornos jurídicos, consoante Nascimento (1997), remonta ao direito francês, no início do século passado.²

Pode-se depreender, então, que subordinação clássica, nos termos da doutrina de Delgado, é a situação jurídica na qual o empregado se submete às ordens diretas de seu empregador no que concerne ao modo da prestação laborativa. Na subordinação clássica, de contornos subjetivos, o destaque para a identificação fática da figura jurídica se dá em conformidade com a atuação do empregador, que ostensivamente dirige o trabalho através de ordens diretas quanto ao modo da prestação laborativa. No plano fático é possível identificar a subordinação pela fixação de horários, existência de chefias e punição disciplinar, dentre outras circunstâncias reveladoras do comando patronal direto.

Conforme exposto posiciona-se parte da doutrina e da jurisprudência pátrias no sentido de que somente tal contorno jurídico enseja a caracterização da relação empregatícia, não cabendo ampliação de conceitos. Neste sentido a seguinte decisão do TRT da 3ª Região, que por revelar uma defesa extremada da subordinação clássica merece transcrição literal:

RELAÇÃO DE EMPREGO - ELEMENTOS CONSTITUTIVOS - INDISPENSABILIDADE DA PRESENÇA DO CLÁSSICO ELEMENTO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA EM CONTRAPOSIÇÃO AO ETÉREO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. Em se tratando da relação jurídica de emprego é imprescindível a conjugação dos supostos fático-jurídicos inscritos no artigo 3º da CLT, a saber: personalidade da prestação de serviços; trabalho não eventual; onerosidade da prestação; e, finalmente, o elemento essencial da subordinação jurídica. Portanto, apenas o somatório destes requisitos é que representará o fato constitutivo complexo do vínculo de emprego, que deve ser provado por quem invoca o direito. A adotar-se o difuso e etéreo conceito de "subordinação estrutural" será possível o reconhecimento de vínculo de emprego

² "Foi exposta pela primeira vez, ao que parece, pelo jurista francês Cuhe, em *Du rapport de dépendance élément constitutif du contrat de travail*, publicado em 1913, concluindo com as seguintes palavras: 'há locação de serviço ou contrato de trabalho todas as vezes que a execução de trabalho, qualquer que seja o modo de sua remuneração coloca aquele que fornece numa relação de dependência econômica ou de subordinação em face de quem o remunera.'" (NASCIMENTO, 1997. p. 388-389).

em qualquer situação fática submetida a esta Justiça, simplesmente porque não há, no mundo real das relações econômicas, qualquer atividade humana que não se entrelace ou se encadeie com o objetivo final de qualquer empreendimento, seja ele produtivo ou não. Chegar-se-ia ao resultado surrealista de declaração de vínculo de emprego entre o metalúrgico que forja o ferro gusa nas pequenas siderúrgicas com a General Motors ou a Toyota que o utilizam na fabricação de seus veículos. Portanto, para fins de aferir a existência de relação de emprego, ainda prevalece a clássica noção de subordinação, na sua tríplice vertente: jurídica, técnica e econômica. Ao largo dessa clássica subordinação, nada mais existe a não ser puro diletantismo ou devaneio acadêmico, máxime na realidade contemporânea onde a tendência irrefreável da história é a consagração do trabalho livre e competitivo. (TRT, 3ª Região, 9ª Turma, processo n. 0114200-73.2009.5.03.0138, Recurso Ordinário, relator Juiz Convocado João Bosco Pinto Lara, publicação em 28/04/2010, disponível em www.trt3.jus.br, consulta em 19/10/2011, grifos não constam do texto original) (BRASIL, 2010).

Não é razoável, com a devida *venia*, tentar retirar tão importante debate do mundo dos fatos, tratando a conformação jurídica da realidade socioeconômica pós-fordista como “devaneio acadêmico”. A análise jurídica deve acompanhar necessariamente o desenvolvimento da sociedade, para que se preserve a finalidade do Direito, mais especificamente do Direito do Trabalho, dada sua realidade protetiva da parte hipossuficiente da relação capital-trabalho. E mais, a evolução da interpretação normativa pode se dar não somente no plano do Direito Individual do Trabalho, como se verifica suficientemente hoje, mas, também, no âmbito do Direito Coletivo.

Importante para a compreensão dos impactos do tema em tela no plano juscoletivo a análise dos critérios de agregação do trabalhador ao sindicato, aqui apresentados em síntese.

O “enquadramento sindical” básico vigente hoje no Brasil, previsto no artigo 511, § 2º, da CLT, foi estabelecido na primeira metade do século XX, época em as relações produtivas no sistema capitalista eram fixadas em conformação taylorista³-fordista.⁴ Há, conforme será exposto, relação direta entre o modelo de produção taylorista-fordista e o sistema de agregação sindical por categoria profissional, o que implica também possibilidade de que seja este repensado em decorrência da superação, em diversas situações fáticas, daquele.

Anteriormente à implementação da atual regra de agregação do trabalhador ao

3 “o intervencionismo da técnica, pela ação racionalizadora da direção efetiva, através da chefia numerosa, em toda a vida da empresa. Seu mecanismo se baseia no que Taylor chamou de ‘Scientific Management’, o que vale dizer, na gestão com fundamento científico ou na organização com fundamento racional.” (MEDEIROS, 1952. p. 82).

4 Configura-se o fordismo como um conjunto de técnicas, idéias e sistemas tendentes a racionalizar a produção, na mesma linha dos princípios e idéias tayloristas. Ricardo Antunes destaca que os “elementos constitutivos básicos eram dados pela produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; através do controle dos tempos e movimentos [...] pela existência de trabalho parcelar e pela fragmentação de funções [...] pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição/consolidação do operário-massa, do trabalhador coletivo fabril, entre outras dimensões.” (ANTUNES, 1997. p.17).

sindicato o Brasil conviveu com liberdade sindical, pelo menos no plano normativo e teórico, como se infere dos termos do Decreto 979 de 1903.⁵ A ideia de organização sindical por profissões similares ou conexas surge pouco depois, em 1907, ainda em um contexto de liberdade, nos termos do Decreto 1637 de 1907.⁶ O padrão brasileiro inicial foi de organização dos trabalhadores por profissão. A agregação se dava em razão de serem as atividades idênticas, similares ou conexas. Até a década de 1940 o enquadramento sindical básico se dava pelo que hoje é exceção.

Atualmente a CLT traz o critério básico de “enquadramento sindical”, que fixa a agregação do trabalhador ao seu ente coletivo representativo pela “situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas.” Percebe-se que o ponto de agregação é o empregador, ou seja, aquele que se aproveita da prestação laborativa entregue (em um contexto fordista). Aqui é possível traçar uma possível identidade entre subordinação clássica (subjéctiva) e categoria profissional, pois são ambas centradas na figura do empregador e funcionam relativamente bem no modelo fordista de produção.

Em período imediatamente posterior à edição da norma celetista, a doutrina assim percebia a opção do “legislador” pelo enquadramento sindical básico por categoria profissional:

O sindicato de ofício ou de categoria é, com efeito, o tipo de sindicato que mais nos convém. É o tipo ideal para a organização profissional de povos como o nosso, sem instituições, nem tradições de solidariedade econômica ou profissional. Pela homogeneidade da sua composição, decorrente da identidade, similitude ou conexidade das profissões ou atividades exercidas pelos seus membros, êle está, aqui – mais do que se se constituísse, porventura, sob outro critério – em condições de cristalizar, mais rapidamente, entre os seus associados, uma forte consciência de unidade e de grupo e, em consequência, um sentimento

5 Art. 1º É facultado aos profissionais da agricultura e industrias ruraes de qualquer genero organizarem entre si syndicatos para o estudo, custeio e defesa dos seus interesses.

Art. 2º A organização desses syndicatos é livre de quaesquer restrições ou onus, bastando, para obterem os favores da lei, depositar no cartorio do Registro de hypothecas do districto respectivo, com a assignatura e responsabilidade dos administradores, dous exemplares dos estatutos, da acta, da installação e da lista dos socios, devendo o escrivão do Registro enviar duplicatas á Associação Commercial do Estado em que se organisarem os syndicatos.

6 Art. 1º E facultado aos profissionaes de profissões similares ou connexas, inclusive as profissões liberaes, organizarem entre si syndicatos, tendo por fim o estudo, a defesa e o desenvolvimento dos interesses geraes da profissão e dos interesses profissionaes de seus membros.

Art. 2º Os syndicatos profissionaes se constituem livremente, sem autorização do Governo, bastando, para obterem os favores da lei, depositar no cartorio do registro de hypothecas do districto respectivo tres exemplares dos estatutos, da acta da installação e da lista nominativa dos membros da directoria, do conselho e de qualquer corpo encarregado da direcção da sociedade ou da gestão dos seus bens, com a indicação da nacionalidade, da idade, da residencia, da profissão e da qualidade de membro effectivo ou honorario.

Art. 5.º Ninguém será obrigado a entrar para um syndicato sob pretexto algum, e os profissionaes que forem syndicatarios poderão retirar-se em todo tempo, perdendo, porém, as cotizações realizadas, os direitos, concessões e vantagens inherentes ao syndicato, em favor deste, sem direito a reclamação alguma e sem prejuizo da cotização do anno corrente.

mais lúcido e militante dos interesses coletivos da categoria a que pertencem. Organizações socialmente complexas e muito heterogêneas, nos sindicatos de indústria, as diversas profissões ou ofícios aparecem agrupados num bloco único – e neste bloco encontramos gente de todos os níveis e condições sociais: desde o simples operário braçal, ganhando baixos salários e morando em casas do ‘morro’, até o alto empregado de gerência, vencendo pingues ordenados e morando em bairros elegantes. Daí a sua contraindicação para os fins que temos em vista’. (Problemas de Direito Sindical, página X).

A lição está, por inteiro, no conteúdo do art. 511, acima transcrito. Vê-se que a idéia de categoria econômica sugere a idéia de categoria profissional. (RUSSOMANO, 1957, p. 872-873).

Os métodos de trabalho, a maquinaria usada, o valor do salário, as medidas de higiene e segurança, tudo isso representa, realmente, uma solidariedade, uma unidade de interesse que – sem interferir, nem alterar os interesses e sentimentos de cada um, fora do grupo – tem como resultado a existência de um pensamento coletivo: o da categoria profissional. Fenômeno espontâneo e que aparece, por isso mesmo, independente da ação do Estado e até contra a vontade do Estado. (SUSSEKIND; MARANHÃO, VIANA, 1961).

Ocorre que a conveniência, os métodos de trabalho, a maquinaria da época não mais se verificam hoje, necessariamente. O critério de agregação sindical do trabalhador por categoria profissional se amolda ao conceito clássico de subordinação fixado por Maurício Godinho Delgado, vez que os empregados urbanos, operários destinatários originais da proteção celetista, se concentravam regra geral em grandes fábricas, com trabalho uniforme entregue a um empregador bem identificado e que organizava a prestação laborativa da massa assalariada por meio de ordens diretas quanto ao modo de sua realização.

O Professor Viana (2011, p. 39-40) mostra a identidade (decorrente do sistema produtivo) havida entre operário, patrão, sindicato e direito do início do século XX:

Interações como essas também aconteciam com as formas com que se apresentava o Direito e os modos de ser da fábrica. Se, por exemplo, o trabalho era parcelado e ao mesmo tempo homogêneo, também era assim o Direito: detalhista, uniforme, abrangente, fosse basicamente através da lei, como no nosso modelo, fosse por via da convenção coletiva.

Quanto ao sindicato, também nesse aspecto replicava a fábrica. Na medida em que o empresário levantava as suas paredes, os trabalhadores iam construindo as deles. Cada organização correspondendo à outra. Revelando um pouco as interações do mundo, tanto o sindicato como a fábrica, tanto o direito como o Estado se mostravam grandes, ambiciosos, absorventes.

Na subordinação clássica, de contornos subjetivos, como se percebeu, o destaque para a identificação fática da figura jurídica se dá conforme a atuação do empregador, que ostensivamente dirige a prestação laborativa por meio de ordens diretas quanto ao modo da sua realização. Também na agregação do trabalhador ao sindicato por categoria profissional o elemento de sua fixação é o empregador, pois uma vez

identificada sua atuação econômica haverá, de modo correspondente, o “enquadramento sindical”. Em síntese, a subordinação em seu aspecto subjetivo, clássico, permite um sindicalismo por categoria profissional, pois a centralidade, em ambos os casos, se dá na figura do empregador que diretamente registra o contrato de emprego. A subordinação objetiva (estrutural) exigiria, então, em diversas situações fáticas pós-fordistas, a superação da figura jurídica do empregador direto⁷, pois nem sempre é ele quem se apropria do trabalho entregue. Em tais situações deve-se identificar quem, afinal, se beneficia diretamente, em essência, do trabalho do empregado, ainda que não seja diretamente seu empregador. Assim, a agregação do trabalhador ao sindicato pode se dar em relação àquele que verdadeiramente se apropria da força produtiva entregue, independentemente de ser ou não empregador.

Tal constatação parece coerente com a análise de Pochmann (1998) sobre a organização sindical até os anos 80:

A permanência de métodos tradicionais de gestão da mão-de-obra pelas empresas manteve mais ou menos homogêneos os interesses do conjunto dos trabalhadores, o que favoreceu uma atuação sindical menos divergente, mesmo com a pluralidade na cúpula sindical e a pulverização das bases sindicais. Os sindicatos, nesse sentido, puderam convergir suas ações no plano nacional com as reivindicações mais imediatas dos trabalhadores do chão-de-fábrica, mesmo sem haver alterações no marco legal, apesar da sustentação de um sistema híbrido de organização sindical, definido pela Constituição de 1988.

A homogeneidade da agregação sindical por categoria profissional era facilitada por uma identidade concreta e de simples identificação entre empregado e empregador. As tarefas desempenhadas pelos diversos operários não eram substancialmente diferentes, havendo padronização de tempos e movimentos, com subordinação jurídica clássica facilmente identificável, nos termos da concepção de Maurício Godinho Delgado.

A padronização, a prevalência do sistema de produção fordista, o operariado como destinatário elementar das regras celetistas e a uniformidade de atuação sindical experimentaram arrefecimento no final dos anos 1980.

A década de 1990, denominada por Adalberto Moreira Cardoso como “década neoliberal”, trouxe sensíveis prejuízos para o sindicalismo e para o Direito do Trabalho no Brasil. Estado e “fábrica” deveriam ser mínimos, preservados, entretanto, seus espaços de poder e influência. As interações que possibilitaram o desenvolvimento da indústria, dos sindicatos e do Direito do Trabalho no Brasil no começo do século XX deixam de se

⁷ Quando no presente artigo se refere ao empregador direto a figura a ser percebida é a do intermediário de mão-de-obra, a quem compete, exclusivamente, a formalização de uma avença, ou seja, contratar diretamente um empregado para colocá-lo à disposição de um tomador dos seus serviços.

verificar agora. Houve uma mudança de paradigmas produtivos no final do século XX. O Estado, fábrica e direito não mais pretendem se mostrar grandes, ambiciosos e absorventes (VIANA, 2011). Perde-se a homogeneidade do trabalhador e do produto, com reflexos na regulamentação por parte do Estado, que abre possibilidades de flexibilização legal e convencional.

O trabalhador também se transforma. Seu empregador exige o máximo de comprometimento, pois, em última análise, a preservação do posto de trabalho e o pagamento do salário no fim do mês passam a depender, também e principalmente, da atitude de cada “colaborador” (para usar termo atual, embora equivocado do ponto de vista jurídico). O trabalhador deve ser fiel ao seu patrão, agindo com eficiência e pensando em novas possibilidades de melhoria da produção, desde que dentro do novo modelo estabelecido.

Este comprometimento não é um “envolvimento incitado”, ou seja, estimulado, mas, sim, um “envolvimento manipulado”, como sustenta Antunes (2001, p. 41) ao analisar o toyotismo: “o trabalhador ou a trabalhadora da empresa toyotista tem que estar envolvido com o projeto da empresa, por isto a Toyota falava em ‘proteja a empresa para proteger a sua vida’(...)”.

O individualismo cresce no âmbito da classe trabalhadora. Torna-se cada vez mais difícil exigir do trabalhador brasileiro, sem garantia de emprego, uma atuação preocupada com o futuro da categoria. Cada um tende a cuidar das suas tarefas e se afastar gradativamente do palco coletivo. A terceirização merece destaque negativo neste contexto, como cediço.

Infelizmente o movimento sindical acompanhou da pior maneira possível o processo de fragmentação que se tornou generalizado no sistema capitalista. Ao invés, de um contraponto marcado pela aglutinação da classe trabalhadora em torno da preservação de trabalho, emprego e renda, experimentou o Brasil uma preocupante proliferação de pequenos sindicatos. Parece que o sindicalismo brasileiro, consciente ou inconscientemente, copiou, da pior maneira possível, a receita neoliberal e se tornou pequeno, fragmentado, especializadíssimo, com efeitos perversos para os trabalhadores. Não copiou, entretanto, as estruturas empresariais em rede, que possibilitam a redução do número de empregados diretamente admitidos mas sem perder capacidade produtiva, que é potencializada por tais estruturas de apropriação indireta de trabalho.

Percebe-se, a cada dia, uma multiplicidade de trabalhadores que desenvolvem seu labor cotidiano no interesse direto e imediato de alguém que não é seu empregador. Este dado, por si só, faz com que haja níveis diferenciados de direitos trabalhistas entre

peças que produzem no interesse direto e imediato de um mesmo destinatário final (tomador de serviços ou contratante). Os sindicatos, vinculados a uma interpretação conservadora dos conceitos de subordinação e de categoria profissional, acabam por perder representatividade e efetividade em suas lutas.

As transformações sociais havidas no Brasil, com destaque para a reestruturação produtiva, e, aqui, para os conceitos e contextos da subordinação, deverão acarretar também mudança de percepção sobre a representação coletiva sindical.⁸

Márcio Túlio Viana⁹ compreende a situação de modo um tanto diferente e percebe que no início do século XX, de um modo geral, a organização do trabalho possibilitava uma menor intensidade de ordens patronais diretas quanto ao modo da prestação laborativa, pois o trabalhador era detentor do saber-fazer e da técnica. Em outras palavras, um número expressivo de trabalhadores tinha ainda uma profissão, um ofício, no sentido próprio do termo. O relojoeiro era o homem que sabia fazer um relógio e não apenas o homem que apertava porcas e parafusos numa fábrica de relógios. Daí a prevalência, nos países industrializados, do sindicalismo de ofício. As ordens patronais eram subjetivas, pois se referiam diretamente ao trabalhador (horário de entrada, saída, intervalos, uso de uniformes, chefias diretas para controlar o tempo útil) e não às técnicas ou modos de trabalho. Para o Professor Márcio Túlio Viana esta seria a subordinação clássica, de matriz subjetivista. O modelo de produção fordista teria trazido e intensificado a diluição da subordinação clássica, ou sua objetivação, pois as ordens passam do trabalhador para o modo da prestação laborativa. A própria máquina, frisa Márcio Túlio Viana, que induz o trabalhador ao trabalho – como se vê, de forma satírica, no famoso filme “Tempos Modernos”, de Chaplin – ajudou a “objetivar” a subordinação. Além disso, a chamada “revolução dos gerentes” introduziu de forma crescente na empresa um segmento que se identificava mais com os empresários do que com os operários, e não recebiam ordens diretas, pelo menos na mesma intensidade ou evidência. Por outro lado, no plano da interpretação do que seria, afinal, a subordinação, compreende Márcio Túlio Viana que a política econômica pressionou em direção a uma leitura mais aberta do conceito. Segundo tal perspectiva passou-se a entender que para resolver a crise de 1929 e evitar outras futuras seria necessário incrementar o consumo. Para isso criou-se um ambiente político favorável não só para se ampliar os direitos dos empregados (o conteúdo da proteção) como também o universo dos empregados (os sujeitos da

8 “... a subordinação, como qualquer fenômeno social, tem sofrido ajustes e adequações ao longo dos dois últimos séculos, quer em decorrência de alterações na realidade do mundo do trabalho, quer em virtude de novas percepções aferidas pela Ciência do Direito acerca desse crucial elemento fático-jurídico da relação empregatícia.” (DELGADO, 2011. p. 293).

9 Em suas aulas e orientações no âmbito do Doutorado em Direito da PUC.Minas.

proteção). E desse modo, no entendimento de Márcio Túlio Viana, a porta foi-se abrindo, objetivando-se (e ampliando-se) o conceito de subordinação. Assim, não haveria relação direta entre sindicato organizado por categoria e subordinação clássica ou subjetiva (própria da agregação sindical por ofício), pois segundo o Prof. Márcio Túlio Viana seria razoável supor apenas que a organização da fábrica fordista exigia um sindicato por categoria, mas não em decorrência ou relacionada com a subordinação clássica, vez que já superada pelo próprio modelo e decorrente da desqualificação do ofício.¹⁰

Outra objeção pode ser lançada: se trabalhadores embora indiretamente contratados são estruturalmente (ou por subordinação reticular, integrativa, objetiva) subordinados ao tomador dos seus serviços, então são empregados deste, que é quem se apropria de sua força produtiva, e não de quem lhes contratou diretamente. Seria então desnecessária qualquer releitura do conceito de categoria profissional para garantir direitos sindicais em isonomia com os demais empregados diretamente contratados por quem (direta ou indiretamente) se apropria da prestação laborativa. Ocorre que a comprovação jurídica (e judicial) de cada vínculo direto demandaria uma profusão de processos (regra geral individuais) que poderia não implementar sempre a esperada justiça nos casos concretos. A releitura do conceito de categoria profissional, em consonância com aspectos objetivos da subordinação jurídica, pode levar, imediatamente e sem exclusões injustas, a resultados mais efetivos no plano da igualdade remuneratória, por aplicação das regras autônomas advindas de sindicatos com melhor capacidade negocial coletiva. Ademais, há forçosamente a ampliação da base de representação, que pode, também, concorrer para maior efetividade do ente coletivo obreiro.

Importante analisar, inobstante tais ponderações e objeções, diferentes contornos da subordinação jurídica e sua possível relação com aqueles referentes à categoria profissional.

Inicialmente a subordinação objetiva, que antecede às demais perspectivas que são desenvolvidas atualmente no âmbito do Direito do Trabalho como critério distintivo entre trabalho e emprego. Vilhena (1999, p., 462-478) já destacava o seguinte em sua obra *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*:

A subordinação, elementarmente, parte da atividade, e se concentra na atividade. Seu exercício, porém, implica intercâmbio de condutas, porque essa atividade

10 Talvez a distinção conceitual referente à subordinação subjetiva x subordinação objetiva lançada por Márcio Túlio Viana nas aulas e orientações do Doutorado e que deverá em breve vir a lume se restrinja a concepções prévias do que seja subordinação jurídica, que talvez difira daquela acolhida por Maurício Godinho Delgado. Assim, é possível, as concepções de um e outro resultam diferentes por terem por base premissas também diferentes. Tal debate, qualquer que sejam as premissas e concepções, certamente trará amplas contribuições para o Direito do Trabalho.

consoma-se por pessoas que se congregam, que se organizam e que compõem um quadro geral de ordem e de segurança no processo da produção de bens e/ou serviços.

(...)

Patenteia-se com isso que a integração (ou inserção) na empresa não se dá na pessoa do trabalhador, mas na de sua atividade. Dá-se o acoplamento da atividade do prestador na atividade da empresa.

(...)

Não se contrata a subordinação, mas a prestação de serviços, que se desenvolve subordinadamente ou não.

(...)

Tem-se, pois, conceitualmente, a subordinação como a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho.

Percebe-se o destaque para a atividade laborativa como essencial para a fixação da subordinação jurídica objetiva, com pouca relevância para as pessoas de empregado e empregador.

Ora, se hoje quem desenvolve parte substancial da atividade empresarial na fábrica-mínima pode não ser o empregado diretamente por ela contratado, pois o modelo não é mais o de estruturação fordista, então é importante repensar a ideia de categoria profissional. A subordinação objetiva pode, em diversas situações fáticas, exigir uma nova compreensão da agregação do trabalhador ao sindicato, que não mais considere essencial a figura do empregador, mas, sim, as atividades básicas desenvolvidas por diversos trabalhadores em um mesmo contexto produtivo.

A realidade social que ensejou a construção da regra legal celetista de “enquadramento” não é mais a mesma de hoje. Em certo sentido, o empregador tende a perder centralidade no sistema pós-fordista ou de especialização flexível, pois boa parte das atividades essenciais de diversas empresas foi distribuída para outras tantas, que parcelam as tarefas necessárias à concretização do empreendimento. O trabalho se fragmenta na medida em que as atividades são postas sob a responsabilidade de diversos contratantes de mão-de-obra. O trabalhador não produz mais necessária e diretamente para o seu empregador. Em diversas situações fáticas a atividade laborativa é desenvolvida conforme os ditames do contratante do empregador direto, embora seja aquele (o contratante, tomador dos serviços) o único a se apropriar, em última análise, da mão-de-obra da pessoa natural.

Sendo assim não é mais possível fixar o ponto de agregação do trabalhador ao sindicato (enquadramento sindical) somente pela vinculação a certo tipo de empregador, de acordo com o que ele desenvolve, mas sim, também, pela percepção de quem é o destinatário final da atividade entregue, verificada a circunstância fática, *in casu*, com aplicação do conceito de subordinação objetiva.

A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum,

em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas pode ser vista de acordo com o que empreende aquele que fixa a atividade cotidiana do trabalhador, e que dela se vale, em última análise, independentemente de quem seja o empregador direto.

É também importante neste diapasão a ideia de subordinação estrutural.

O Professor Delgado (2011. p. 294), com particular acuidade, reformulou recentemente, no sentido da necessária ampliação, seu conceito de subordinação jurídica. Para o citado autor a subordinação pode se revelar no plano dos fatos tanto em sua conformação clássica, que pressupõe ordens diretas quanto ao modo da prestação laborativa, quanto em sua forma estrutural.

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmoniza (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.

Percebe-se o destaque para a vinculação do trabalhador à dinâmica operativa do tomador de serviços como essencial para a fixação da subordinação jurídica estrutural, com pouca relevância para as pessoas de empregado e empregador.

Ora, se hoje quem desenvolve parte substancial da atividade empresarial na fábrica-mínima pode não ser o empregado diretamente por ela contratado, pois o modelo não é mais o de estruturação fordista, então é importante repensar a ideia de categoria profissional, repita-se. A subordinação estrutural pode, em diversas situações fáticas, exigir uma nova compreensão da agregação do trabalhador ao sindicato, que não mais considere essencial a figura do empregador e suas ordens diretas, mas, sim, a inserção do trabalhador na dinâmica do tomador dos seus serviços.

Não é mais possível fixar a agregação do trabalhador ao sindicato somente pela vinculação a certo tipo de empregador, de acordo com o que este desenvolve, mas sim, também, pela percepção de quem é o destinatário final da atividade entregue, verificada a circunstância fática, *in casu*, com aplicação do conceito de subordinação estrutural.

A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas pode ser vista de acordo com quem fixa, estruturalmente, a dinâmica de organização e funcionamento da prestação laborativa entregue.

Por fim a subordinação reticular e seus reflexos na agregação do trabalhador ao sindicato. Sobre o tema “subordinação reticular”, originalmente proposto por José Eduardo de Resende Chaves Jr., os esclarecimentos de Renault; Medeiros (2011, p. 183):

A expressão subordinação reticular foi originalmente proposta por José Eduardo de Resende Chaves Júnior e Marcus Menezes Barberino Mendes. De acordo com ela, esse pressuposto não poderia mais ser visto apenas sob o prisma jurídico. Indispensável a sua ampliação para o aspecto econômico, visando-se, com ela, a ampliação do alcance das normas trabalhistas. Chaves Júnior explica que a nova organização produtiva concebeu a empresa-rede, que se irradia por meio de um processo de expansão e fragmentação, que, por seu turno, tem necessidade de desenvolver uma nova forma correlata de subordinação: a reticular. Ou seja, o modelo atual apresenta empresas interligadas em rede, que no final dessa cadeia irão beneficiar uma empregadora. A partir daí, tem-se que, havendo subordinação econômica entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora, esta seria diretamente responsável pelos empregados daquela, configurando a subordinação estrutural reticular.

Percebe-se o destaque para a irradiação de poder econômico de uma empresa sobre outra e, conseqüentemente, sobre os empregados desta, e não mais na relação formal jurídica bilateral entre empregado e empregador.

Ora, se hoje quem desenvolve parte substancial da atividade empresarial na “rede” não é mais empregado diretamente contratado pela empresa tomadora, mas, sim, trabalhador vinculado a empresa prestadora de serviços, então é importante repensar a ideia de categoria profissional. A subordinação reticular pode, em diversas situações fáticas, exigir uma nova compreensão da agregação do trabalhador ao sindicato, que não mais considere essencial a figura do empregador, mas, sim, o aspecto econômico da interligação fática.

Enfim, a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas pode ser vista de acordo com quem se apropria direta e finalmente, no âmbito da rede de empresas, da prestação laborativa entregue.

Diante do exposto devem os sindicatos buscar alargar seu âmbito de representação, em sentido contrário ao da superespecialização e da fragmentação, que tanto prejuízos trazem à classe trabalhadora. A revisão do conceito de categoria profissional, feita em harmonia com as novas concepções sobre subordinação jurídica, poderá contribuir para uma melhor atuação dos sindicatos no Brasil. É o que se espera.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. A questão do Emprego no Contexto da Reestruturação do Trabalho

no Final do Século XX. In: HORTA, Carlos Roberto; CARVALHO, Ricardo A. Alves de (Org.). **Globalização, Trabalho e Desemprego**. Belo Horizonte: C/Arte, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

POCHMANN, Márcio. Adeus à CLT? O “eterno” sistema corporativo de relações de trabalho no Brasil. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 50, março de 1998.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; MEDEIROS, Dárten Prietsch. A Subordinação sem Derivações Semânticas. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira, PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda (Org.). **Parassubordinação: homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2011.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. v. 3.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, SEGADAS VIANNA, J. de. **Instituições de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. 2.

VIANA, Márcio Túlio. Sindicato e Trabalhador: a flexibilidade através do sujeito. In: PORTO, Lorena Vasconcelos; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. **Temas de Direito Sindical: homenagem a José Cláudio Monteiro de Brito Filho**. São Paulo: LTr, 2011.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1999.

GREVE ATÍPICA: novos contornos factuais à autotutela laboral

Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima

Mestranda em Ciências Jurídico-Laborais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC).
Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT 13). Pós Graduada em Processo Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÉ). Advogada.

E-mail: advcamilarodrigues@hotmail.com

RESUMO

Abordamos, no presente artigo, a problemática do direito de greve, delimitando nossa análise em torno da parede atípica e destacando as impressões contidas no ordenamento jurídico brasileiro de maior contensão ou aceitação às recentes e dinâmicas facetas factuais da greve. Com base em pesquisa bibliográfica e documental procuramos ressaltar a importância social, jurídica e econômica desse movimento. Situamos que a greve é constitucional e individualmente garantida ao obreiro como medida legal e efetiva à tutela de seus direitos e interesses, buscando firmar equilíbrio jurídico capaz de contrabalancear sua hipossuficiência na relação capital-trabalho. Também dimensionamos a relevância organizativa, política e cultural da parede no contexto do conflito de classes com vistas à valorização do trabalho, consubstanciando-se em um matiz da liberdade sindical. O questionamento que balizou este estudo se prende à possibilidade de a normatização grevista, em especial a atribuição de ilegitimidade e de ilegalidade à greve atípica, pela doutrina e pela jurisprudência, priorizar mais os interesses da sociedade em detrimento dos interesses dos trabalhadores.

Palavras-chave: Movimento paredista. Greve atípica. Luta laboral. Rigidez doutrinária. Contraposição de interesses.

1 INTRODUÇÃO

Como breve apontamento introdutório, percebemos que o direito coletivo do trabalho é regido pela Carta Constitucional, pela legislação juslaboral (Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT) e pelas demais fontes formais e materiais do direito, regulamentando a conflitiva relação entre empregados, empregadores e organizações sindicais (DELGADO, 2007).

Enquanto ramo do ordenamento jurídico trabalhista, o direito coletivo laboral é vocacionado a regulamentar os direitos, garantias e deveres das tensionadas relações entre os atores dos conflitos laborais, por meio da negociação coletiva, materializada em acordos e convenções (LIMA, 2012b). Dessa construção, alternativas ao exercício de negociação e luta dos trabalhadores nos seus espaços de trabalho podem ser delineadas, sendo percebida a peleja coletiva como medida mais efetiva face à limitação do embate individual.

Com base nessa perspectiva, analisamos o fenômeno grevista como ferramenta capaz de promover as questões obreiras, incitando a concertação, para além de ser um direito de resistência face à opressão e à exploração do trabalhador pelo capital. Assim, a greve é constitucional e individualmente garantida ao obreiro como

medida legal e efetiva à tutela de seus direitos e interesses, consubstanciando-se em um matiz da liberdade sindical.

Este estudo levanta considerações em torno da greve atípica (espécies, vicissitudes, efeitos, regulamentações cabíveis), analisando quais modalidades são balizadas pelo direito constitucional da greve e quais seriam consideradas ilícitas ou reconhecidas como outras circunstâncias da luta laboral, alheias ao aparato normativo grevista. Para tanto, buscamos colocar em evidência as particularidades previstas pela legislação brasileira, dimensionando suas implicações na luta política como insurgência contra a precarização da atividade laboral.

2 ALGUMAS NOTAS SOBRE O DIREITO À GREVE

A greve surge como corolário da liberdade associativa e sindical, amparada, mesmo que indiretamente, por seus princípios fundantes, como o da autonomia sindical e o da intervenção sindical na norma coletiva (LIMA, 2012b). Sua construção político-jurídica-tipificação¹ e rotulação como delito, liberdade, tolerância (PORTO, 2008) e direito constitucional -, passou por diversas etapas nos ordenamentos jurídicos ocidentais, não obedecendo a uma temporalidade histórica linear, havendo, por vezes, avanços e retrocessos gerados em contextos sócio-históricos específicos (LIMA, 2012a), conforme se expressasse também a face mais conservadora e autoritária do Estado e das forças políticas nacionais.

Ao encontrar guarida jurídica no Estado Democrático de Direito e ser alçada à categoria de preceito constitucional e social, a greve passa a ser observada de modo a breçar opressões do empregador e a restaurar o indispensável equilíbrio jurídico na relação trabalho-capital, a fim de compensar a hipossuficiência do obreiro, podendo se prestar para solucionar conflitos de caráter econômico, político e social (DELGADO, 2007). Dessa forma, a greve pode ser eclodida quando houver supressão de direitos trabalhistas ou de modo a conquistar melhorias laborais.

Entretanto, dispõem majoritariamente os diplomas ocidentais (inclusive o brasileiro) que a greve deverá ser eclodida tão-somente em *ultima ratio*, não obstante ser o recurso à greve exatamente uma medida extrema, acionada em casos de insolubilidade da contenda trabalhista e não intencionada como primeira via solucionadora – mas provocada como resposta extremada à incapacidade do trabalhador em permanecer na

¹ Sobre este processo, destacamos que “a *legalização* da greve (...) constituiu, por todas as razões, o segmento mais penoso e complexo do processo de acolhimento dos fenômenos coletivos laborais” (FERNANDES, 2013, p. 7-8).

situação em que se encontra, uma última tentativa de reestabelecimento dos parâmetros sócioeconômicos juridicamente delineados.

Assim, a regulamentação da greve se manifesta como exemplo latente da intervenção estatal nas relações individuais e coletivas, por meio da estrutura normativa que regula e disponibiliza balizas a serem atendidas pelos sindicatos, a despeito de ser um direito constitucional e social de incumbência atribuída unicamente ao trabalhador quanto à eleição da oportunidade e quanto aos fundamentos a serem perseguidos pela parede. Ou seja, o fato de a lei estabelecer a greve como mecanismo a ser acionado em última instância restringe este direito laboral no que diz respeito à sua oportunidade (LIMA, 2012b).

A premissa apontada é remissiva ao modelo regulador legislado adotado pelo Brasil, investindo-se o Estado de intenso controle e fiscalização por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo que acaba por retirar dos sindicatos parte de sua representatividade e liberdade de organização e atuação – a ser analisado nos tópicos que seguem.

2.1 A PERCEPÇÃO DA GREVE PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar de ser prevista constitucionalmente, a greve necessita de regulamentação normativa em relação ao seu exercício (e não ao direito em si). Em função do referido entendimento disciplinador, a legislação atribui licitude apenas ao movimento que antes de ser deflagrado tenha preenchido os requisitos elencados pela Lei de Greve. Em caso de inobservância desses dispositivos, a greve resultará em um ilícito trabalhista, sendo declarada abusiva pelo Poder Judiciário e passível de responsabilização laboral, civil e/ou penal (LIMA, 2012a).

Assim, o tratamento normativo impresso ao movimento grevista informa não ser ele um direito absoluto, preconizando a Carta Magna brasileira a concessão deste direito e a proibição ao *lockout* empresarial, mas abstendo-se de conceituar o referido instituto (ALONSO OLEA, 1990).

Sobre a inexistência de conceituação legal da greve, salienta Alonso Olea (1990) que essa “*plantea problemas a la construcción dogmática y, singularmente, a la elaboración de un concepto de huelga típica y, por contraposición, de los comportamientos conflictivos atípicos*”. Entretanto, independente desta ausência de conceituação, há registro na doutrina de ser a greve “um direito subjetivo negativo, não podendo os trabalhadores ser proibidos ou impedidos de fazer greve, nem podendo ser compelidos a pôr termo a uma greve em curso”, destacando a eficácia imediata deste

preceito constitucional (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 751).

Recaiu à doutrina este encargo, que ora se mostra mais condescendente e tece moldes conceituais menos restritivos, ora se mostra mais contenciosa, qualificando este direito de modo mais sitiado. Entre as definições impressas, parece-nos ascender a fórmula da greve clássica² ou típica (AMORIM; SOUZA, 2004) como a abstenção concertada, pacífica, coletiva (geral ou setorializada), parcial ou total, em desempenhar a atividade contratualmente estabelecida (SILVA, 2011), com vistas à abertura da discussão e da conciliação dos interesses laborais defendidos. Constatada como direito individual do trabalhador, mas de exercício coletivo (MONTEIRO DE BARROS, 2013), competindo a sua deflagração à associação sindical representativa da categoria (artigos 1º e 4º da Lei de Greve).

A lei nº. 7.783, de 1989, dispõe sobre a greve no setor privado e nos serviços essenciais, proibindo sua deflagração por militares. Elenca o referido dispositivo os requisitos legais, direitos, deveres e efeitos decorrentes da greve, reafirmando a referida norma a legitimidade estrita dos trabalhadores para deflagrarem o movimento paredista, definindo-o como de natureza coletiva, temporária e pacífica (MONTEIRO DE BARROS, 2013).

3 QUESTIONAMENTO EM TORNO DA GREVE ATÍPICA: segregação jurídica ou repressão normativa?

A greve é um direito fundamental do trabalhador, amparado pelas Constituições ocidentais e vislumbrado como fruto do Estado Democrático de Direito, com vistas ao atendimento de demandas de cunho social, econômico, legal e político. Utilizar-se da paralisação das atividades laborais significa, para o trabalhador, exercer um direito de pressão e de resistência, de fundamental importância na relação desigual com o patronato, proporcionando, dessa forma, coerção suficiente para que este tome conhecimento de suas reivindicações e as atenda, porquanto implica em condições conjunturais sociais, políticas, econômicas e sindicais favoráveis a esse processo.

A despeito das garantias constitucionais relativas ao direito de greve, este segue sofrendo restrições legais, motivando divergências e embates teóricos, jurídicos, políticos e sociais. Uma dessas restrições é o posicionamento normativo que marginaliza as veredas factuais que a greve vem assumindo, edificadas sob outros parâmetros para

² A Lei nº 7.783/1989, em seu artigo 2º, formula um conceito *clássico* da greve, legitimando a ação laboral que compreende os fatores de: titularidade do trabalhador (exercício e gerência dos motivos), deflagração coletiva, parcial ou total, pacífica e temporalmente, com a suspensão da prestação dos serviços e eclodida em *ultima ratio*.

além dos da greve *clássica*, conceituando a maioria das modalidades da greve atípica como ilegal, abusiva ou não balizada constitucionalmente.

Metodologicamente, a greve comporta subdivisão doutrinária, apresentada pela sistematização (FRAGOSO, 2009) da parede de acordo com os critérios de: (i)licitude, abusividade, extensão (MARTINS, 2001), duração (NASCIMENTO, 1989), sujeitos (PINTO Neto, 1978 *apud* LIRA, 2009), objetivos (político, sociológicos ou jurídico), exercício (ininterrupto, interrompido ou greve branca), modo de deliberação (ALONSO OLEA, 1990), amplitude e meio de execução (LIRA, 2009); inserindo muitos autores a greve atípica na subdivisão abusividade e/ou ilicitude (ao menos algumas de suas modalidades, como as greves *self-service*, de zelo, de rendimento, às avessas e *debrayages*), com base na máxima de que o movimento não pode ser enquadrado por greve se não houver uma paralisação da prestação laboral, mas a sua execução diferenciada (FERNANDES, 1990), consoante preconiza o artigo 2º da Lei de Greve.

A greve atípica, por sua vez, é doutrinariamente vislumbrada como um manifesto da luta laboral realizado para além dos moldes e paradigmas (legais e doutrinários) do tipo clássico, pelo que aponta a possibilidade de inexistência da abstenção ao labor nessa modalidade de embate laboral (FERNANDES, 2010 *apud* SILVA, 2011), sendo, inclusive, designada como uma perturbação (MENEZES DE CORDEIRO, 1991 *apud* SILVA, 2011), destarte se se tratar de um “fenômeno essencialmente dinâmico” (CANOTILHO; LEITE, 1999, p. 43) e impetuosamente deturpando o real sentido de pressão e de resistência desse direito constitucional.

Em igual modo, preceitua-a Fernandes (1999, p. 493) como uma inquietação provocada, designando por excluídas do campo jurídico as “diversas modalidades de perturbação colectiva do trabalho que não envolvem a *paragem* da atividade dos trabalhadores, mas sim a adopção de condutas diferentes”, evidenciando a disposição normatizada da greve conjugada à suspensão coletiva da atividade laboral, reconhecendo, contudo, o autor a licitude das greves atípicas rotativa, intermitente e de horas extraordinárias.

Concorda Ramalho (2003, p. 289) com essa alegada ausência de juridicidade da greve atípica, quando estabelece que “comportamentos que correspondem a um conceito sociológico de greve (...), mas não a um conceito jurídico de greve, porque não apresentam os respectivos elementos”, igualmente sugerindo que “apresentam particularidades que suscitarão, eventualmente, a necessidade de um diferente enquadramento jurídico”, pelo que não podemos concordar integralmente com essa afirmação. É histórica a influência do pensamento sociológico em relação à organização e

à publicização em movimentos grevistas, sendo, também, perceptíveis os contornos jurídicos inerentes, mesmo que seja pelo viés da ilicitude ou da abusividade, a serem constatados no caso em concreto, não sendo, por isso, conveniente taxar por injurídicas todas as variedades que comportam o movimento paredista (atípico).

Incorporam-se, ainda, à greve atípica, outras classificações pela doutrina, qualificando este movimento como deflagrado com intuitos políticos, religiosos ou sociais (LIRA, 2009), para além dos moldes econômicos e profissionais (MONTEIRO DE BARROS, 2013), ao passo em que é também categorizada de acordo como os fins e os objetivos perseguidos pelo movimento (CORTEZ, 2010).

Sobre a conceituação da greve atípica, identificam-na Canotilho e Moreira (2007) como realizada com ausência ao cumprimento (CORTEZ, 2010) dos requisitos prévios elencados pela norma regulamentadora, pelo que questionam a extensão da proteção constitucional da greve às situações da luta laboral análogas a esta, realizadas sem sujeição aos parâmetros legais, *e. g.* com as greves de zelo e *self-service*.

Seguindo essa orientação, Xavier (1996, p. 55) aponta a possibilidade de algumas dessas modalidades implicarem no “cumprimento defeituoso do contrato de trabalho”, colocando em questão o reconhecimento da (i)licitude desses movimentos e asseverando ser proposto o entendimento por sua ilegalidade, argumentando que “aceitar estas formas de luta equivaleria a aceitar que os trabalhadores passassem, durante o conflito, a gerir a sua prestação de trabalho e (...) a interferir na própria direção da empresa”, acrescentando, também, a boa-fé e o dano desproporcional, posicionamento com o qual não podemos concordar, por não vislumbrarmos todas as possibilidades da greve atípica como um (in)cumprimento ilícito do contrato de trabalho, para além de não reconhecermos esta ação sindical como uma questão de disputa pela direção da empresa ou de gerência da prestação da atividade, mas sim, como manobras laborais fincadas em outros parâmetros elucidados.

Contudo, encontramos posicionamento receptivo à greve atípica, informando que “a recusa coletiva e concertada do trabalho, coberta pelo estatuto protetor da greve, não se reduz às suas formas clássicas, sendo mais amplo o círculo dos tipos de comportamentos coletivos que a ordem jurídica (...) coloca” (LEITE, 1994 *apud* SILVA, 2011, p. 82), não reconhecendo, no entanto, licitude a todas as modalidades listadas da greve atípica.

Ao revés, a mesma autora destaca posicionamento restritivo às greves atípicas, evidenciando a matiz dessa dissonância doutrinária, preconizando-as como “meios, coletivamente assumidos, de coação direta, ou indireta, em conflitos laborais, que,

no entanto, oferecem dúvidas quanto à qualificação como greve” (FERNANDES, 2010 *apud* SILVA, 2011, p. 83), acentuando a possibilidade de não reconhecimento jurídico (licitude) desses movimentos por greve, mas sim como situações de cumprimento defeituoso do contrato e passíveis de sanção disciplinar, vislumbrando-as a autora, em linhas gerais, como “situações de meia greve” (SILVA, 2011, p. 83).

1. No entanto, destacamos que a percepção das greves atípicas como meio tumultuado da luta laboral, de provocar transtorno e inquietação no ambiente de trabalho, desvirtua totalmente o intento desse movimento, segregando-as da proteção jurídica do instituto da greve (clássica), e sendo apontadas pela doutrina como descumprimento do contrato individual de trabalho, passíveis de punição disciplinar (SILVA, 2011), posicionamento este com o qual não concordamos de modo generalizado e extensivo a todas as novas facetas da greve (atípica), que por fugirem ao panorama doutrinariamente traçado - e não a uma conceituação constitucionalmente designada, não merecem ser taxativamente enquadradas como abusivas, ilegítimas³ ou ilegais. Qualquer modalidade da greve, mesmo a clássica, pode ser enquadrada por ilegal, com a análise judicial do caso em concreto, não sendo prudente a designação categórica com base em enquadramento doutrinário (por clássica, atípica ou irregular).

Ainda enquanto registro doutrinário favorável à greve atípica, que não concebe a possibilidade de enquadrá-la por ilegal face à inexistência de conceito normativo e jurisprudencial, não pode a alegação de maior prejuízo auferido pelo empregador legitimar sua intentada segregação jurídica (CANOTILHO; MOREIRA, 2007).

4 MODALIDADES DE GREVE ATÍPICA

A tipicidade atribuída à greve pela doutrina e pela jurisprudência, com base na legislação específica, busca incorporar ao instrumento legitimidade e legalidade apenas nas modalidades admitidas ou vislumbradas por estas, segregando as demais formas de paralisação obreira, a despeito de recair aos trabalhadores a eleição sobre a oportunidade de sua deflagração bem como os interesses a serem defendidos com a greve (artigo 9º da CF/1988).

Comumente, diferencia a doutrina em instituto constitucional grevista e demais vicissitudes da luta laboral, não enquadradas estas ante a ausência de tipicidade jurídica

³ Em relação à (i)legitimidade apontada, mister destacarmos que o (não) reconhecimento doutrinário ou jurisprudencial de determinada modalidade da greve não possui o condão de retirar a legitimidade deste movimento, impressa pelas normas constitucionais e constatada com a reivindicação coletiva para fins laborais, pelo que uma possível ilegitimidade poderia ser percebida caso haja desvirtuação destes fins sociais.

ou devido a não observação dos requisitos normativos prévios de validade, pelos manifestantes – entrando os movimentos, nesse caso, na seara da ilicitude.

A marginalização doutrinária impressa a essas modalidades de greve é atribuída ao argumento do intenso impacto que esta provoca na produção, desestruturando-a e dilatando as perdas econômicas sofridas pela empresa (SILVA, 2011), germinando uma tendência de atipificação da greve (MELO, 2009), argumento esse que, no entanto, não se respalda em baliza legislativa, mas como uma constatação analítica, não podendo funcionar como caráter restritivo à greve um maior dano ocasionado ao empregador, desde que não seja ilícito, pautado pelo dano à propriedade.

A respeito dessa alegada assimetria entre o dano causado e o exercício do direito de greve, Leite (1994, p. 44) inconformadamente destaca a impossibilidade de se “considerar ilícita uma greve em que cada uma das partes recorre aos meios legalmente permitidos para reduzir os seus próprios prejuízos e/ou aumentar os do seu adversário”, posicionamento com o qual concordamos, pelo que consideramos por incoerente a análise da greve com base no potencial do dano projetado ou na proporção do prejuízo factualmente ocasionado, critérios esses não elencados pela norma jurídica e, por isso, impassíveis de serem atribuídos à greve, a nosso ver; não sendo, assim, o critério do acrescido dano fundante à verificação da (i)licitude do movimento grevista.

Inclusive, destaca Uriarte (2000, p. 10-11) que “o que aparenta atipicidade é, na verdade, o tipo, o princípio”, percebendo a greve como o “instituto mais atípico da parte mais atípica do ramo mais atípico do direito” e vislumbrando o enquadramento desses novos contornos factuais da parede em modalidade atípica como restrições normativa e doutrinária.

Isto posto, as greves atípicas são manobras factuais projetadas pelos trabalhadores para driblarem a ausência de percepção do salário nos períodos de eclosão da greve (XAVIER, 1996), caracterizadora do fenômeno da suspensão contratual; ou como manobras pragmáticas e viabilizadoras da célere deflagração da greve ou concertação das demandas laborais. O propósito desta greve é provocar uma maior pressão e dano ao empregador, com menos risco e prejuízo salarial aos manifestantes, potencializando, assim, o campo de ação do movimento.

Nesses termos, atribui-se como causa do crescimento das modalidades da greve atípica a intenção dos grevistas em “maximizar o efeito da greve e minimizar o seu custo” (FERNANDES, 1990 *apud* URIARTE, 2000, p. 29), não sendo, contudo, essa manobra grevista unanimemente recepcionada pela doutrina, colocando em destaque a questão do desproporcional dano ocasionado ao empregador, pelo que não julgamos

como ilegítima ou abusiva a referida manobra.

Na esteira desse posicionamento, categoricamente considera Frediani (2001) apenas como greve o movimento que se desdobra de acordo com a essência do parâmetro clássico e que respeite os requisitos prévios de validade. As demais modalidades, mesmo as atípicas, com reconhecida licitude, compreende a autora que são alheias ao conceito jurídico da greve e, por isso, devem receber diferente encaminhamento sancionador pela norma.

Estes argumentos restritivos são pautados pelo imperativo normativo da proibição ao abuso de direito e da inexistência de direito absoluto. Outrossim, Uriarte (2000, p. 44) informa o enquadramento restritivo normativo do abuso de direito como “outra técnica limitatória do direito de greve, que tende a excluir de seu âmbito a greve desencadeada com certas finalidades ou modalidades – mais ou menos atípicas – que produzem dano desproporcional ao sacrifício dos grevistas”, informando ser o abuso do direito “uma técnica validamente utilizável para limitar o âmbito de licitude do exercício do direito de greve”.

No entanto, questionamos se não estaria este regramento doutrinário abusando e constringendo o preceito constitucional da greve em nome de outros fundamentos velados, de fundo econômico, ao passo em que sinalizamos ser imperiosa uma análise jurídica acautelada de um preceito com base no abuso de direito, pelo que destacamos a necessidade em se evitar o aviltamento e a banalização do uso desses recursos restritivos e complexos.

O intencionado pela greve é provocar a necessária pressão econômica à empresa para que esta negocie ou atenda às reivindicações dos trabalhadores. Não objetivam os grevistas promoverem uma sabotagem econômica ou a falência da empresa, mas o respeito a seus direitos sociais e garantias constitucionais.

Liderando a corrente doutrinária que advoga a ressocialização das modalidades típica e atípica da greve em uma única conceituação e proteção jurídica, Uriarte (2000) salienta, por força de mandamento constitucional, a necessidade de se absorver legalmente as distintas facetas factuais do movimento laboral, devendo esta máxima englobativa se abster de traçar motivos, exigências, intentos.

O Comitê de Liberdade Sindical da OIT corrobora essa vertente, propagando a legitimidade dos movimentos grevistas tidos por atípicos e a necessidade de sua inclusão no campo da proteção jurídica da greve clássica, desde que o movimento se conserve pacífico, mesmo nas modalidades de zelo, de ocupação⁴, de rendimento (URIARTE,

⁴ Também denominada de *greve habitação*, é reportada como o manifesto *desarrollado* dentro da fábrica, passível de punição caso venha a cometer excessos (agressão, constringimento, depredação), consoante

2000).

No mais, é mister destacar que não projetamos o entendimento de escancarar-se e tomar-se por ilimitado e impassível de restrição o direito à greve, mas defendemos a necessidade de uma análise mais sensível e tolerante a esse instituto constitucional, sobretudo doutrinária e jurisprudencial, em face da importância histórica e política que carrega em seu âmago. Passemos, pois, a analisar algumas faces da greve denominadas atípicas, divididas em dois grupos – o grupo das consideradas doutrinária e jurisprudencialmente lícitas e o das ilícitas, irregulares ou cogitadas alheias ao conceito de greve, a saber:

4.1 GREVES ATÍPICAS CONSIDERADAS LÍCITAS

4.1.1 Greve intermitente

Enquadrada como greve de maior prejuízo sob a alegação do desequilíbrio entre a lesão causada à empresa e o exercício do direito de greve (FREDIANI, 2001), esta modalidade de greve consiste na paralisação do labor por curtos lapsos temporais, mas realizados repetidamente (LEITE, 1994), provocando a ondulação do exercício da atividade seguido por outro período de abstenção.

Em relação à greve intermitente, há doutrina que reconhece por exacerbado o prejuízo tido por desnecessariamente provocado, assinalando que “enquanto a greve regular dá lugar a um prejuízo proporcional às reivindicações e conflitos prévios, essa organização do movimento é destinada a fazer crescer o volume de prejuízo” injustamente (LIRA, 2001, p. 72), pelo que retira a legitimidade desse movimento, fundamento esse com o qual não podemos concordar, em face da inexistência de proibição legal a essa modalidade.

No mais, essa espécie de greve atípica causa perplexidade a Amorim & Souza (2004) em face da sua coordenada programação descontinuada, com o condão de surpreender o empregador, por não saber o momento exato em que a greve será deflagrada (por ser continuamente declarada e encerrada), atribuindo-lhe as denominações de *bouchon* ou *sciopero a singhiozo*.

A estas curtas interrupções coordenadamente sequenciadas (VAZ DE CARVALHO, 2005) é conferida a desestruturação organizativa da empresa pelo declínio da produção, enquadrando doutrinariamente esta modalidade atípica como passível de

artigo 6º, §3º da Lei de Greve: impossibilidade de obstrução do acesso ao trabalho, ameaçada e dano à propriedade/pessoa (VAZ DE CARVALHO, 2005), sendo as greves deflagradas no ABC Paulista, em 1970-1980, marcadas pela característica da ocupação (VIANNA, 1986).

ser declarada abusiva (SILVA, 2011), em face da disparidade entre o dano causado e o prejuízo percebido, argumento com o qual não concordamos, consoante supra indicado, pelo que defendemos sua licitude e legitimidade.

Esta modalidade é apontada por parte da doutrina (LIRA, 2009) como legal e legítima, desde que balizada pelos requisitos prévios elencados na lei de greve (CERNOV, 2011), sendo assentado como posicionamento jurisprudencial, para fins de computação do período de não percepção do salário pelos grevistas, o cálculo dos momentos de interrupção do trabalho acrescidos dos períodos em que há impossibilidade na execução da atividade em face das interrupções, reconhecendo por lícita a greve desencadeada nos moldes da intermitência; ou seja, considera-se o período efetivo do movimento (das pausas programadas e do retorno disponibilizado).

4.1.2 Greve setorizada, rotativa ou em rodízio

Nesta modalidade, também indicada por *tournante* (VAZ DE CARVALHO, 2005), *sciopero a scachiera* (XAVIER, 1996) ou por tabuleiro (LIRA, 2009), a parede é articulada paulatina e sucessivamente em turnos selecionados, sendo a paralisação eclodida por setor e de modo rotativo, a fim de que com essa programação estruturada da greve intercalada (CERNOV, 2011), os demais setores ainda não paralisados percam a cadência e fiquem impedidos de efetivamente laborar em face da obstinação ao corrente andamento da esteira empresarial, sendo destacada como uma “réplica do trabalho parcelar” (SILVA, 2011, p. 52).

Contudo, apesar do tensionamento e das ponderações suscitadas, que a apontam como uma dinâmica grevista de efeito continuado (VIANNA, 1986), a parede setorizada é bem analisada pela doutrina, que não costuma enquadrá-la por ilegítima ou abusiva, apesar de ser vislumbrada como uma modalidade da greve de maior prejuízo (RAMALHO, 1994), ao rezear a possibilidade deste movimento “tomar proporções relevantes quando se tratar de produção em série” (FREDIANI, 2001, p. 63).

4.1.3 Greve trombose ou de estrangulamento

Na greve trombose, também conhecida como nevrálgica, seletiva ou tampão, há a paralisação estratégica de apenas um setor da empresa, permanecendo os trabalhadores dos demais departamentos em disposição ao labor. No entanto, o efeito prático pretendido com essa parede é a impossibilidade em continuar a atividade, com a

suspensão estratégica do âmbito principal, o *setor-chave* da empresa, cuja inatividade afetaria o andamento de todo o estabelecimento, implicando em sua interrupção quase que total (SILVA, 2011), inserida, por esta razão, no grupo doutrinário das greves de maior prejuízo (RAMALHO, 1994).

Esse tipo de greve é criticado pela doutrina em face do alto dano ocasionado ao empregador *versus* o reduzido prejuízo sofrido pelos grevistas, como se estes devessem também padecer com mais perdas econômicas com o exercício deste constitucional direito de resistência, remetendo ao argumento que julgamos por equivocado e juridicamente não balizado de análise categórica da greve pelo viés da extensão do dano provocado.

Ainda assim, é considerada lícita pela doutrina e pela jurisprudência, destarte a intolerância envolta, comportando divergência em relação à questão da remuneração: enquanto há uma vertente que considera por paralisação todo o período cadenciado do movimento (RAMALHO, 1994), refletindo, assim, no desconto global (relativo ao período) e geral (abrangendo todos os favorecidos), envolvendo os trabalhadores do setor estrategicamente paralisado e os dos demais setores beneficiados pela greve; ao passo em que outra linha direciona o desconto salarial apenas para trabalhadores declaradamente em greve (FERNANDES, 2013), isentando quaisquer outros amparados com a ação grevista, mas que não tenham declarado adesão a esta.

4.1.4 Greve retroativa

A greve retroativa é deflagrada no momento da percepção de lucros pela empresa por serviço laboral anteriormente prestado, sendo articulada sua eclosão a esse estratégico momento por comportar a situação de maior perda econômica ao empregador, ilustrado pela doutrina como exemplo a colheita de safra agrícola ou a estreia de espetáculo artístico (MARTINEZ, 2013).

Particularmente a essa modalidade ponderamos algumas ressalvas. Entendemos acertado o planejamento sindical sobre os contornos desenvolvidos pela greve, o dano intencionado à empresa e o cálculo da pressão necessária a ser exercida para efetivação desse direito. A articulação entre os trabalhadores não nos parece danosa, muito pelo contrário, decorre da real necessidade de organização coletiva para promoção e defesa de interesses comuns.

No entanto, o intencionado com a greve retroativa parece ser além do necessário para que a desorganização produtiva da empresa, com a paralisação, surta

efeitos aos trabalhadores, podendo desencadear danos lesivos além dos imperiosos e previstos legalmente ao atendimento das reivindicações dessa luta laboral, pelo que, na análise do caso em concreto, podemos vislumbrar como acertado o enquadramento desse movimento como abusivo.

Embasamos nossa compreensão sobre a *possibilidade* de perceber abusividade na greve retroativa na doutrina de Ramalho (1994, p. 48), quando informa que “a paralisação acarreta a inutilização do trabalho anteriormente prestado e retribuído, mas cujo retorno lucrativo o empregador esperava obter no momento em que a greve tem lugar”, apesar de, a priori, ser lícita (se balizado pelos requisitos prévios de validade).

4.2 GREVES ATÍPICAS CONSIDERADAS ILÍCITAS OU ALHEIAS AO CONCEITO JURÍDICO DE GREVE

4.2.1 Greve *self-service*

Concebida como o incerto laboral, devido à surpresa em relação ao momento da deflagração, aos fundamentos reivindicados e ao tempo de duração da paralisação, a greve *self-service* é enquadrada como atípica ante a ausência de um aviso prévio informativo sobre o desencadear arquitetado por essa greve; espécie similar ao tipo selvagem ou espontânea.

Designada de automovimentação (SILVA, 2011), a greve *self-service* consiste na discricionariedade dos manifestantes quanto ao início, à duração e aos motivos defendidos, importando em uma ação não concertada pelos trabalhadores e não regida pelo sindicato. Sua abusividade e ilegalidade doutrinariamente (CANOTILHO; LEITE, 1999) apontadas recaem ao não preenchimento dos requisitos de validade previamente à deflagração do movimento paredista.

Analisada pelos autores sob a perspectiva da notória greve dos médicos portugueses, de 1998, e com base no Parecer da Procuradoria-Geral da República sobre o caso, nº 1/99, de 18 de janeiro, conceituada sob a ótica do sindicato em questão que deflagrou inicialmente o movimento, por meio do pré-aviso de greve endereçado ao Ministério da Saúde e ao Ministério do Trabalho e da Solidariedade, mas informando que “qualquer médico individualmente ou em grupo pode a qualquer momento fazer greve sem qualquer outra formalidade ou pré-aviso, pelo tempo que quiser” (CANOTILHO; LEITE, 1999), criando um clima de desestabilidade e de insegurança na comunidade lusitana.

Na verdade, os autores vislumbram a existência jurídica da greve clássica, de

(algumas) modalidades da greve atípica e de um terceiro grupo com as demais facetas da luta laboral (ora metodologicamente estruturado), marginalizando a espécie *self-service* do conceito jurídico de greve em face da ausência de administração sindical dos manifestantes durante o movimento, conferindo a competência para cada trabalhador, individual ou coletivamente, eclodir o movimento quando julgar(em) oportuno, pelo tempo e motivos que lhes apeterem; não havendo, assim, uma gerência, uma coordenação concertada, e, por isso, considerando-a alheia do ponto de vista jurídico, entendimento com o qual não podemos respaldar.

Compreendemos a possível ilegalidade da greve desenvolvida nesses moldes (com desatenção à norma regulamentadora), no entanto, reconhecemos a sua inserção no campo jurídico da greve, mesmo que pelo parâmetro da ilegalidade, para além de não distribuímos taxativamente o título de abusividade a movimentos *in abstracto*, devendo essa constatação resultar das concretas razões alçures explanadas, pelo que ratificamos, no entanto, sua provável ilegalidade, caso desatenda os mandamentos regulamentares.

4.2.2 Greve de zelo

Amplamente defendida pela doutrina brasileira (VIANA, 1996 *apud* CORTEZ, 2010) como modalidade atípica, excluída da conceituação clássica da greve, a greve de zelo, *sciopero pignolo* ou *Bummelstreik* (XAVIER, 1996) consubstancia-se na atenuação ou na abstenção da atividade laboral velada sob o pretexto do excesso de cuidado, atenção ao rigor técnico e zelo na produção.

Nessa atipicidade grevista, o trabalhador não se abstém do seu mister, mas o exerce de modo vagaroso, detalhista e acautelado, havendo a redução no rendimento, pelo que se assemelha à greve de braços caídos, que seria o movimento deflagrado por meio da realização vagarosa da atividade laboral, mas sem atenção à qualidade técnica.

Paira dúvida na doutrina quanto à possibilidade de proteção constitucional desta modalidade, em face da inexistência da abstenção ou suspensão da atividade laboral em prol da reivindicação, analisada a greve de zelo como manifesto materializado pela prestação irregular da atividade (CANOTILHO; MOREIRA, 2005). A esse tipo remanesce a divergência doutrinaria: ao passo em que autores veementemente identificam-no por ilícito e abusivo, há, ainda, entendimento mais brando e que tende a enquadrar a greve de zelo como legítima e legalmente reconhecida (MELO, 2009).

Como exemplos dessa modalidade da greve são apontados: em um primeiro momento, o comportamento cauteloso e pormenorizado dos motoristas de condução

pública, que passam a dirigir com uma maior cautela e atenção às normas de trânsito, desencadeando o descompasso na produção ou, neste caso, na prestação do serviço; e, como segundo caso, a prestação abrandada do serviço por funcionários que lidam com clientes, exemplificado na ação dos profissionais alfandegários que atendem aos passageiros com lentidão, provocando congestionamentos, atrasos e inquietação.

4.2.3 Greve de rendimento, *greve perlèe* ou *slowdown*

Também denominada de greve de braços caídos/cruzados (LIRA, 2011), *greve surletas* (LEITE, 1994), *setdown strike* ou de *nom collaborazione* (VIANNA, 1986), nesta modalidade de greve branca (VAZ DE CARVALHO, 2005) os manifestantes continuam a exercer seu mister, mas em ritmo desacelerado, procrastinado e sem atendimento aos parâmetros de qualidade (característica essa primordial à diferenciação com a modalidade de zelo), visando exatamente a redução na produção da empresa como meio de pressão e de reivindicação, fragmentando a produção (CANOTILHO; MOREIRA, 2005).

Esta greve atípica é majoritariamente apontada pela doutrina como alheia ao conceito clássico da greve, não protegida constitucionalmente e passiva de punição disciplinar pelo empregador, mas acolhida por parte da doutrina como legítima e lícita (MELO, 2009).

4.2.4 Greve às avessas

Também intitulada de *greves à rebours* ou *sciopero ala rovesciam* (XAVIER, 1996), neste caso, os manifestantes também não se abstêm de executar a atividade laboral, destarte a executam de modo a extrapolar a meta de produção, a fim de que com o acúmulo de estoque, o empregador absorva o prejuízo dos produtos excedentes e não adquiridos pelo mercado, ou a fim de os manifestantes demonstrarem a viabilidade da empresa ou de sua força de trabalho (CANOTILHO; MOREIRA, 2005), doutrinariamente vislumbrada como à parte do conceito da greve clássica, e por isso, passível de enquadramento por abusiva.

4.2.5 Greve curta, repetida ou *debrayages*

Similar à greve de advertência (MELO, 2009), consubstancia-se no movimento deflagrado momentos antes do encerramento do expediente ou ao término do intervalo

intrajornada, iniciada sem aviso prévio e caracterizada pelo inesperado (FREDIANI, 2001), semelhante à surpresa prevista pela greve *self-service* e similar à greve simbólica (em face do curto tempo de interrupção da atividade laboral), mas, enquanto caráter diferenciador, os manifestantes não se afastam de seus postos de trabalho.

É apontada pela doutrina como alheia à proteção constitucional da greve (CERNOV, 2011) em face da inexistência do aviso prévio e da divulgação do tempo de duração previsto para o movimento, sendo, também, enquadrada por ilegal em razão da inobservância dos prévios requisitos legais (pelos autores que a reconheçam juridicamente como espécie de greve propriamente dita).

5 PONDERAÇÕES FINAIS

Consoante à realidade ocidental, na normatividade brasileira a greve é concebida como um direito constitucional, individual e social, a ser exercido de forma coletiva e temporária pelos trabalhadores, com vistas a ocasionar desconforto econômico ao empregador para que este atenda ou negocie suas reivindicações, sendo, desse modo, uma medida de autotutela e de pressão com amplo e incontestado impacto político, jurídico, econômico e social.

Em face dessa relevância e status de constitucionalidade, o corpo jurídico (ordenamento, doutrina e jurisprudência) não deve limitar indireta e excessivamente o seu exercício com a imposição de inúmeros empecilhos à sua deflagração e licitude, sob pena de inviabilizar por completo sua efetivação; apesar de ser necessária sua regulamentação, mormente por não ser um direito absoluto, bem como para se evitar excessos na sua prática.

Sucedem, no entanto, que as formas de resistência dos trabalhadores implicam variação e diversificação histórica e cultural, sendo inerente a esse processo a construção de novas estratégias e possibilidades sintonizadas à expectativa de pressão; exercendo, na prática, a máxima constitucional de decidirem os obreiros sobre a oportunidade de deflagração da parede e sobre os interesses que lhes são afetos.

É o caso da deflagração de greve que não esteja circunscrita à relação contratual ou ao padrão doutrinário e, por isso, nomeada de atípica, fato que vem ensejando inúmeras amarras estabelecidas por legislações ordinárias.

A classificação de atipicidade serve, assim, para designar aquele movimento paredista que não observa as determinações legais ou a clássica conceituação doutrinária. Subsiste nessa noção, a possibilidade de limitar interesses considerados

estranhos ao mundo corporativo, que não estejam relacionados a atos ou a fatos protagonizados pelo empregador, embora algumas dessas modalidades atípicas sejam vistas como pertinentes, reconhecendo, portanto, o caráter político mais amplo dessa prática.

No entanto, essas greves são habitualmente enquadradas pela doutrina e pela jurisprudência como abusivas e ilegítimas, sob o pretexto de serem nocivas à economia e possuírem alegado caráter de sabotagem empresarial, deslocadas à margem jurídica de legitimidade da greve, apesar da ausência de definição concreta por parte dos diplomas legais, consoante supra destacado.

De fato, percebemos por necessária a regulamentação e o respeito às balizas legais, pelo que concebemos como lícitas e, sobretudo, legítimas as greves que, apesar de doutrinariamente criticadas em face do potencial economicamente lesivo que possam alcançar, (como o caso das greves de maior prejuízo: de zelo, intermitente, rotativa, de estrangulamento), respeitem e atendam as exigências normativas prévias.

Abordar o tema do direito de greve decerto que representa um desafio, pela compreensão polêmica que cerca essa problemática, que contrapõe doutrinas, normatividades jurídicas nacionais e interpretações diversas. Ao envolver interesses e necessidades tão distintas, seja do patronato, seja dos trabalhadores e da própria sociedade em geral, seus desdobramentos e consequências demandam atenção, provocam manifestações de apoio, de crítica e de solicitações de restrições ao seu exercício, o que bem dimensionam as implicações que provoca e que são inerentes a uma sociedade de classes.

O que temos a destacar é a relevância dessa discussão, que desperta questionamentos, provoca convicções, possibilita a troca de ideias, fazendo com que prossigamos em nossa compreensão sobre o legislado e a operacionalização do direito; de fato, ganhando todos com as inquietações comuns e as divergentes, com as contribuições e críticas que permitem acumular reflexões, elucidar e aprofundar análises. Por isso, apesar de ser uma problemática controversa, entendemos que avançamos nesse debate.

REFERÊNCIAS

ALONSO OLEA, Manuel. *Huelgas atípicas: identificación, caracteres y efectos jurídicos*. In: CARVALHO, Orlando de et al. (Coord.). **Temas de Direito do Trabalho: Direito do Trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 453-468.

AMORIM & SOUZA, Ronald. **Greve & locaute**: aspectos jurídicos e económicos. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, Leite. Ser ou não ser uma greve: a propósito da chamada “greve self-service”. **Revista Questões Laborais**. Coimbra, ano VI, n. 13, 1999, p. 3-44.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I

CERNOV, Zênia. **Greve de servidores públicos**. São Paulo: LTr, 2011.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **A lei de greve**. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERNANDES, António Monteiro. As greves «atípicas»: identificação, caracteres e efeitos jurídicos. In: CARVALHO, Orlando de *et al.* (Coord.). **Temas de Direito do Trabalho: Direito do Trabalho na crise. Poder empresarial. Greves atípicas**. IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 491-518.

_____. **A lei e as greves**: comentários a dezesseis artigos do Código do Trabalho. Coimbra: Almedina S.A., 2013.

FRAGOSO, Christiano. **Repressão penal da greve**: uma experiência antidemocrática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

FREDIANI, Yone. **Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: LTr, 2001.

LEITE, Jorge. **Direito da Greve**. Coimbra: Serviço de Acção Social da Universidade de Coimbra, 1994.

LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. A greve nos serviços essenciais: entre o formalismo inibidor e o direito de lutar pela valorização do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**. João Pessoa, v. 19, p. 76-93, 2012a.

_____. A importância e a aplicabilidade dos princípios justralhistas no modelo regulador da relação coletiva de trabalho. **Revista ESMAT 13**, João Pessoa, ano V, n. 5,

p. 38-52, 2012b.

LIRA, Fernanda Barreto. **Greve e os novos movimentos sociais**. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Greve do servidor público**. São Paulo: Atlas, 2001.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

PORTO, Noemia. A greve como direito: irritações entre os sistemas e desafios à estabilização de expectativas. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília: IDP, 2008, p. 1-24.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Lei da Greve anotada**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994.

_____. **Estudos de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Dora Marisa Monteiro Rodrigues. **Greves Atípicas**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilização da greve**. São Paulo: LTr, 2000.

VAZ DE CARVALHO, Ricardo Motta. **A greve no serviço público**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

VIANNA, José de Segadas. **Greve**. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. A greve no direito da Europa ocidental. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, ano 38, n. 1/2/3, p. 45-75, 1996.

PODER NORMATIVO E CONTROLE DA LEGALIDADE DA GREVE

Thereza Raquel Crispim de Menezes Dantas

Técnica Judiciária – Área Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, lotada atualmente no Tribunal do Trabalho da 13ª Região. Formada em Direito pela Universidade de João Pessoa – UNIPÊ.

Email: <thereza_raquel84@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por objeto o estudo do dissídio coletivo e o controle da legalidade da greve, no panorama pós EC nº 45/2004. Na área trabalhista podemos encontrar uma série de conflitos que ocorrem como algo inerente à própria essência laborativa. Dentre as diversas modalidades de composição dos conflitos coletivos, a negociação coletiva prefere às demais, pois permite às próprias partes acordarem as condições ideais e possíveis para o momento. Mas nem sempre o entendimento direto resulta em ajuste, tornando-se necessários outros mecanismos capazes de trazer ao litígio coletivo uma possível solução. Diante disto, o art. 114, § 1º, da Constituição Federal de 1988, estabelece que, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros para solucionar o impasse. Porém, na área do direito coletivo do trabalho, dificilmente os sindicatos conflitantes nomeiam árbitro para solucionar a celeuma, pois tal modalidade ainda não constitui um costume no nosso país. Diante disto, surge a possibilidade de as partes trabalhistas se valerem de um instrumento denominado dissídio coletivo. Sobre isso, o art. 114 e parágrafos da nossa Carta Magna de 1988, diz que só é possível a atuação da Justiça do Trabalho em sede de conflito coletivo em dois casos: primeiro, quando as partes, de comum acordo, decidirem pelo ajuizamento do dissídio coletivo (art. 114, § 2º); e segundo, no caso de greve em serviço essencial, ocasião em que o dissídio será ajuizado exclusivamente pelo Ministério Público do Trabalho (art. 114, § 3º). Importante destacar, que o previsto no § 3º do art. 114 limita a atuação da Justiça do Trabalho aos movimentos grevistas em atividades essenciais. Diante disto, poderia surgir a hipótese de uma empresa exercente de uma atividade considerada não essencial à sociedade, no caso de ser paralisada por seus trabalhadores, ajuizar o dissídio coletivo de greve perante a Justiça Trabalhista, postulando a respectiva prestação jurisdicional. A questão, porém, não é unânime na doutrina e a nossa jurisprudência ainda não se manifestou a respeito do assunto. Assim, faremos uma breve análise acerca do dissídio coletivo e o controle da legalidade da greve, enfatizando as repercussões nas relações coletivas.

Palavras-Chave: Dissídio Coletivo. Poder Normativo. Greve.

1 INTRODUÇÃO

Ultrapassando a etapa de acaloradas discussões, veio a lume a “Reforma do Judiciário” que, embutida na Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, trouxe algumas modificações na relação travada entre o Poder e seus jurisdicionados.

No âmbito trabalhista, importantes alterações teóricas e práticas ocorreram nas relações de trabalho. Desta forma, a competência da Justiça do Trabalho foi modificada, de um lado para ampliar suas atribuições em matéria de direito individual, e, de outro, para limitar severamente a possibilidade do dissídio coletivo, que sofreu profundas alterações, necessitando para tanto de uma nova análise e uma nova compreensão na seara do direito coletivo do trabalho.

O dissídio coletivo frente à Reforma do Judiciário é um tema assaz oportuno, não só pela sua atualidade, mas principalmente pelas suas peculiaridades, até porque envolve um interessante debate acerca do poder normativo da Justiça do Trabalho.

Assim, diante da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004 ao art. 114 e parágrafos da nossa Carta Magna de 1988, só é possível a atuação da Justiça do Trabalho em virtude de conflito coletivo em dois casos: primeiro, quando as partes, de comum acordo, decidirem pelo ajuizamento do dissídio coletivo (art. 114, § 2º); e segundo, no caso de greve em serviço essencial, ocasião em que o dissídio será ajuizado exclusivamente pelo Ministério Público do Trabalho (art. 114, § 3º).

Importante destacar, que o previsto no § 3º do art. 114 limita a atuação da Justiça do Trabalho aos movimentos grevistas em atividades essenciais. Diante disto, poderíamos indagar se uma empresa exercente de uma atividade considerada não essencial à sociedade, no caso de ser paralisada por seus trabalhadores, tem o direito de ajuizar o dissídio coletivo de greve perante a Justiça Trabalhista, postulando a respectiva prestação jurisdicional. O que não pode, desde logo, são as empresas e empregados digladiarem-se até a exaustão, ficando cerradas as portas da Justiça do Trabalho para eles nesta hipótese.

O presente estudo tem a finalidade de analisar a nova configuração do dissídio coletivo, bem como as mudanças na competência da Justiça Laboral para decidir a respeito de questões pertinentes ao exercício do direito de greve, especialmente no que tange a sua ilegalidade. O tema, além disso, apresenta particular interesse, por se relacionar à interpretação de aspectos que repercutem diretamente no meio social e nos direitos dos trabalhadores.

Desta forma, comentamos sucintamente acerca da amplitude e constitucionalidade da nova redação conferida aos §§ 2º e 3º, do art. 114, da Constituição Federal de 1988. Discorreremos, especialmente, quanto à inserção da expressão “de comum acordo”, como requisito indispensável à propositura do dissídio coletivo, inserta no §2º, e quanto à competência exclusiva do Ministério Público para o ajuizamento do dissídio coletivo, apenas nos casos de greve em serviços essenciais que ameacem ou causem danos ao interesse público. Em seguida, sendo inclusive o centro dos nossos estudos, versamos sobre a caracterização da greve ilegal, traçamos a sua competência e procedimento perante a Justiça do Trabalho, bem como levantamos e respondemos diversos questionamentos surgidos com a Reforma do Judiciário, na qual foi para o ordenamento jurídico brasileiro uma grande inovação, ou para alguns, um grande avanço.

2 PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Desde seu surgimento no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, até nossos dias, podemos afirmar que o poder normativo da Justiça do Trabalho sempre foi objeto de fortes críticas de um lado e defesas de outro, sendo plenamente defensável os argumentos de cada uma das correntes.

Também conhecido como competência normativa, o poder normativo atribuído à Justiça do Trabalho é a possibilidade constitucional conferida aos Tribunais Trabalhistas de estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho, para a composição dos conflitos coletivos.

Criticam o poder normativo, dentre outras razões, por ter ele origem na concepção corporativista da sociedade, que no caso brasileiro, a inspiração veio da *Carta del Lavoro*, do regime fascista italiano de Benito Mussolini, a qual atribuía ao magistrado trabalhista italiano a possibilidade e o poder de dirimir conflitos coletivos de trabalho mediante a fixação de novas condições laborais.

Com o golpe do Estado Novo, Getúlio Vargas, no dia 10 de novembro de 1937, impôs nova Constituição, tendo como principal objetivo fortalecer o Poder Executivo, instaurando no Brasil um Estado Corporativista. Nesta linha de pensamento, Getúlio Vargas, na sua obra *As diretrizes da Nova Política do Brasil*, citado por Romita (2001, p. 265), assim fundamentou a atividade legiferante do Estado:

No Brasil, onde as classes trabalhadoras não possuem a poderosa estrutura associativa nem a combatividade do proletariado dos países industriais e onde as desinteligências entre o capital e o trabalho não apresentam, felizmente, o aspecto da beligerância, a falta, até bem pouco, de organizações e métodos sindicalistas determinou a falsa impressão de serem os sindicatos órgãos de luta, quando realmente, o são de defesa e colaboração dos fatores capital e trabalho com o poder público.

O regime fascista era contrário à luta de classes e defendia que sempre deveria haver a conciliação e a colaboração da sociedade na ideia de ver garantida a produção. Os sindicatos eram tidos como órgãos do Estado, realizando a regulamentação das condições de trabalho, com o fito de garantir os interesses e direitos dos trabalhadores. Assim, caso surgissem reivindicações trabalhistas, caberia ao ente Estatal, através de sua máquina, resolvê-las rapidamente, restabelecendo a paz social.

Ainda no que tange às opiniões desfavoráveis, Martins Filho (1996) enumera as principais desvantagens do poder normativo obreiro sob os seguintes argumentos: enfraquecimento da liberdade negocial; desconhecimento real das condições do setor; demora nas decisões; generalização das condições de trabalho; incompatibilidade com a

democracia pluralista e representativa; e maior índice de descumprimento da norma coletiva.

Utilizando-se de outro argumento, Garcia (2006) revela-se contrário à manutenção da competência normativa, pois, segundo ele, estaria o julgador invadindo o campo de atuação do Poder Legislativo.

Como é possível perceber, muitas são as razões abordadas pelos doutrinadores para salientar a desnecessidade ou a inconveniência em manter a competência de criar direitos pela Justiça do Trabalho.

Por outro lado, estão os que ainda defendem o referido poder normativo, pautando seus fundamentos em duas principais fontes: a ausência de uma estrutura sindical forte e amplamente organizada, tornando-se extremamente subservientes ao paternalismo estatal; e a necessidade de um instrumento para assegurar a tranquilidade social diante das paralisações.

Contudo, apesar de termos consciência plena de algumas vantagens atribuídas ao Poder Normativo, advogamos no sentido de que as desvantagens são notórias e prevalecem em meio aos pontos positivos. Portanto, nos posicionamos em desfavor ao poder normativo, porém observamos a necessidade de algumas ressalvas e cautelas caso houvesse o extermínio de tal poder.

Para melhor justificarmos nossa posição, porém, com responsabilidade para não nos tornarmos injustos com a trajetória do poder normativo, defendemos a necessidade da utilização da autocomposição, como sendo a melhor e mais adequada forma de solucionar os conflitos coletivos. Tal medida, de pronto, teria a capacidade de diminuir a grande quantidade de processos coletivos instaurados no âmbito da Justiça Obreira.

Ripper (2005, p. 848) destaca a necessidade de uma reforma sindical para suprir uma extinção do poder normativo, corroborando com a nossa opinião:

O poder normativo da Justiça do Trabalho foi um meio de intervenção Estatal originado por uma posição corporativista, que com um tempo acabou por se tornar eficaz para aquilo que foi proposto. Todavia há necessidade de se fortalecer as bases sindicais e atribuir às partes a negociação coletiva sobre normas e condições de trabalho, mantendo-se o Poder Judiciário na sua função genuína, que é a de interpretação da norma já existente.

De maneira a complementar a discussão, cabível se faz a reflexão do professor Cordeiro (2005, p. 81), ao estabelecer que:

É importante que se diga que, se não forem atribuídas responsabilidades

adicionais a nossas lideranças sindicais, certamente jamais vislumbraremos um sistema sindical moderno, democrático e atuante. A nossa sociedade habituou-se ao paternalismo estatal no que concerne à gestão dos grêmios empregatícios. É importante, pois, que tais instituições amadureçam, bem como, que as lideranças patronais entendam que também são responsáveis pela tão prolatada tranquilidade social.

É cediço que o poder normativo já cumpriu o seu papel histórico. O processo de modernização das relações empresariais e trabalhistas faz com que o poder normativo não seja mais elemento de equilíbrio nos conflitos coletivos de trabalho. Existindo, dentro do âmbito doutrinário e jurisprudencial, uma forte tendência de limitar ou excluir a atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho.

A Constituição Federal de 1988 e a “Reforma do Judiciário” concretizada através da Emenda Constitucional nº 45, tentou consagrar os novos anseios sociais e políticos. No que diz respeito aos conflitos coletivos, entendemos que, muitas foram as tentativas de impulsionar as entidades sindicais para atuarem com força produtiva, contribuindo para atingir o objetivo de dirimir os conflitos existentes entre os sujeitos da relação trabalhista.

Nesse sentido, vem se posicionando o legislador pátrio, em incentivar a autocomposição, como no artigo 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988, com as devidas alterações dadas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004:

Art. 114 § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (BRASIL, 2014)

Como é possível perceber, a EC nº 45/2004 limitou, consideravelmente, o poder normativo da Justiça do Trabalho, uma vez que, de agora em diante, o dissídio coletivo de natureza econômica somente poderá ser proposto se houver mútuo consenso, ou seja, se houver a concordância de ambos os entes sindicais.

A Justiça do Trabalho, neste caso, transformou-se numa espécie de juízo arbitral, somente podendo atuar e exercer o denominado poder normativo se ambas as partes concordarem com o ajuizamento do dissídio coletivo. Evidentemente, o objetivo do legislador constituinte foi estimular ainda mais a negociação coletiva, limitando, substancialmente, a intervenção da justiça laboral nos conflitos coletivos de trabalho.

Ainda, optando o legislador constituinte por restringir ainda mais o poder normativo da Justiça do Trabalho, mesmo que as entidades sindicais, de comum acordo, manejem o dissídio coletivo, deverá a Justiça Obreira respeitar os limites da lei e as

disposições convencionadas anteriormente.

3 DO CONTROLE DA LEGALIDADE DA GREVE

3.1 DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO “COMUM ACORDO” COMO REQUISITO PARA O EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO, ART. 114, § 2º

O poder normativo da Justiça do Trabalho, após ter sido modificado e, ao nosso ver, bastante reduzido, foi um dos principais responsáveis por acirradas e polêmicas discussões doutrinárias, principalmente no que tange ao texto do § 2º, art. 114, da Constituição Federal de 1988, onde prevê a necessidade do mútuo consenso para o ajuizamento do dissídio coletivo. Deste modo, até hoje, o principal ponto de discórdia que a redação do art. 114 em comento suscita é o famigerado “comum acordo” como requisito para o ajuizamento do dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho.

Assim, limitou-se o poder normativo da Justiça do Trabalho para admitir, apenas, as ações de dissídios coletivos que forem provocadas por ambas as partes, de comum acordo. Não há, portanto, no âmbito constitucional, a possibilidade do empregador ou os empregados ajuizarem, unilateralmente, o dissídio coletivo. A única hipótese de manifestação unilateral das ações de dissídio coletivo é, portanto, aquela prevista no § 3º do art. 114 da Constituição Federal, cuja competência é conferida ao Ministério Público, nos casos de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, hipótese que versaremos mais adiante de maneira mais detalhada.

Em que pese as grandes discussões sobre o poder normativo, a maior delas reside no fato de que, a restrição avaliada em detrimento da exigência do comum acordo, para impetração do dissídio coletivo, vai de encontro ou não, ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que estabelece: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. (BRASIL, 2014)

Respeitadas as opiniões em contrário, advogamos no sentido de que a locução “comum acordo”, no texto constitucional, não traz nenhuma inconstitucionalidade para o § 2º do art. 114 da Carta Magna de 1988. Não poderíamos atribuir inconstitucionalidade ao mencionado dispositivo sob a alegação de que impede o acesso das partes ao Judiciário. Ora, o próprio artigo 5º, inciso XXXV, enumera em que hipótese não poderá o Judiciário deixar de apreciar a pretensão do jurisdicionado: lesão ou ameaça de direito, apenas.

Em se tratando de dissídios coletivos, o que se confere aos Tribunais Trabalhistas pela Constituição Federal é o poder de dirimir conflitos coletivos de trabalho,

através da criação de novas e mais benéficas condições de trabalho, dentro dos limites impostos pela lei e pelas disposições convencionais. Não há no processo de dissídios coletivos a possibilidade de se julgar dano ou ameaça de direito.

Convém lembrar, que a atividade de estabelecer normas e condições melhores de trabalho, se confunde com atividade legislativa, a qual é atribuída de maneira peculiar à Justiça do Trabalho. Dessa forma, não podemos falar em atividade jurisdicional no exercício do poder normativo, mas sim, no exercício atípico da Justiça do Trabalho de legislar. Deste modo, a Justiça do Trabalho ao exercitar o poder normativo, não analisa ou interpreta um direito que já existe ou que tenha sido lesado, mas, faz nascer um direito, que seja capaz de estabelecer melhorias nas condições econômicas e sociais das entidades trabalhistas.

Assim, a Constituição vigente procurou impulsionar a negociação coletiva, como forma de atingir inúmeras vantagens ao sistema jurisdicional do país, tais como: fortalecimento dos sindicatos; desafogamento da Justiça do Trabalho com infinidade de dissídios coletivos ajuizados sem ao menos haver tentativa de acordos entre as partes; celeridade da celebração dos acordos bem como na Justiça do Trabalho pela diminuição de demandas; maior estabilidade social e menor nível de conflitos; melhor e maior adaptação ao caso concreto, uma vez que se leva em conta as particularidades de cada setor, entre outras.

Em contrapartida à nossa opinião e aos entendimentos de muitos autores que não encontram qualquer inconstitucionalidade na necessidade de “comum acordo” entre as partes para ajuizamento do dissídio coletivo, há fortes insurgências contra a obrigatoriedade do “comum acordo”, ao argumento, como já sabido, de que tal condição fere o princípio do livre acesso ao Judiciário, que são consubstanciadas em decisões divergentes e opiniões travadas por doutrinadores.

Süssekind (2005), manifestando-se em desacordo com a exigência do comum acordo, entende que o inalienável direito de acesso ao Judiciário justifica a instauração unilateral do dissídio coletivo, para que não se conclua o absurdo de que a Constituição objetiva estimular a deflagração de greve. Deve, assim, ser possível o ajuizamento por uma das partes, para que não seja imposto o apelo à greve aos trabalhadores, seja para forçar o empregador a consentir com o ajuizamento do dissídio, seja para, sendo atividade essencial, levar o Ministério Público a instaurar o dissídio.

Cumprir registrar, também, o posicionamento do Ministro Maurício Godinho Delgado, quando relator do processo nº 223/2008-909-09-00.4, julgado em 09/11/2009:

Finalizando, não parece adequado interpretar-se que a Constituição - o documento político e jurídico mais democrático já construído na história do país - queira instigar os trabalhadores à greve, querendo também acentuar o desequilíbrio entre capital e trabalho, pela desmesurada força que estaria conferindo ao silêncio ou recusa expressa empresarial à negociação coletiva ou arbitragem no plano das relações coletivas laborais. Os princípios constitucionais da proporcionalidade (este atenuando as diversas formas de exercício do poder) e da razoabilidade (este tornando equânimes as diretrizes fixadas pela ordem jurídica, consideradas as peculiaridades sociais), ambos princípios com decisivo assento na Carta Magna, também não autorizam, data vênua, outra interpretação para os preceitos constitucionais enfocados e o conjunto normativo da Constituição da República. Em consequência, frustrada a negociação coletiva trabalhista, e não realizada a arbitragem privada, e não escolhendo as partes coletivas trabalhistas em consenso mútuo ajuizar o dissídio coletivo para arbitragem judicial, surge a possibilidade jurídica de instauração pela parte coletiva que teve frustrada a busca da negociação e da arbitragem a pertinente figura do dissídio coletivo clássico, a se reger pelas regras do Capítulo IV do Título X da CLT, compatibilizadas com as diretrizes dos §§ 2º e 3º do artigo 114 da Constituição da República.

Ressalvado o entendimento pessoal de Maurício Godinho Delgado, a Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho (SDC) firmou jurisprudência no sentido de que o comum acordo constitui pressuposto processual atípico para a instauração do dissídio coletivo de natureza econômica, consoante o art. 114, § 2º, da Constituição Federal, que tem por objeto priorizar as negociações coletivas. Nesse sentido, citem-se os recentes julgados: RO-207-80.2011.5.04.0000 Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DEJT 23/11/2012, RO-3279-87.2010.5.12.0000, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, DEJT 23/11/2012, RO-20800-07.2010.5.17.0000, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT 23/11/2012, RO-67700-10.2007.5.15.0000, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, DEJT 23/11/2012, RO-212000-37.2008.5.04.0000, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, DEJT 19/10/2012, RO - 2021800-59.2009.5.02.0000, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 17/08/2012.

Como podemos perceber, não está pacificado o entendimento entre os juristas que têm se pronunciado acerca desse assunto, restando necessária uma decisão real de âmbito constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Claro que, a exigência do consenso entre as partes abrangidas pelo conflito coletivo de trabalho para a instauração do dissídio coletivo, importa num meio de restrição ao ajuizamento da ação, entretanto, nos posicionamos no sentido de que a medida serviu para incentivar e estimular a autocomposição, por ser, como já defendida, e pelos motivos realçados no capítulo anterior, uma maneira plausível de obter a solução do conflito, através da negociação livre entre os interessados.

Sendo assim, razão não há em se falar na inconstitucionalidade das mudanças implantadas no art. 114 da Constituição Federal, em seu §2º e na inserção do §3º, ambos voltados aos dissídios coletivos. Também não prospera a alegação da extirpação do

princípio da inafastabilidade da jurisdição, que consta no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Maior, pela obrigação do comum acordo para que haja conhecimento do dissídio instaurado.

A nossa Carta Magna e os Tribunais Trabalhistas, ao que podemos observar, vêm, com sapiência e efetividade, incentivando a negociação coletiva, a mediação e arbitragem, como forma de incitar a eliminação dos conflitos pelo ato volitivo das próprias partes envolvidas.

Após uma análise da construção do art. 114 da CF, temos que a negociação coletiva direta deve ser tentada para resolver os impasses e expor reivindicações pelas entidades representativas da classe dos trabalhadores e dos empregadores. Em não atingindo o objetivo colimado, estarão diante de um conflito coletivo, que poderá ser solucionado através da mediação de um terceiro, podendo as partes eleger árbitros com vistas à celebração do acordo ou convenção coletiva. Se, ainda assim, não houver êxito, as partes poderão, desde que de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo perante o Tribunal do Trabalho.

Na situação em que ainda persistisse o empecilho à negociação, os trabalhadores podiam ainda valer-se também do direito coletivo de greve, previsto constitucionalmente no art. 9º da Constituição Federal, que assim versa: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. (BRASIL, 2014)

Diante do exposto, podemos perceber que o poder normativo atribuído aos Tribunais Trabalhistas restou profundamente restringido com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004. O Legislador Reformador teve em mente a importante valorização da composição dos conflitos coletivos diretamente pelas partes envolvidas, uma vez que a alteração do texto constitucional privilegia a negociação direta entre os interlocutores sociais, deixando de lado a intervenção estatal, antes realizada pelo poder normativo atribuído à Justiça do Trabalho.

À primeira vista, pode parecer preocupante, diante da fragilidade da grande maioria das entidades sindicais, mas na verdade, a modificação do procedimento dos dissídios coletivos de natureza econômica representa um avanço, pois finalmente desvencilha a negociação coletiva da intervenção estatal, em favor da autonomia privada. A negociação coletiva, portanto, deve ser estimulada, ainda que, para tanto, se torne necessária a utilização de meios de autotutela, a exemplo da greve.

3.2 A PROBLEMÁTICA DA DECRETAÇÃO DA ILEGALIDADE DA GREVE PELOS TRIBUNAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ART. 114, § 3º

Relevante destaque merece o novo § 3º, do artigo 114, da Constituição Federal de 1988, que trouxe ao ordenamento jurídico a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para conhecer de ações que envolvam o exercício do direito de greve.

O § 3º, do art. 114, dispõe *ipsis literis*:

Art. 114 § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo a Justiça do Trabalho decidir o conflito. (BRASIL, 2014)

Assim, o poder normativo da Justiça do Trabalho continuou a existir na sua maneira precípua, porém apenas nos casos em que houver greve em serviços essenciais e possibilidade de prejuízo ao interesse público, onde o Ministério Público do Trabalho, detentor exclusivo dessa competência, poderá ajuizar dissídio coletivo, e assim, os Tribunais do Trabalho poderão, excepcionalmente, utilizar-se do poder normativo criando novas normas e condições com vistas à manutenção da paz social, desde que atendidos os limites legais e dispostos em convenções anteriores.

Entendemos que, o Ministério Público e só ele, é detentor do domínio legal para ajuizar dissídio coletivo nos casos de lesão ou ameaça ao interesse público da sociedade como um todo. Note-se que, o manejo do dissídio, pelo Ministério Público do Trabalho, agora somente será possível quando a greve ocorrer em atividade essencial, e, ainda assim, desde que se possa vislumbrar lesão ao interesse público.

A grande importância dada à ação intervencionista do Estado através utilização do Poder Normativo, justifica-se pela necessidade de amparar e proteger os direitos sociais atingidos. E o Ministério Público, atua buscando a solução para o restabelecimento das atividades essenciais e preservação dos direitos que foram atingidos ou que estão ameaçados pela greve. Temos que, nesta hipótese, há consagração do Poder Normativo nos moldes anteriores à modificação trazida pela Emenda em comento, na medida em que, é através da criação de novas normas e condições mais benéficas para o alcance do interesse social que haverá a decisão do dissídio coletivo.

A intervenção do Ministério Público para instauração do dissídio coletivo, limitam-se às greves em atividades essenciais, que causem ou possam causar lesão de direito. A Lei n. 7.783/89, em seu art. 10, dispõe sobre o exercício do direito de greve, definindo as atividades essenciais:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII – telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI compensação bancária. (BRASIL, 1989)

O art. 11 da mesma lei estabelece regra para garantir, de acordo com os descritos serviços ou atividades essenciais, durante a greve, a execução e prestação dos serviços inerentes a necessidades básicas e indispensáveis da sociedade:

Art. 11 Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. (BRASIL, 2014)

De tal modo, em caso de paralisação no oferecimento dessas atividades descritas em lei, haverá intervenção do Ministério Público para atuar na recomposição dos direitos da sociedade. Aqui, a suscitação do Ministério Público como atuante na defesa e proteção do interesse público supre a exigência do “comum acordo” das partes para que os Tribunais do Trabalho decidam o dissídio coletivo de greve.

Sendo assim, podemos afirmar que o previsto no § 3º do art. 114, da Carta Maior de 1988, limita a atuação do Ministério Público aos movimentos grevistas como único legitimado para tanto, desde que a greve ocorra em atividades essenciais e, ao mesmo tempo, que a greve implique em possibilidade de lesão ao interesse público.

Diante disto e do transcrito nas linhas supra, poderíamos indagar se uma empresa exercente de uma atividade considerada não essencial à sociedade, no caso de ser paralisada por seus trabalhadores, tem o direito de ajuizar o dissídio coletivo de greve perante a Justiça Trabalhista, postulando a respectiva prestação jurisdicional.

Inúmeras são as opiniões travadas em torno desse assunto, que não possui ainda um entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência. Dadas as suas peculiaridades, resta-nos o instigante desafio de traçar algumas das possíveis soluções, apresentando posicionamentos variados, que mais se amoldam à questão.

Inicialmente, não compartilhamos da ideia de que a titularidade da ação do Ministério Público do Trabalho em matéria de greve exclui a titularidade da mesma ação por empresas não exercentes de atividades essenciais e pelo próprio sindicato dos empregados delas. Isso porque a Constituição Federal de 1988, no caso de greve, nada versou acerca da legitimidade das partes para ajuizar o dissídio coletivo. Logo, não se pode dizer que, em ocorrendo greve, a legitimidade das partes para o dissídio coletivo

criada pela Lei nº. 7.783/89, conflite com a norma constitucional.

Repita-se que o texto constitucional somente tratou da legitimidade do Ministério Público do Trabalho, no caso de greve em serviço essencial, estando em pleno vigor, com relação às partes, o mencionado no art. 8º da Lei de Greve, salvo quanto à necessidade de comum acordo, como se verá mais adiante.

Tal entendimento harmoniza-se com o que dispõe o inciso II, art. 114, da Carta Magna de 1988, que determina ser da competência da Justiça do Trabalho o julgamento de todo e qualquer tipo de pretensão decorrente de um movimento grevista, inclusive do conflito de interesse subjacente a ele.

Considerando tais fundamentações, e levando-se em conta a possibilidade das partes intentarem o dissídio coletivo de greve em atividades tidas como não essenciais pela lei, importante se faz saber se o ajuizamento da respectiva ação prescinde, ou não, do comum acordo da outra parte, conforme preconiza o § 2º, do art. 114, da CF/88.

Garcia (2005, p. 15), entende não haver exigência de comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo de greve, fundamentando o seu posicionamento nas seguintes linhas:

(...) nota-se que o § 2º do art. 114 faz menção, apenas, ao dissídio coletivo de natureza econômica, nada regulando a respeito daquele decorrente de greve. Esta, aliás, é objeto de disposições processuais distintas e específicas, encontradas no inciso II do art. 114 e no seu § 3º, a serem analisadas em item seguintes. Portanto, o comando do § 2º do art. 114 não abrange o dissídio coletivo de greve, que possui regulamentação própria. Dessa forma, não há exigência de comum acordo para o ajuizamento desta modalidade de dissídio coletivo, permanecendo em vigor, neste aspecto, a disposição específica do art. 8º da Lei nº. 7.783/89, ao prever a possibilidade de instauração do dissídio coletivo, em caso de greve, por iniciativa das partes ou do Ministério Público, devidamente adaptado ao novo § 3º do art. 114 da CF/88.

Discordamos diametralmente destas posições que, debruçadas na hipótese constitucional acima transcrita, dispensou a exigência do comum acordo das partes, tanto para julgar a parcela econômica, como para decidir acerca da legalidade ou ilegalidade da atividade grevista suscitados no dissídio coletivo de greve.

Tal limitação evidencia-se até mesmo pela leitura do atual § 2º do art. 114 da Constituição, em que o legislador é claro e preciso quando faz exigência do mútuo consenso das partes como requisito para apreciação pelos Tribunais dos dissídios coletivos de natureza econômica.

Sob outro ponto de vista, alguns doutrinadores vêm se posicionando a favor da desconsideração do “comum acordo” quando o dissídio coletivo de greve se limitar apenas à apreciação da legalidade ou ilegalidade da atividade grevista. Nesse sentido é o

advogado Ripper (2006) que assim preceitua:

Nosso entendimento é que os Tribunais têm competência para processar e julgar os dissídios coletivos de greve (inciso II, do art. 114, CF), inclusive aqueles suscitados pelo Ministério Público (§ 3º, art. 114, CF), independentemente do *comum acordo* das partes, entretanto, *limitados à decisão da legalidade ou ilegalidade da atividade grevista*. Essa limitação evidencia-se pela leitura do atual § 2º do art. 114 da Constituição, em que o legislador é claro e preciso quando faz exigência do *comum acordo* das partes para apreciação pelos Tribunais dos dissídios coletivos de natureza econômica. Portanto, para decisão de qualquer parcela econômica é exigível a avença inequívoca das partes. Com efeito, após o julgamento da legalidade ou ilegalidade das greves, os Tribunais devem convocar as partes para a negociação coletiva. Somente se as partes avençarem comumente no prosseguimento do feito, poderão os Tribunais decidirem sobre as questões econômicas do dissídio coletivo.

Trata-se o dissídio de greve de um processo coletivo diferenciado, em que se observa tanto o aspecto declaratório, em decisão a respeito da abusividade ou não do exercício desse direito, como o aspecto econômico, pois a sentença normativa decide a respeito de novas condições de trabalho almejadas, com a incidência do poder normativo.

A conceituação supramencionada, adotada por Ives Gandra da Silva Martins, Andréa Presas Rocha, Raimundo Simão de Melo e por outros doutrinadores, pode nos levar ao pensamento de que a natureza jurídica do dissídio de greve, ou seja, aquela ação de natureza declaratória que supõe a apreciação do caráter abusivo da greve estaria à margem da exigência constitucional do comum acordo.

Data vênia, não é assim que pensamos, pois o dissídio coletivo de natureza jurídica, embora não haja necessidade do comum acordo para seu ajuizamento, seria aquela ação destinada a obter do Judiciário Trabalhista a interpretação ou aplicação de uma norma jurídica preexistente (lei formal, convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho, sentença normativa ou sentença arbitral). Na verdade, esta não é a natureza do dissídio de greve quando da apreciação do caráter abusivo do exercício do direito de greve. Logo, não podemos tratar do dissídio de greve e do dissídio jurídico como se fossem a mesma coisa, pois os dois se prestam à finalidade diversa no ordenamento jurídico trabalhista.

Podemos afirmar, que uma empresa exercente de atividade considerada não essencial à sociedade, na hipótese de ser paralisada por seus trabalhadores, tem sim o direito de ajuizar o denominado dissídio coletivo de greve perante a Justiça do Trabalho postulando a respectiva prestação jurisdicional, desde que, para tanto, haja o comum acordo entre as partes, conforme estabelece o § 2º, do art. 114, da Constituição Federal de 1988.

Diante disto, ainda poderíamos ter em mente o seguinte questionamento: A

greve deflagrada em uma atividade não essencial à sociedade deve ficar fora da apreciação do Poder Judiciário, caso não haja “comum acordo” entre as partes quando do ajuizamento do respectivo dissídio coletivo?

Melo (2002b, p. 55), analisando o Projeto de Reforma do Judiciário quando ainda se encontrava na Câmara dos Deputados, chegou a emitir opinião no sentido de que a deflagração de uma greve em uma atividade não essencial à sociedade deve ficar de fora da apreciação do Poder Judiciário, como expõe as seguintes linhas:

Nos dissídios de greve, em atividades essenciais, com possibilidade de lesão ao interesse público, caberá apenas ao Ministério Público do Trabalho ajuizar o dissídio coletivo. Em se tratando de greve em atividades não essenciais, não cabe a instauração de dissídio coletivo por quem quer que seja, ficando, portanto, vedado o poder normativo nessa seara de conflitos.

A priori, antes de trazermos à baila qualquer resposta, não podemos pensar que as empresas e empregados, neste caso, tenham que se digladiarem até a exaustão quando da ocorrência de um movimento grevista. Assim, é tomando como base tal afirmativa que o operador do direito deve centrar-se na busca de uma solução.

A declaração de abusividade ou regularidade da greve pode ser feita de duas maneiras: através do dissídio de greve, que como analisado, necessita do mútuo consenso das partes para o seu ajuizamento perante o segundo grau de jurisdição; ou ainda, através de uma ação ordinária declaratória, postulada perante o primeiro grau de jurisdição.

Portanto, possuem os juízes do trabalho de primeira instância competência para conhecer e julgar as ações ordinárias declaratórias postuladas por uma das partes, no intuito de se verificar a abusividade ou não do movimento grevista. Essa espécie de ação declaratória comum serve para que, em ocorrendo paralisação coletiva dos trabalhadores, as Varas de Trabalho declare a paralisação abusiva ou não abusiva. No caso de haver a primeira hipótese o empregador poderá dispensar os grevistas por justa causa.

Assim, podemos afirmar que a competência originária relativa ao conhecimento, processamento e julgamento das ações que envolvam o exercício do direito de greve, especialmente no que tange à declaração da abusividade ou não do movimento paredista, pertence à primeira instância. À segunda instância, nesta hipótese, se reserva a competência para os casos de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão ao interesse público, quando excepcionalmente o Ministério Público do Trabalho estará legitimado a ajuizar dissídio coletivo típico (§ 3º, do artigo 114,

da CF/88).

Tal afirmativa encontra respaldo no próprio texto constitucional, art. 114, inciso II, que diz ser da competência da Justiça do Trabalho o julgamento de todo e qualquer tipo de pretensão decorrente de um movimento grevista. O mencionado dispositivo trata precipuamente das ações individuais postuladas por empregados e empregadores, nesta condição, em virtude do exercício do direito de greve, porquanto das ações coletivas a que a greve também possa dar causa já tratam os §§ 2º e 3º, do art. 114, da Constituição Federal, como já observado.

Sob um ponto de vista interpretativo, podemos afirmar, ainda, que o texto da Constituição Federal de 1988 em comento, nada versou sobre a competência para julgamento das ações que envolvam o exercício do direito de greve, o que nos faz concluir que, em havendo omissão da lei em dizer a quem compete conhecer determinada matéria, deve a mesma ficar a cargo do órgão de primeiro grau.

Diante dos argumentos lançados, acreditamos que a questão da abusividade da greve é matéria de competência da Justiça do Trabalho de primeiro grau, somente atraída para o segundo grau, naquelas hipóteses em que o Tribunal Regional do Trabalho ou o Tribunal Superior do Trabalho devem intervir, ou seja, na greve em serviços essenciais, quando ajuizada a ação coletiva pelo Ministério Público, preenchidos os requisitos do art. 114, § 3º, da CF/88. Desta maneira, podemos afirmar, que a Justiça do Trabalho poderá ser acionada para aferir a legalidade de qualquer movimento grevista, seja em atividades essenciais ou não. Assim, podemos perceber que fortes alterações ocorreram no âmbito da Justiça do Trabalho com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004, principalmente no que se refere às relações coletivas e a greve.

Fecha-se, portanto, um ciclo, mas não se encerra a luta pelas transformações que realmente são imprescindíveis para tornar o Poder Judiciário acessível, democrático, transparente, ético e vocacionado para o mister de dizimar injustiças sociais perpetradas pelos detentores dos meios materiais para tanto. A interpretação dada ao dispositivo constitucional, desta forma, deve sempre velar pela busca da justiça, ou melhor, pelo direito ao seu acesso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, trouxe inovações para a propositura dos dissídios coletivos de interesse, que são aqueles que versam sobre condições de trabalho. A nova redação do artigo 114, § 2º, da Constituição Federal

de 1988, estabeleceu que a propositura do dissídio, nesse caso, deve ser por "comum acordo".

Não há, portanto, no novo âmbito constitucional, a possibilidade do empregador ou os empregados ajuizarem, unilateralmente, o dissídio coletivo. A única hipótese de manifestação unilateral das ações de dissídio coletivo é, portanto, aquela prevista no § 3º do art. 114 da Constituição Federal, cuja competência é conferida ao Ministério Público, nos casos de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 e os Tribunais Trabalhistas, ao que podemos observar, vêm, com sapiência e efetividade, incentivando a negociação coletiva, a mediação e arbitragem, como forma de incitar a eliminação dos conflitos pelo ato volitivo das próprias partes envolvidas. Ainda, na situação de persistir o empecilho à negociação, os trabalhadores podiam valer-se também do direito coletivo de greve, previsto constitucionalmente no art. 9º da Constituição Federal.

Com base nisso, o novel § 3º, do art. 114, da CF/88, dispõe que em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. Sendo assim, podemos afirmar que o previsto no dispositivo em análise, limita a atuação do Ministério Público aos movimentos grevistas como único legitimado para tanto, desde que a greve ocorra em atividades essenciais e, ao mesmo tempo, implique em possibilidade de lesão ao interesse público.

A titularidade da ação do Ministério Público do Trabalho em matéria de greve não exclui a titularidade da mesma ação por empresas exercentes de atividades não essenciais e pelo próprio sindicato dos empregados delas. Isso porque a Constituição Federal de 1988, no caso de greve, nada versou acerca da legitimidade das partes para ajuizar o dissídio coletivo. Logo, não se pode dizer que, em ocorrendo greve, a legitimidade das partes para o dissídio coletivo criada pela Lei nº. 7.783/89, conflite com a norma constitucional.

Podemos afirmar, desta forma, que uma empresa exercente de atividade considerada não essencial à sociedade, na hipótese de ser paralisada por seus trabalhadores, tem sim o direito de ajuizar o denominado dissídio coletivo de greve perante a Justiça do Trabalho postulando a respectiva prestação jurisdicional, desde que, para tanto, haja o comum acordo entre as partes, conforme estabelece o § 2º, do art. 114, da Constituição Federal de 1988.

No que se refere à declaração de abusividade ou regularidade da greve

podemos dizer que a mesma pode ser feita de duas maneiras: através do dissídio de greve, que como analisado, necessita do mútuo consenso das partes para o seu ajuizamento perante o segundo grau de jurisdição; ou ainda, por meio de uma ação ordinária declaratória, postulada perante o primeiro grau de jurisdição.

Assim, no caso de não haver “o comum acordo”, podem as partes valer-se de uma ação ordinária declaratória, perante o primeiro grau de jurisdição, no intuito de se verificar a abusividade ou não do movimento grevista. Tal espécie de ação declaratória comum, portanto, serve para que, em ocorrendo paralisação coletiva dos trabalhadores, as Varas de Trabalho declarem a paralisação abusiva ou não abusiva. No caso de haver a primeira hipótese o empregador poderá dispensar os grevistas por justa causa.

Não podemos pensar que as empresas e empregados, neste caso, tenham que se digladiarem até a exaustão quando da ocorrência de um movimento grevista. O acesso à Justiça é uma garantia protegida pela Carta Magna, que deve ser conferido sempre quando da interpretação de uma lei.

O tema, ainda não está pacificado, e até que o Supremo Tribunal Federal se posicione, os operadores do direito vêm formulando opiniões sobre o assunto, que reserva, como vimos, infindáveis e interessantes debates. A interpretação da Constituição não é uma tarefa simples, porque não é examinar um texto de lei comum, mas de um texto que contém princípios e preceitos básicos de todas as matérias de importância jurídica, política, econômica, social e cultural.

Em contrapartida à dificuldade que existe em interpretarmos um assunto novo e polêmico, está o instigante desafio em contribuir para o mundo jurídico com pensamentos e ideias. O debate está só se iniciando, não existindo aqui qualquer pretensão de oferecer respostas definitivas às indagações anteriormente levantadas, mas sim estimular ao operador do direito uma busca incessante pela justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional n.º. 45, de 31 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial**

da República Federativa do Brasil. Brasília, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____, Decreto-lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, 09 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 01 out. 2014.

_____, Lei nº. 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, 28 jun. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7783.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Fundamentos do direito processual do trabalho brasileiro.** São Paulo: LTr, 2005.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. Relações Coletivas e Sindicais - novas competências após a EC-45. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 21, 31/05/2005 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>. Acesso em 01/10/2014.

GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. Limites do poder normativo da Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4864>>. Acesso em: 01 out. 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma do poder judiciário: o dissídio coletivo da justiça do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v.69, n. 1, p.64, jan. 2005.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo coletivo do trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro.** São Paulo: LTr, 2006. _____, **Dissídio Coletivo de Trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.

RIPPER, Walter Willian. Poder normativo da Justiça do Trabalho: análise do antes, do agora e do possível depois. **Revista LTr.** São Paulo, v. 69, n. 7, p. 25, jun. 2005.

ROCHA, Andréa Presas. **Dissídios coletivos:** modificações introduzidas pela emenda constitucional nº. 45/2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8147>>. Acesso em: 01 out. 2014.

ROMITA, Arion Sayão. O Poder Normativo da Justiça do Trabalho: antinomias constitucionais. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, vol. 65, n. 03, p. 845, mar. 2001.

SILVA, Thais Borges da. A nova configuração dos dissídios coletivos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 77, 01/06/2010 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em: 01 out. 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000a, v.2.

_____, Do ajuizamento dos dissídios coletivos. **Revista LTr**. São Paulo, v. 69, n. 09, p. 1031-1032, set. 2005b.

CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE: crítica à posição do Supremo Tribunal Federal

Jimmy Matias Nunes

Advogado

Sérgio Cabral dos Reis

Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Máster em *Teoría Crítica en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide – Espanha. Professor da UEPB, UNIPÊ, ESMAT XIII, ESMATRA VI, ESA-PB, FESMIP-PB. Juiz do Trabalho na Paraíba.
e-mail: sergio.juiz@gmail.com

RESUMO

Este artigo tem como tema central o controle jurisdicional de convencionalidade das normas, cuja abordagem é feita através do correto estudo da hierarquia que os tratados internacionais de direitos humanos e os tratados comuns ocupam no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, são expostos nesta obra os principais conceitos sobre os tratados internacionais, principalmente no que diz respeito a sua integralização ao direito interno do país e a responsabilidade internacional acarretada pelo descumprimento destes documentos normativos internacionais. Adiante, realizamos uma exposição sobre o equivocado entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia que os tratados internacionais possuem no ordenamento jurídico brasileiro, e sobre as incongruências decorrentes daquele entendimento. Ato contínuo, apresentamos a teoria do controle jurisdicional de convencionalidade das normas, onde oferecemos uma acertada interpretação aos §§ 2.º e 3.º do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, de modo que adotamos a tese da hierarquia dos tratados defendida pelo doutrinador Valerio de Oliveira Mazzuoli. Diante do estudo e da análise das teses conflitantes sobre o tema, concluiu-se, neste trabalho, que todos os tratados de direitos humanos em vigor no país possuem *status* de norma constitucional, servindo, portanto, de parâmetro para o controle difuso de convencionalidade das normas. Ademais, os tratados de direitos humanos aprovados pela maioria qualificada daquele mesmo § 3.º possuem *status* de norma formalmente constitucional, de modo que, apenas estes constituem paradigma para o controle concentrado de convencionalidade. Concluiu-se, também, que os tratados de conteúdo comum possuem hierarquia supralegal, servindo de fundamento para o controle da supralegalidade das leis. Logo, depreendemos, neste trabalho, que o controle de convencionalidade, apesar de pouco discutido e conhecido em nosso país, é plenamente aplicável ao sistema jurídico brasileiro, como forma de resguardar o Estado da responsabilização internacional pelo descumprimento das normas plasmadas nos tratados internacionais de direitos humanos por ele ratificados.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Hierarquia constitucional. Controle de convencionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O período do pós-guerra foi marcado por profundas mudanças no pensamento jurídico dominante da época. A principal dessas mudanças foi o desprestígio do normativismo kelseniano e a introdução, na ciência jurídica, de valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana, de modo que iniciou-se, a partir de então, *um movimento expansionista dos direitos humanos*.

No Direito Internacional, por influência daquele movimento expansionista, foram celebrados diversos tratados internacionais, com a finalidade de proteger e garantir

aqueles direitos humanos fundamentais no *âmbito interno dos Estados* (principais Sujeitos de Direito Internacional). Tais tratados, de acordo com a Convenção de Viena de 1969 (em pleno vigor no Brasil), *possuem força obrigatória*, isto é, não constituem meras recomendações políticas. Entretanto, não raras as vezes, estes documentos internacionais são ostensivamente desconsiderados pelos Estados, os quais, inclusive, produzem leis totalmente incompatíveis com aqueles instrumentos normativos supranacionais, fato este capaz de gerar a responsabilidade daqueles Sujeitos de Direito Internacional.

O controle jurisdicional interno da convencionalidade das normas representa mais um instrumento disposto aos Estados para que os mesmos cumpram as normas por eles voluntariamente estabelecidas nos tratados internacionais. Isto é assim porque, através do referido controle, o Estado será capaz de analisar a compatibilidade entre suas normas internas e os tratados internacionais por ele ratificados e internalizados. Ao verificar a incompatibilidade, a norma interna deverá ser declarada *inválida*, sendo, portanto expurgada do ordenamento jurídico interno, concretizando, assim, *o princípio da primazia do Direito Internacional*, previsto expressamente no art. 27 da Convenção de Viena de 1969.

É importante ressaltar que, para que seja possível a introdução de um controle de convencionalidade, os tratados internacionais devem possuir *hierarquia de norma constitucional* dentro do Estado. Desse modo, deverão as normas internas guardar compatibilidade material e formal com a Constituição do Estado (controle de constitucionalidade) e com os tratados internacionais por ele ratificados (controle de convencionalidade).

No Brasil, apesar de todas as exigências internacionais sobre o tema, conforme será visto adiante, o controle de convencionalidade das normas ainda se mostra *tímido e pouco desenvolvido* pela doutrina e pela jurisprudência. Inclusive, vale salientar, não existe sequer um posicionamento jurisprudencial e doutrinário pacífico no que se refere ao *status* que os tratados internacionais ocupam no ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 466.343-1/SP, infelizmente não ofereceu uma solução satisfatória à problemática existente.

Diante de todo o exposto, poderíamos *nos indagar se é possível, no Brasil, a inserção de um sistema de controle jurisdicional difuso e concentrado da convencionalidade das normas internas*. Desse modo, nesta monografia, buscaremos oferecer uma solução ao referido questionamento, através da análise dos principais conceitos sobre os tratados internacionais, o processo de internalização e a hierarquia

destes tratados no ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, sobre a teoria do controle de convencionalidade das normas, cujo principal defensor, no Brasil, é o doutrinador Valerio de Oliveira Mazzuoli.

Este trabalho mostra-se de extrema *importância jurídica*, pois contribuirá para o esclarecimento daquela questão, que ainda gera bastante divergência entre os estudiosos que se propuseram a estudá-la. Além disso, é também de extrema *relevância social*, porque, com a solução do problema proposto, ofereceremos mais um instrumento de concretização dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro, através do controle de convencionalidade das normas. Ademais, com a adoção da teoria por nós exposta, o Brasil se igualará ao nível de vários outros países latino-americanos, os quais já estão em um estágio bastante avançado no que se refere a realização daquele novo controle de normas. Por fim, este trabalho também é de indubitável *interesse científico*, pois só vem a acrescentar outros que já se dedicaram ao tema proposto, contribuindo, assim, para a construção do conhecimento científico, o qual nunca se conforma com o *statu quo*, necessitando sempre de mais reflexões e aprimoramentos.

Finalmente, a pesquisa que foi realizada neste trabalho classifica-se como bibliográfica, pois teve como subsídios para a coleta de dados livros, legislações, jurisprudências e outros trabalhos referentes ao tema proposto.

2 HISTÓRICO DOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE DAS NORMAS

2.1 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É imprescindível, para o estudo histórico do controle de constitucionalidade, fazermos uma breve exposição sobre o movimento conhecido como *Neoconstitucionalismo*, o qual foi determinante para a criação de sistemas de controle de constitucionalidade das normas e dos atos normativos. É importante evidenciar que trataremos de tal movimento sob o ponto de vista ocidental, visto que o mesmo, assim como o *constitucionalismo*, não se fez presente, com a mesma força e intensidade, em todos os Estados, de modo que nem todos “percorreram os mesmos caminhos ou se encontram no mesmo estágio institucional. Aliás, bem ao contrário, em muitas partes do mundo – talvez na maior parte – o ideal constitucional e a luta pela liberdade ainda são uma aventura em curso” (BARROSO, 2009, p. 6).

O Neoconstitucionalismo nada mais é que uma reação aos horrores e atrocidades praticados na Segunda Guerra Mundial, onde inúmeros direitos humanos,

muitos deles previstos em textos constitucionais, foram explicitamente violados. As constituições da Alemanha (1949), da Itália (1947), de Portugal (1976), da Espanha (1978) e a do Brasil (1988), todas sofreram fortes influências do movimento neoconstitucionalista.

Até o fim da Segunda Guerra Mundial, as constituições até então existentes não possuíam força normativa e os direitos fundamentais nelas previstos não passavam de meras recomendações que não vinculavam o legislador, muito menos os governantes. Na prática, a principal fonte do direito, na época, eram os atos legislativos, de modo que a Constituição ocupava apenas um papel figurativo no ordenamento jurídico dos Estados.

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX (SARMENTO, 2012, p. 5).

Assim, o referido movimento teve como finalidade principal *atribuir força normativa às constituições, concretizando, conseqüentemente, os direitos e garantias fundamentais nelas previstos*. Enquanto que o “caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de liminar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais” (LENZA, 2009, p. 09 e 10).

Com o neoconstitucionalismo, a Constituição passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, devendo ser observada e respeitada por todos os poderes constituídos, visto que passou a vigorar o princípio da *supremacia da constituição*. Atualmente, “entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis” (SARMENTO, 2012, p. 5). Destarte, todos os poderes constituídos, e todos os atos e normas deles provenientes, devem observar e respeitar os ditames estabelecidos explícita e implicitamente na Carta Magna, pois esta constitui seu fundamento de validade e de legitimidade. A Constituição não mais significa mero conjunto de recomendações, mas, a partir do neoconstitucionalismo, passa a ter verdadeira *força normativa e irradiante dentro do ordenamento jurídico interno do Estado*.

Sem embargo do acima aduzido, de nada adiantaria erigir a Constituição ao centro do ordenamento jurídico e atribuir-lhe força normativa, se não existisse um sistema

que verificasse a adequação das normas e dos atos normativos aos preceitos estabelecidos na Carta Magna. Assim, nos *Estados Unidos da América* e na *Áustria*, foram criados dois modelos de controle de constitucionalidade, um *difuso* e um *concentrado*, respectivamente, os quais serviram de inspiração para o modelo adotado pelo Brasil (modelo misto). É o que estudaremos em seguida.

O controle difuso de constitucionalidade, ou o sistema americano de controle de constitucionalidade, é aquele que é efetuado por todos os juízes e tribunais em determinado caso concreto. Tal sistema tem origem histórica no emblemático caso *Marbury v. Madison*, o qual foi julgado em 1803 pela Suprema Corte norte-americana.

No referido caso, *William Marbury* acionou o Secretário de Estado americano *James Madison*, através do *writ of mandamus*, para que este último efetuasse a sua nomeação no cargo de juiz de paz do Condado de Washington. No julgamento da contenda, o juiz John Marshall, presidente da Suprema Corte dos EUA na época, enfrentou um conflito entre o art. 13 da Lei Judiciária de 1789 (que atribuía à Suprema Corte competência originária para o julgamento do *mandamus*) e a Constituição Americana (a qual não estabelecia aquela competência da Corte).

Destarte, naquele julgamento histórico, ficou decidido que o referido dispositivo legal era inconstitucional, cabendo à Corte a função de resguardar a Constituição, controlando e interpretando os atos legislativos de modo a verificar sua compatibilidade com a Lei Maior.

O modelo norte-americano foi aprimorado por outras decisões da Corte, mas a doutrina acabou ganhando espaço em outros Estados, que entenderam a importância de uma corte exercer a função de guardião do documento que organizava o Estado e trazia uma “declaração de direitos” (TREVISAN; AMARAL, 2009, p. 8).

Sendo assim, o caso *Marbury v. Madison* concebeu o conhecido controle difuso de constitucionalidade, no qual, qualquer juiz ou Tribunal pode deixar de aplicar uma lei que entenda ser inconstitucional, quando estiver diante de um caso concreto.

O controle concentrado é aquele que outorga a função de controle de constitucionalidade das normas a um órgão específico, não a todos os juízes e Tribunais, como ocorre no controle difuso. Este modelo teve origem na *Áustria*, em 1920, onde, sob a influência da doutrina de Hans Kelsen, foi criado o Tribunal Constitucional Austríaco, o qual tinha a competência exclusiva de realizar o referido controle. Sobre este tema:

O modelo concentrado teve sua origem na *Áustria*, em 1920, sob a influência do jurista Hans Kelsen. Para Kelsen, a fiscalização da validade das leis representava

tarefa especial, autônoma, que não deveria ser conferida a todos os membros do Poder Judiciário, já encarregados de exercerem a jurisdição, mas somente a uma Corte Constitucional, que deveria desempenhar exclusivamente essa função (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 19).

Logo, na Áustria foram lançadas as bases do controle concentrado de constitucionalidade, em que um único órgão é competente para verificar a compatibilidade entre as normas legisladas e os preceitos constitucionais.

No Brasil, foram adotados ambos sistemas de controle de constitucionalidade, com as suas peculiaridades, de modo que vivenciamos um modelo misto de controle.

2.2 HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O Direito Internacional é o ramo da Ciência Jurídica que regula as relações internacionais entre os considerados Sujeitos de Direito Internacional, cuja finalidade é garantir a estabilidade e a cooperação entre estes sujeitos. De um direito arcaico, cujo registro mais antigo se encontra na mesopotâmia, no ano 3.100 a.C, atualmente possui papel de destaque na Ciência do Direito e nas relações internacionais, regulando a convivência entre os Estados soberanos (e também entre outros Sujeitos de Direito Internacional), e influenciando, inclusive, o Direito Interno desses Estados.

Como melhor será visto adiante, os tratados internacionais compõem uma das mais importantes fontes do Direito das Gentes, visto que constituem instrumentos utilizados pelos Sujeitos de Direito Internacional para criar, modificar, regular e/ou extinguir direitos e/ou obrigações no ordenamento jurídico supranacional.

Entretanto, apesar da extrema importância dos mencionados tratados nos dias atuais, observa-se que os mesmos (*os quais muitas vezes resguardam importantes direitos humanos*) são explicitamente violados pelos referidos sujeitos, principalmente pelos Estados, através de suas *leis* e atos administrativos internos.

Destarte, diante das graves violações acima aduzidas, fez-se necessária a elaboração de um sistema de controle interno nos Estados, diferente do já conhecido controle de constitucionalidade (mas a ele complementar), o qual seria utilizado para *aferrir a compatibilidade entre as leis internas com as normas pactuadas nos tratados internacionais. Assim:*

é lícito entender que, para além do clássico 'controle de constitucionalidade', deve ainda existir (doravante) um 'controle de convencionalidade' das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, 2013, p. 79)

O controle de convencionalidade, portanto, seria o sistema utilizado internamente pelos Estados para aferir a compatibilidade entre as leis internas e os tratados internacionais (que no caso do Brasil, se daria apenas com os tratados de direitos humanos, conforme adiante será estudado) que vigoram no ordenamento jurídico interno.

A França, de acordo com Mazzuoli (2013, p. 88), foi o país pioneiro em idealizar um controle de convencionalidade e em diferenciá-lo do clássico controle de constitucionalidade das normas. Tal fato ocorreu na decisão n.º 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, quando o Conselho Constitucional francês entendeu não ser competente para julgar a compatibilidade entre as leis internas do país e a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, visto que aquele órgão seria competente apenas para realizar o controle de constitucionalidade das normas.

No Brasil, muito provavelmente, a primeira vez em que foi examinado o tema do controle de convencionalidade foi em julho do ano 2000, através do jornal “Associação Juízes para a Democracia, “em pequena nota sem indicação de autoria, intitulada ‘Direito ao duplo grau de jurisdição e o controle da convencionalidade das leis” (MAZZUOLI, 2013, p. 86). Sendo assim, podemos concluir que *o controle de convencionalidade das normas, no Brasil, ainda se mostra tímido e pouco desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência.*

3 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

3.1 ASPECTOS CONCEITUAIS

Como todo ramo jurídico, o Direito Internacional possui suas próprias fontes. A principal delas é o costume internacional, pois é nele que se encontra a maioria das normas de Direito Internacional, inclusive as suas normas fundantes, que lhe dão validade e obrigatoriedade (*Pacta Sunt Servanda e a Boa-fé*). Contudo, o costume peca por não conferir certeza e segurança nas relações internacionais, inclusive é de difícil comprovação, fato este que faz com que haja uma preferência na elaboração e aplicação dos tratados internacionais. De fato:

El decaimiento de la costumbre obedece a un inconveniente adicional. El hecho de que la costumbre sea por lo general imprecisa, no escrita y poco difundida, ha generado que resulte difícil de prueba, lo que a su vez ha traído como consecuencia un proceso de codificación destinado a remediar este

*inconveniente*¹ (TALAVERA; MOYANO, 2003, p. 109).

Assim sendo, no Direito Internacional, os tratados assumem importante papel, *havendo preferência na sua aplicação*, pois possuem o atributo da segurança jurídica, o qual é importantíssimo para a estabilidade das relações internacionais.

O tratado internacional constitui um gênero que abrange o pacto, o acordo, o protocolo, a convenção, dentre outros, e pode ser conceituado como o acordo de vontades entre dois ou mais Sujeitos de Direito Internacional com capacidade para celebrá-lo, realizado de forma verbal ou escrita, regido pelo Direito Internacional, cuja finalidade é criar, modificar, regular e/ou extinguir direitos e/ou obrigações no ordenamento jurídico internacional. É importante esclarecer que, apesar de o indivíduo ser considerado como Sujeito de Direito Internacional, sua capacidade é limitada, de modo que, *atualmente, só quem possui capacidade para celebrar tratados são os Estados e as organizações internacionais*.

Para regular os tratados internacionais foi celebrada uma convenção específica: *a Convenção de Viena de 1969*. Este tratado foi promulgado, no Brasil, pelo Presidente da República em 14 de dezembro de 2009, e o seu estudo e análise é de suma importância, pois este instrumento normativo trata da elaboração e aplicação dos tratados, embora quase tudo o que tenha sido codificado por esta convenção seja costume internacional, apenas com algumas inovações. Assim:

Em 1969, foi assinada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, principal instrumento internacional voltado a reger a elaboração e aplicação dos tratados. [...] como a Convenção de Viena de 1969 apenas consolida normas costumeiras, sua aplicação não é problemática no Brasil (PORTELA, 2010, p. 91).

Com caráter jurídico e força obrigatória, os tratados internacionais não podem ser considerados como simples mandamentos políticos, não vinculantes. Por conseguinte, as obrigações estabelecidas em um tratado vinculam os sujeitos que o pactuaram e os seus destinatários, *de modo que aquele que não observar as suas normas estará sujeito à responsabilidade internacional*, ou seja, lhe poderão ser aplicadas diversas sanções.

Sobre a obrigatoriedade dos tratados, dispõe o art. 26 da Convenção de Viena de 1969, *in verbis*: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. *Esta norma nada mais fez que tornar escrito o costume internacional do Pacta Sunt Servanda, o qual constitui fundamento do Direito Internacional*.

¹ A decadência do costume é devida a um inconveniente adicional. O fato de que o costume seja por geral impreciso, não escrito e pouco difundido, resulta que o mesmo seja de difícil prova, o que, por sua vez, traz como consequência um processo de codificação destinado a solucionar este inconveniente (tradução nossa).

Existem tratados, vale salientar, que produzem consequências inclusive para sujeitos que não participaram de sua celebração, como ocorre, por exemplo, com a Carta das Nações Unidas, a qual prevê a possibilidade de existirem ações contra Estados que representem ameaça à estabilidade regional ou mundial, mesmo que não tenham aderido àquela carta. Também é importante esclarecer que a característica da obrigatoriedade não é exclusiva das normas oriundas de tratados internacionais.

3.2 DA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO DO ESTADO

Não há como negar que o Direito Internacional, assim como já defendiam Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionisio Anzilotti, na Itália, *é um sistema ontologicamente distinto do Direito Interno dos Estados*, pois ambos possuem características, sujeitos, princípios, objetivos, âmbito de aplicação e normas fundantes distintos. Com efeito:

se puede decir que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos ordenamientos distintos. El conjunto de características señaladas hacen que el Derecho Internacional tenga una verdadera naturaleza propia, que responde además a las características particulares de los sujetos que relaciona: entre las que resalta la soberanía² (GIADALAH, 2009, p.1000).

Note-se que tal entendimento não é amplamente aceito na doutrina, pois parte dela, seguindo o pensamento kelseniano, entende que não há independência entre o Direito Internacional e o Direito Interno, constituindo ambos, portanto, um único sistema. *Contudo, o presente trabalho parte da premissa de que existe sim uma dualidade entre ambos os direitos, a qual pode ser explicada pela Teoria Tridimensional do Direito.*

A Teoria Tridimensional do Direito, que tem Miguel Reale como seu principal expoente no Brasil, é utilizada para descrever e fundamentar o Direito Interno da seguinte maneira, resumidamente: as relações intersubjetivas são valoradas pelo Estado, o qual transformará tal valoração em normas jurídicas, as quais deverão influenciar e comandar novas relações intersubjetivas (fato, valor e norma). Assim, a existência do Direito Interno está condicionada à observância desses três elementos, os quais jamais poderão ser considerados separadamente.

Conforme dito anteriormente, a supracitada teoria também serve de fundamento para a existência do Direito Internacional, pois *é inegável que existe uma*

² Pode-se dizer que o Direito Internacional e o Direito Interno são dois ordenamentos distintos. O conjunto de características indicadas fazem com que o Direito Internacional tenha uma verdadeira natureza própria, que responde também às características particulares dos sujeitos que relaciona: entre elas, se ressalta a soberania (tradução nossa).

vida internacional (relações internacionais) que é valorada pelos Sujeitos de Direito Internacional, de modo que esta valoração é transformada em normas jurídicas internacionais que regularão a atuação e convivência entre esses mesmos sujeitos. Ademais, as normas de Direito Internacional são plenamente válidas e obrigatórias, pois, ao criá-las, esses mesmos sujeitos assim decidem. Em suma:

el Derecho Internacional puede ser descrito como la interacción entre un conjunto de relaciones de los sujetos de Derecho Internacional, las valoraciones de aquellas, hechas por ellos mismos, y las normas jurídicas internacionales donde se plasman esas relaciones valoradas³ (PUERTAS, 2009, p. 1001).

Foi dito anteriormente que o Direito Interno e o Direito Internacional constituem sistemas distintos. Todavia, é importante ter em mente que isso não significa que eles não se comuniquem em várias situações. *Assim, haverá casos em que a celebração de um tratado internacional exigirá a adoção de medidas dentro dos próprios Estados, muitas vezes através de alterações em seus ordenamentos jurídicos. Desse modo:*

o estabelecimento de compromissos internacionais necessariamente impõe contrapartidas dentro dos Estados. A título de exemplo, um tratado que visa a combater o tráfico ilícito de entorpecentes pode impor medidas como a destruição de aeroportos clandestinos, que obviamente só podem ser tomadas dentro do território dos entes estatais envolvidos. As convenções internacionais de direitos humanos obrigam os Estados a proteger a dignidade dos indivíduos que vivam sob sua jurisdição. Por fim, um acordo sobre imunidades diplomáticas aplica-se exatamente no espaço geográfico do ente onde se encontram diplomatas estrangeiros (PORTELA, 2010, p.121).

Diante do fenômeno acima retratado, surge um grande problema na ciência jurídica, pois, a partir de então, *exige-se a convivência de dois sistemas jurídicos distintos em um único Estado e, de acordo com a concepção unitária do Direito*, amplamente adotada na atualidade, dentro de um Estado somente pode existir um Direito, o qual é formado por normas organizadas de forma hierarquizada, as quais inadmitem contradição entre si. Assim, vale transcrever o seguinte ensinamento:

Hasta aquí, se tiene que en un Estado debe existir solo un ordenamiento vigente, ya que ese Estado es el que monopolizará la creación de ese único Derecho. Por ello, cuando se pretende relacionar el Derecho Interno con el Internacional, dos órdenes normativos distintos, se presenta la posibilidad de un conflicto que rompería con la concepción unitaria de <<un Estado, un Derecho>>⁴ (GIADALAH, 2005, p. 444)

³ O Direito Internacional pode ser descrito como a interação entre um conjunto de relações dos sujeitos de Direito Internacional, as valorações daquelas relações, feitas por aqueles mesmos sujeitos, e as normas jurídicas internacionais onde se expressam essas relações valoradas (tradução nossa).

⁴ Até aqui, temos que em um Estado deve existir somente um ordenamento vigente, já que esse Estado é o que monopolizará a criação desse único Direito. Por isso, quando se pretende relacionar o Direito Interno com o Internacional, duas ordens normativas distintas, surge a possibilidade de um conflito que romperia com a concepção unitária de “um Estado, um Direito” (tradução nossa)

Para remediar a problemática apresentada, de modo a manter, portanto, a ideia unitária do direito e a evitar a contradição dentro do sistema interno, *foi criada a teoria da incorporação ou internalização*, que nada mais é que a absorção das normas oriundas de um tratado internacional pelo ordenamento jurídico interno de cada Estado, atribuindo-lhes, assim, um *status* dentro desse mesmo ordenamento, assim como ocorre com qualquer outra norma interna.

Após serem incorporadas as normas internacionais, serão elas aplicadas diretamente a todas as pessoas que estiverem submetidas ao ordenamento jurídico do Estado que as internalizou e, inclusive, poderão ser invocadas por estas mesmas pessoas nas instâncias judiciais. Desse modo:

Com a incorporação, os tratados podem ser invocados por qualquer pessoa natural ou jurídica dentro do território de um ente estatal e podem orientar e fundamentar as ações e decisões dos órgãos e autoridades nacionais dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (PORTELA, 2010, p. 121).

Por conseguinte, as normas internalizadas deverão ser utilizadas como fundamento para as ações e decisões de todos os poderes e autoridades do Estado.

Cada Estado é livre para estabelecer como ocorrerá a incorporação. Destarte, um Estado poderá prever um processo interno de incorporação; poderá dispensar qualquer processo, havendo assim a incorporação automática da norma internacional; e poderá, até mesmo, nada estabelecer, cabendo à jurisprudência a tarefa de definir como se dará o referido processo. Diante de tal fato, foram pensados pela doutrina dois sistemas de incorporação: *a) o sistema monista, modelo da introdução automática ou ainda modelo da aplicabilidade imediata; e b) o sistema dualista ou modelo tradicional.*

No sistema monista, o Direito Internacional e o Direito Interno são considerados como um único sistema, de modo que dispensa-se qualquer processo de internalização dos tratados internacionais, passando os mesmos a vigorar no ordenamento jurídico interno no mesmo momento em que o acordo entra em vigor no plano internacional. É válido atentar para o fato de que, neste modelo, o procedimento necessário para a celebração do tratado no âmbito internacional deverá ser plenamente observado. *O que é dispensado, de acordo com o sistema monista, é apenas um procedimento interno de incorporação.*

O sistema dualista admite que o Direito Internacional e o Direito Interno são sistemas distintos, conforme o inicialmente exposto. Assim, neste modelo de incorporação de normas, além do procedimento internacional de celebração dos tratados internacionais, o Direito Interno de determinado Estado prevê um método de

internalização do tratado celebrado, ou seja, este não vigora automaticamente no plano interno. Segundo Portela (2010, p. 121), “Pelo modelo tradicional de internalização dos atos internacionais, a introdução do tratado na ordem interna está subordinada ao cumprimento pela autoridade estatal de um *ato jurídico especial*” (grifo nosso).

No Brasil, foi adotado o sistema dualista (embora um pouco mitigado). Isto posto, determinado tratado internacional começa a vigorar no plano interno *após a promulgação do mesmo pelo Presidente da República*, que será feita por meio de decreto, o qual ordenará a aplicação do ato internacional no âmbito nacional e a publicação do mesmo no Diário Oficial da União.

Além de definir como se dará a incorporação das normas internacionais no âmbito interno, os Estados deverão também estabelecer que *status* tais normas ocuparão em seus respectivos ordenamentos jurídicos, visto que, hodiernamente, vigora o sistema do escalonamento normativo, em que as normas jurídicas são organizadas em um sistema hierarquizado, onde a ordem menor, para ser válida, deve ser compatível com a ordem maior, de modo que todo o sistema encontra fundamento em uma Norma Fundamental.

Diante de todo o exposto nas linhas anteriores, o sistema de incorporação parece ter colocado fim a qualquer problema de aplicação das normas de Direito Internacional no âmbito interno dos Estados. Entretanto, isso não aconteceu, pelo contrário, *criaram-se conflitos e incongruências que até os dias atuais divide a doutrina e a jurisprudência em todo o mundo.*

A problemática do sistema de incorporação ocorre pela seguinte constatação: ambos os modelos de internalização, tanto o monista quanto o dualista, tentam transformar em um único sistema dois ordenamentos jurídicos (internacional e interno) que, conforme o exposto inicialmente, *são ontologicamente distintos*. Conseqüentemente, diante de tal modelo de incorporação, hoje adotado pelo Brasil e por uma grande maioria de países, *sempre o Estado vai se ver obrigado a respeitar a dinâmica de um ordenamento em detrimento do outro* (esta problemática não é objeto de estudo deste trabalho. Assim, não teceremos maiores considerações sobre ela).

3.3 DA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os Estados, no processo de internalização dos tratados internacionais, poderão atribuir os seguintes *status* às normas internalizadas: *supraconstitucionalidade, constitucionalidade, supralegalidade e legalidade*. Vale salientar que um Estado não está

obrigado a outorgar apenas uma dessas categorias, sendo possível, portanto, de acordo com as regras estabelecidas, que a determinado tratado seja conferido um *status* e que a um segundo tratado seja atribuído outro *status*, a depender do conteúdo de suas normas.

No Brasil, há uma grande precariedade de regras sobre a hierarquia dessas normas internalizadas. A única disposição normativa expressa existente encontra-se na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, §§ 2.º e 3.º (este último incluído no texto constitucional pela EC n.º 45/2004), dispositivos estes que se referem apenas aos tratados de direitos humanos. Vejamos:

Art. 5.º. [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Isto posto, podemos concluir que a nossa Lei Maior atribuiu a incumbência de definir o *status* dos tratados à doutrina e à jurisprudência (atribuição que o Constituinte deveria ter tomado para si, vale salientar). A única certeza que o texto constitucional nos oferece é quanto a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo quórum do § 3.º do art. 5.º: *tais tratados terão status formal e material de emenda constitucional*.

A problemática da hierarquia normativa dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro foi solucionada (*de forma insatisfatória e ainda não definitiva*) no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, onde se discutiu, no Supremo Tribunal Federal, se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – *Pacto de San José da Costa Rica* –, mais especificamente o seu art. 7.º, revogou a parte final do inciso LXVII do art. 5.º da Constituição brasileira de 1988 (o qual permite a prisão civil do depositário infiel) e, conseqüentemente, toda a legislação infraconstitucional que nele encontra fundamento direto e indireto.

Destarte, em nosso Direito, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, os tratados podem ser incorporados em três *status*: *constitucional, supralegal e legal (lei ordinária federal)*. Merece destaque o fato de que, entre nós, não prevaleceu a *teoria da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos*, pois, de acordo com a jurisprudência dominante, esta

tese vai de encontro com o princípio da supremacia formal e material da Constituição, princípio este que vigora nos mais variados países, dentre eles o Brasil.

Sobre o *status* constitucional, já foi dito acima que, de acordo com o entendimento do STF, terá tal status apenas os tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado do art. 5.º, § 3.º da CRFB/88, de modo que este não merece maiores considerações no presente momento.

Quanto aos tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum explicitado no parágrafo anterior, muito se discute, na jurisprudência e na doutrina, sobre a categoria normativa que os mesmos ocupam no ordenamento jurídico interno. No julgado do Recurso Extraordinário supracitado, considerou-se que, diante da importância atribuída em âmbito *supranacional* à proteção dos direitos humanos, tais tratados possuem *status* supralegal, ou seja, serão introduzidos entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais.

Assim, de acordo com a tese da supralegalidade, os tratados internacionais de direitos humanos de hierarquia supralegal terão efeito paralisante com relação à eficácia de todas as normas infraconstitucionais com eles conflitantes, mesmo que posteriores àqueles tratados. Esse é o entendimento defendido pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto no referido RE 466.343-1/SP, cujo trecho merece aqui ser transcrito:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, *a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969.*

Tendo em vista o *caráter supralegal* desses diplomas normativos internacionais, *a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.* É o que ocorre, por exemplo, com o *art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916 (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE 466.343-1/SP, Relator: Min. Cezar Peluso, 2008).*

De acordo com o acima exposto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 – *Pacto de San José da Costa Rica* – possui *status* supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que não mais se admite a prisão civil do depositário infiel, diante do efeito paralisante que aquela convenção possui com relação

as normas infraconstitucionais que tratam da matéria. Note-se que nada impede que este tratado, assim como qualquer outro que possua hierarquia supralegal, seja submetido ao quórum de aprovação do art. 5.º, § 3.º, da CRFB/88, passando, assim, a ter *status* formal e material de norma constitucional (emenda constitucional).

Contra o entendimento da Suprema Corte se insurge boa parte da doutrina, a exemplo do abalizado doutrinador Valerio de Oliveira Mazzuoli, o qual defende que os tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum qualificado do art. 5.º, § 3.º, da CRFB/88 também possuem *status* constitucional, *diante da relevância da matéria por eles tratada e da correta exegese do § 2.º do art. 5.º da Lei Maior. É esta a tese que será por nós adotada, quando tratarmos do controle de convencionalidade das normas.*

Por fim, de acordo com aquele posicionamento da Suprema Corte, a legalidade é o *status* atribuído aos tratados comuns, ou seja, que tratam de matéria estranha aos direitos humanos. Desse modo, de acordo com o entendimento consolidado no STF desde 1977, estes tratados possuem a mesma força de *lei ordinária federal*. Neste caso, o tratado internacional comum poderá ser afetado pelo princípio da “*lex posterior derogat priori*”, ou seja, a lei posterior derroga a lei anterior. Este princípio, aplicado ao nosso estudo, gera o seguinte efeito: *uma lei interna posterior a um tratado internacional comum, poderá retirá-lo do ordenamento jurídico, desde que seja de status superior ou igual ao do tratado incorporado, e seja com ele incompatível.*

3.4 DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO PELO DESCUMPRIMENTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Hodiernamente, o Direito Internacional, malgrado a importância e a relevância que conquistou nos âmbitos nacional e internacional, ainda enfrenta numerosos obstáculos para efetivar as suas normas, mesmo aquelas plasmadas em tratados internacionais, conforme visto anteriormente. Isto ocorre diante das peculiaridades que possui o Direito das Gentes, dentre elas *a inexistência de um órgão mundial que imponha a observância de suas normas a todos os Sujeitos de Direito Internacional (não existe uma polícia mundial)* e as próprias características de alguns desses sujeitos, dentre as quais se destaca a *soberania*. Desse modo:

Efetivamente, a aplicação das normas internacionais é peculiar, em vista de fatores como a complexidade da sociedade internacional, a inexistência de um poder mundial que, a exemplo do Estado, esteja encarregado de impor a observância dos dispositivos de Direito das Gentes, e a circunstância de que os mecanismos internacionais de solução de controvérsias nem sempre têm jurisdição automática sobre os Estados, dependendo destes para existir e de sua anuência para julgá-los (PORTELA, 2010, p. 293)

Assim, não são raras as vezes que os tratados internacionais, pactuados voluntariamente, são descumpridos pelos Sujeitos de Direito Internacional, principalmente pelos Estados Nacionais. Contudo, através da responsabilidade internacional, este ramo do direito já possui instrumentos próprios para responsabilizar tais sujeitos pelos seus atos, sejam eles lícitos ou ilícitos.

Podemos conceituar *responsabilidade internacional* como o instituto jurídico que obriga um Sujeito de Direito Internacional que, por ação ou omissão, descumpriu normas internacionais, a reparar os danos causados a outro Sujeito de Direito Internacional, em decorrência da sua conduta lícita ou ilícita. Vale salientar que esta responsabilidade tem como fundamentos *o dever de cumprimento das obrigações internacionais, as quais foram livre e voluntariamente pactuadas, e o dever geral de não causar dano a outrem*. Ainda, insta ressaltar que é a violação de uma obrigação jurídica internacional que gera a responsabilidade internacional, não a violação do direito interno de outro Estado.

Após a sintética explanação sobre a responsabilidade internacional, podemos, desde já, exteriorizar uma importante conclusão: o controle da convencionalidade das normas constitui um importante instrumento para que o Estado declare a incompatibilidade entre uma norma jurídica interna e um tratado internacional por ele firmado, expurgando tal norma incompatível do seu ordenamento jurídico interno. Nesse sentido, o controle de convencionalidade seria o método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que violasse (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado (MAZZUOLI, 2013, p. 83). Com isso, *evitar-se-á a responsabilização internacional do Estado pelo descumprimento das obrigações por ele voluntariamente pactuadas*.

Por conseguinte, realizamos a seguinte crítica ao entendimento do STF sobre a hierarquia normativa dos *tratados comuns (alheios aos direitos humanos)*: ao considerar que estes tratados guardam paridade com leis ordinárias federais, restarão desrespeitados os princípios da obrigatoriedade e da primazia do direito internacional, visto que, uma norma posterior poderá derrogar as normas oriundas destes tratados (no plano interno). Assim sendo, “é possível que uma norma internacional não prevaleça, no caso concreto, diante de outra norma, provocando a violação do tratado” (PORTELA, 2010, p. 125), *fato este que gerará nada mais, nada menos, que a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro*.

Portanto, o entendimento adotado pela Suprema Corte merece ser

devidamente reexaminado, pois não mais se admite o desprezo, pelo Estado Brasileiro, das regras pactuadas no plano internacional, as quais, na atualidade, tratam de temas de extrema relevância para o desenvolvimento do país, como, por exemplo, as relações comerciais internacionais, a proteção dos direitos humanos e o meio ambiente. Depreciar o cumprimento daquelas regras significa se distanciar de uma sociedade internacional cada vez mais organizada e dinâmica.

4 DO CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE DAS NORMAS

4.1 DO PARADIGMA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Para que haja um controle de convencionalidade das normas, deverá ser bem definido o paradigma desse controle, ou seja, qual o parâmetro que será utilizado para se verificar a compatibilidade das leis. No controle de constitucionalidade, por exemplo, o paradigma de controle são as normas constitucionais expressa e implicitamente elencadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O paradigma do controle de convencionalidade são *todos os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país*. Isto é assim devido ao *status* constitucional destes tratados, inclusive daqueles não aprovados pelo quórum qualificado do § 3.º do art. 5.º, como veremos adiante. Trata-se “de um controle de validade das normas nacionais, tendo por parâmetro não o texto constitucional, mas os compromissos internacionais assumidos em matéria de proteção aos direitos humanos (LEITE, 2013, p. 1). Logo, não há que se falar em controle de constitucionalidade porque, não se trata, aqui, de normas integrantes da Lei Maior.

Desde já adiantamos que a explanação a ser realizada a seguir, tomará por base a doutrina defendida pelo professor Valerio de Oliveira Mazzuoli, que, contrariando o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, *confere status constitucional a todos os tratados de direitos humanos em vigor no país, e hierarquia supralegal aos demais tratados comuns (alheios ao tema dos direitos humanos)*.

4.2 DA CORRETA HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO

A CF/88 é marcada pela relevância que este documento atribui aos direitos humanos (direitos e garantias fundamentais), em harmonia com as exigências e

necessidades observadas em várias outras nações do mundo e na própria comunidade internacional. Tanto é assim que o art. 1.º, III, da Carta Magna eleva a *dignidade da pessoa humana* ao patamar de princípio fundamental da República. Ademais, o art. 4.º, II, daquele mesmo diploma, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelo *princípio da prevalência dos direitos humanos*.

Antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, a qual, além de outras reformas, incluiu ao texto constitucional o § 3.º do art. 5.º, os tratados de direitos humanos, *em que pese a falha interpretação realizada pelo STF, já possuíam status de norma constitucional*, de acordo com a correta exegese do § 2.º do art. 5.º da Lei Maior, o qual estabelece o seguinte: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Logo, o citado dispositivo constitucional, considerando os princípios explicitados no parágrafo anterior, estabeleceu uma abertura ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, pois ampliou o que chamamos de *bloco de constitucionalidade*, oferecendo, portanto, caráter constitucional a todos os tratados de direitos humanos em vigor no país.

Tendo os tratados de direitos humanos *status* material de norma constitucional, o eventual conflito, em um caso concreto, entre direitos e garantias (expressos e implícitos) da Carta Magna e os direitos previstos nos tratados internacionais, seria solucionado através da aplicação do princípio do *pro homine*, isto é, aplicar-se-ia a norma mais favorável à pessoa a ser protegida.

Infelizmente, as regras e princípios do Direito Internacional ainda não são satisfatoriamente observadas e cumpridas. Por isso, a interpretação do art. 5.º, § 2.º, da CRFB/88 sempre foi objeto de controvérsias, no que se refere à hierarquia daqueles tratados de direitos humanos.

Com o intuito de pôr fim àquela discussão, a EC n.º 45/2004 adicionou o § 3.º ao art. 5.º da CRFB/88, o qual dispõe que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Ocorre que, longe de extinguir as controvérsias existentes, este novo dispositivo constitucional inflamou ainda mais o debate sobre o tema.

Ocorre que, ao invés da esperada pacificação da matéria, o que se verificou foi a persistência da controvérsia na doutrina, pois não esclareceu com precisão a situação das três situações no que diz respeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos: 1) tratados anteriores à vigência da EC 45/04; 2) tratados

posteriores à EC 45/04, ratificados pelo quórum qualificado do parágrafo 3º e, portanto, equivalentes às emendas constitucionais; 3) tratados posteriores à EC 45, mas ratificados pelo procedimento comum, sem utilização do parágrafo 3º (LEITE, 2013, p. 2)

Com a inclusão do citado § 3.º, começou-se a distinguir, de forma ilógica, tratados de direitos humanos que possuem o mesmo conteúdo ético e de igual fundamento de validade, pois, *segundo o STF, apenas os tratados de direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão status constitucional, pois eles serão equivalentes às emendas constitucionais. Os demais tratados de direitos humanos, mesmo possuindo o mesmo conteúdo material, guardariam paridade com as normas infraconstitucionais.* Desse modo, é patente o equívoco do entendimento dominante na Suprema Corte, senão, vejamos.

Em primeiro lugar, a supracitada distinção nos leva a crer que houve preferência pela aplicação de um formalismo desmedido, em detrimento da relevância que os direitos humanos possuem em nosso texto constitucional, conforme acima já exposto. Ademais, desprestigiou-se todas as conquistas que os direitos humanos arduamente alcançaram na esfera internacional.

Em segundo, a distinção feita entre os tratados de direitos humanos acarreta *grave insegurança jurídica*, pois não se sabe, ao certo, qual tratado de direitos humanos “merecerá” ser alçado ao *status* de norma constitucional. Logo, o entendimento adotado pelo STF:

também rompe com a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que cria ‘categorias’ jurídicas entre os próprios instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo, dando tratamento diferente para normas internacionais que têm o mesmo fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético, qual seja, a proteção internacional dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2013, p. 47)

Cria-se, portanto, de forma aleatória e ilógica, categorias entre tratados que possuem o mesmo conteúdo material (direitos humanos).

Em terceiro lugar, cumpre destacar que a interpretação que foi dada ao § 3º do art. 5º da CRFB/88 atribuiu ao Poder Legislativo uma competência absurda, pois este dispositivo não obriga que os tratados de direitos humanos sejam aprovados pelo seu quórum qualificado, ou seja, não obriga o Legislativo a atribuir caráter de emenda constitucional àqueles tratados. Sendo assim, o legislador brasileiro agora possui a prerrogativa de, *quando quiser, e pelos motivos que bem entender e lhe forem mais*

convenientes, elevar determinado tratado internacional de direitos humanos ao *status* constitucional ou relegá-lo ao plano infraconstitucional.

Por último, devemos evidenciar o paradoxo que poderia existir na aprovação de um tratado de direitos humanos e seu respectivo *protocolo*. À guisa de informação, protocolo é uma espécie de tratado internacional *complementar ou interpretativo* de outro tratado anterior. Desse modo, ao adotar o entendimento firmado pelo Tribunal Supremo, haveria a incoerente possibilidade de se aprovar um tratado de direitos humanos com *status* infraconstitucional (sem a aplicação do § 3.º do art. 5.º da CRFB/88), e, ao seu respectivo protocolo, atribuir hierarquia de norma constitucional, desde que simplesmente seja aprovado pela maioria qualificada daquele mesmo dispositivo constitucional. *Note-se: o protocolo, que é um instrumento acessório, teria uma hierarquia superior ao próprio tratado que ele complementa ou interpreta. A incoerência, aqui, se mostra evidente.*

Diante de todas as impropriedades e incongruências acima evidenciadas, concluímos portanto que *a correta exegese do § 2.º do art. 5.º da CRFB/88 é que todos os tratados de direitos humanos em vigor no país possuem status de norma constitucional. Restaria, portanto, a tarefa de definir qual teria sido o objetivo da inclusão, pela EC 45/2004, do § 3.º àquele mesmo artigo.*

Conforme defende a doutrina de Mazzuoli, o citado § 3.º do art. 5.º da CRFB/88 teve como objetivo atribuir aos tratados de direitos humanos a categoria de norma *formalmente* constitucional, além do *status* materialmente constitucional que já possuíam na forma do § 2.º do mesmo art. 5.º. Assim, se aprovados pelo quórum previsto no § 3.º, os tratados internacionais de direitos humanos, que já são materialmente constitucionais, agora passam a ser formalmente constitucionais, sendo, portanto, *equivalentes às emendas constitucionais*.

Ao considerar que um tratado internacional de direitos humanos, além de materialmente constitucional, também é formalmente constitucional (após a sua aprovação pelo quórum do § 3.º), estaremos a admitir três consequências bem definidas.

A primeira consequência é que, ao ter *status* formalmente constitucional, o tratado de direitos humanos também constituirá um instrumento de reforma da Constituição, visto que é equivalente às emendas constitucionais e passa a integrar a Lei Maior. Tal efeito não é possível quando o tratado possui apenas o *status* de norma materialmente constitucional.

O segundo efeito é que, sendo formalmente constitucional, o tratado de direitos humanos não poderá ser denunciado pelo Chefe do Poder Executivo no plano internacional, pois, ao integrar a Constituição Federal, passa a constituir o rol das

cláusulas pétreas, na forma do art. 60, § 4.º, IV, da CRFB/88 (por tratar de direitos e garantias fundamentais, a norma do tratado não poderá ser abolida). Destarte, caso o Chefe do Executivo realize a citada denúncia do tratado, tal ato será considerado atentatório a Constituição Federal e o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, fato este que configura *crime de responsabilidade*, conforme regra estabelecida no art. 85, III, da Carta Magna, *in verbis*: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais”.

A terceira e última consequência da aprovação do tratado de direitos humanos pelo quórum do art. 5.º, § 3.º, da CRFB/88 é a de que o mesmo, ao passar a integrar a própria Constituição, servirá de *parâmetro do controle concentrado de convencionalidade das normas*, o qual será melhor delineado no tópico seguinte.

Note-se que, mesmo que não aprovado pelo quórum qualificado do aludido artigo, o tratado, como já dissemos, possuirá *status* material de norma constitucional. Neste caso, por não integrar a Constituição, não poderá servir de parâmetro para o controle concentrado de convencionalidade, contudo, nada impedirá que constitua tal tratado paradigma para o controle *difuso* de convencionalidade das normas. Logo:

materialmente constitucionais os tratados de direitos humanos (sejam eles anteriores ou posteriores à EC 45) já são, independentemente de qualquer aprovação qualificada; formalmente constitucionais somente serão se aprovados pela maioria de votos estabelecida pelo art. 5.º, § 3.º, da Constituição (caso em que serão material e formalmente constitucionais), quando então tornar-se-ão, de facto e de jure, insuscetíveis de denúncia pelo Presidente da República. No primeiro caso (tratados apenas materialmente constitucionais), serão eles paradigma do controle difuso de convencionalidade, ao passo que no segundo caso (tratados material e formalmente constitucionais), serão também paradigma do controle concentrado (ou da fiscalização abstrata) de convencionalidade”. (MAZZUOLI, 2013, p. 76)

Por fim, não poderíamos deixar de tecer algumas considerações sobre a hierarquia dos tratados internacionais comuns. Conforme o exposto em tópico anterior, o *STF entende que estes tratados possuem paridade normativa com as leis ordinárias federais*.

Numerosas são as críticas contra a tese adotada pelo STF, no que diz respeito à hierarquia de lei ordinária conferida a estes tratados comuns. A doutrina divergente, a qual nos filiamos, entende que, na verdade, os referidos tratados teriam *status* de *supralegalidade*, diante da importância que o Direito Internacional possui nos dias atuais e, principalmente, em conformidade com o *princípio da primazia do Direito Internacional*, esculpido no art. 27 da Convenção de Viena de 1969, o qual estabelece que “uma parte

não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. *Portanto, um Estado soberano não poderá descumprir as normas de Direito Internacional sob a justificativa de que elas são (ou tornaram-se) incompatíveis com as suas normas jurídicas internas.*

À título de informação, o próprio Código Tributário Nacional há muito já estabelece, em seu art. 98, que os tratados comuns terão hierarquia supralegal, ao dispor o seguinte: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e *serão observados pela que lhes sobrevenha*”.

Portanto, terão *status* supralegal os tratados internacionais de direito comum, diante dos argumentos acima aduzidos, os quais servem de parâmetro para o controle de *supralegalidade* das normas.

4.3 DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE APLICADO AO DIREITO BRASILEIRO

Toda a elucidação acima exposta, principalmente no que se refere à correta hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro, nos ofereceu os subsídios necessários para conceituar *o controle de convencionalidade das normas* da seguinte maneira: o controle de convencionalidade nada mais é que a verificação da compatibilidade entre as *normas do direito interno do Estado e às normas oriundas dos tratados internacionais de direitos humanos* ratificados pelo governo e em vigor no país, sejam eles aprovados ou não pelo quórum qualificado do art. 5.º, § 3.º, da CRFB/88 (conforme vimos, todos os tratados de direitos humanos possuem hierarquia constitucional). Ao se verificar que uma norma interna é incompatível com determinado tratado de direitos humanos, tal norma deverá ser declarada *inconvencional* e, portanto, inválida.

Todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados e em vigor no Estado (MAZZUOLI, 2013, p. 82)

Assim, ao lado do clássico *controle de constitucionalidade*, cujo paradigma é tão somente a própria *Constituição da República*, existe também o *controle de convencionalidade*, cujo paradigma de controle são os referidos tratados internacionais de direitos humanos.

É importante salientar que daremos ênfase, neste trabalho, ao controle

jurisdicional interno de convencionalidade das normas, isto é, ao controle exercido de forma difusa e concentrada pelo Poder Judiciário brasileiro. Assim, afastamos, desde já, o estudo dos mecanismos internacionais de controle de convencionalidade das normas internas dos Estados.

O controle de convencionalidade das normas deve ser realizado, primeiramente, pelo Poder Judiciário interno do Estado, antes de se buscar as instâncias internacionais para a realização deste controle. Estas últimas somente deverão ser acionadas se a atuação judicial interna tiver sido omissa ou insuficiente. Este é o entendimento extraído das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* e no *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*. Vale transcrever importante trecho da decisão proferida neste último caso:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones¹ (COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru, 2007).

Logo, o controle jurisdicional interno de convencionalidade é uma realidade que deve ser alcançada pelo Brasil, visto que, não apenas se trata de uma teoria criada pela doutrina, mas constitui uma exigência internacional cujo descumprimento é capaz de acarretar, inclusive, *a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro*.

A partir de então, consideraremos que a validade das normas jurídicas internas dependerá da adequação formal e material das mesmas à Constituição (*controle de constitucionalidade*), aos tratados de direitos humanos em vigor no país (*controle de convencionalidade*) e, ainda, aos tratados comuns (*controle de suprallegalidade*). Destarte, podemos aduzir que existe uma nova pirâmide normativa do Direito, cujo topo é ocupado

¹ Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a zelar para que o efeito útil da Convenção não seja reduzido ou anulado pela aplicação de leis contrárias a suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também “de convencionalidade” de ofício entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente de acordo com suas respectivas competências e de suas correspondentes normas processuais. Esta função não deve ficar limitada exclusivamente às manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto, embora tampouco implica que esse controle deva ser exercido sempre, sem se considerar outros pressupostos formais e materiais de admisibilidade e procedência deste tipo de ação.

não só pela Constituição da República, mas também pelos tratados internacionais de direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema de controle de convencionalidade, portanto, exige que as normas do direito interno do Estado, *mesmo que plenamente compatíveis com a CRFB/88*, sejam expulsas do ordenamento jurídico interno (através da declaração de sua invalidade), visto serem incompatíveis com os tratados de direitos humanos internalizados pelo ordenamento jurídico interno.

4.3.1 Da incompatibilidade das normas anteriores ao tratado de direitos humanos paradigma

É sabido que, no sistema brasileiro, *não é adotada a chamada inconstitucionalidade superveniente*, ou seja, não se admite que a entrada em vigor de uma norma constitucional acarrete a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais anteriormente vigentes e com ela incompatíveis. Neste caso, ocorrerá o fenômeno da *não recepção*, em que a norma anterior incompatível será revogada pela nova norma constitucional, de acordo com o princípio da *lei posterior revoga a anterior com ela incompatível*. Desse modo:

Importante destacar, dentro dessa linha de raciocínio, que a não recepção de uma norma infraconstitucional pela vigente Constituição traduz hipótese de revogação hierárquica, regada pelo chamado direito intertemporal (lei posterior revoga a anterior com ela incompatível), não sendo admitido em nosso sistema a chamada inconstitucionalidade superveniente (ARAUJO; JUNIOR, 2011, p. 48).

Logo, não há que se falar em inconstitucionalidade da norma anterior, mas de mera *revogação* ou *não recepção ocasionada pela norma constitucional posterior*. Pois bem, este entendimento pode e deve ser aplicado ao controle de convencionalidade das normas.

Na teoria por nós defendida, apenas existirá *controle de convencionalidade* com relação as normas de direito interno que forem promulgadas em momento posterior à vigência de determinado tratado de direitos humanos no nosso ordenamento jurídico. *Quanto às normas internas anteriores, também vigorarão as regras de direito intertemporal, isto é, incidirá o fenômeno da recepção ou revogação.*

4.3.2 Do controle difuso de convencionalidade

Já foi dito à exaustão que todos os tratados de direitos humanos possuem

status material de norma constitucional, por força do § 2.º do art. 5.º da CRFB/88. Desse modo, *todos eles constituem paradigma do controle difuso de convencionalidade das normas, inclusive aqueles que foram aprovados pela maioria qualificada do § 3.º daquele mesmo artigo.*

Segundo nos ensina Canotilho (2013, p. 898), no sistema difuso, a competência para a fiscalização das normas “é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido a apreciação judicial”. Destarte, podemos aduzir que o controle difuso de convencionalidade é a fiscalização, exercida por qualquer *juiz ou Tribunal* do país, em determinado caso concreto, no que se refere a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país.

É importante salientar que, inclusive o STF, por meio do Recurso Extraordinário, pode realizar o controle difuso de convencionalidade, por força da interpretação conjunta dos arts. 5.º, § 2.º e do art. 102, III, a, ambos da CRFB/88. Note-se:

Questão interessante, no que toca ao controle difuso de convencionalidade, diz respeito ao cabimento de recurso extraordinário perante o STF sempre que a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional ou de qualquer tratado de direitos humanos em vigor no Brasil. A essa solução se chega interpretando o art. 102, III, a, da Constituição [...] junto com o art. 5.º, § 2.º, da mesma Carta [...]. Assim, é imperioso entender que quaisquer tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil (tenham sido ou não aprovados por maioria qualificada no Congresso Nacional) são paradigma à propositura do recurso extraordinário no STF (MAZZUOLI, 2013, p. 163).

Isto posto, qualquer juiz ou Tribunal, inclusive o STF (em sua competência recursal extraordinária), está autorizado a realizar o controle difuso da convencionalidade das normas. Vale ressaltar que qualquer pessoa, ou o próprio juiz ou Tribunal *ex officio*, em um caso concreto, pode suscitar a inconvenção de uma norma, assim como ocorre no controle difuso de constitucionalidade.

Por se tratar de via difusa de controle, os efeitos da declaração de *inconvenção* se darão apenas *inter partes* (entre as partes constituintes do caso concreto).

4.2.3 Do controle concentrado de convencionalidade

Por sistema concentrado de controle, devemos entender a competência de fiscalização das normas, de forma abstrata, atribuída a um único órgão. Ao tratar do controle concentrado de constitucionalidade, Canotilho (2013, p. 898) nos ensina o seguinte: “Chama-se *sistema concentrado* porque a competência para julgar

definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um órgão, com exclusão de quaisquer outros”. Este mesmo entendimento pode ser aplicado ao controle concentrado de *convencionalidade* das normas.

No Brasil, de acordo com a doutrina aqui explicitada, deve-se entender por controle concentrado de convencionalidade a fiscalização realizada pelo Supremo Tribunal Federal (pois este é o guardião da Constituição e, conseqüentemente, dos tratados de direitos humanos equiparados às emendas constitucionais), de forma abstrata (ou seja, independentemente de qualquer litígio concreto), no que toca a harmonia entre uma norma infraconstitucional e os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo maioria qualificada do § 3.º do art. 5.º da CRFB/88.

Note-se: diferentemente do controle difuso, em que todos os tratados de direitos humanos servem de paradigma de controle, *no concentrado, apenas os aprovados pelo quórum do § 3.º do art. 5º da Lei Maior constituem parâmetro de fiscalização*. Isto ocorre porque o referido dispositivo concede *status* de norma formalmente constitucional tão somente aos tratados aprovados por aquele quórum qualificado, *de modo que apenas eles são equivalentes às emendas constitucionais*.

Por serem tais tratados equivalentes às emendas, não há que se falar em controle de constitucionalidade, visto que eles não são genuínas emendas, apenas a elas são equivalentes. Entretanto, diante daquela equiparação, estes tratados necessitam de mecanismos de defesa contra as afrontas concretizadas pelas normas infraconstitucionais com eles incompatíveis.

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional (MAZZUOLI, 2013, p. 168).

Por isso, o controle concentrado de convencionalidade das normas mostra-se imprescindível.

A competência para a realização deste controle concentrado cabe ao Supremo Tribunal Federal, através das mesmas ações utilizadas no controle concentrado de constitucionalidade das normas, realizadas as devidas adaptações. Assim, teríamos a Ação Direta de Inconvencionalidade, a Ação Direta de Inconvencionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Convencionalidade e, inclusive, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Diferentemente do controle difuso, no controle concentrado de convencionalidade, por se tratar de um processo objetivo, as ações supracitadas podem

ser propostas, tão somente, pelas pessoas elencadas no art. 103, incisos I a IX, da CRFB/88, ou seja, pelas mesmas pessoas legitimadas para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Por fim, a decisão do STF, em âmbito de controle concentrado de convencionalidade, possui efeitos *erga omnes*, servindo, portanto, contra todos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos inerentes ao ser humano ganharam importante destaque no cenário internacional, após as barbáries cometidas na Segunda Guerra Mundial. Desde então, têm sido pactuados pelos Sujeitos de Direito Internacional vários tratados internacionais, como forma de melhor proteger e resguardar tais direitos, principalmente no âmbito interno dos Estados Nacionais. Ocorre que estes últimos não concretizam, de forma satisfatória, os direitos humanos previstos naqueles tratados e, não raras as vezes, elaboram normas internas totalmente incompatíveis com aqueles instrumentos normativos internacionais.

A teoria do *controle de convencionalidade das leis* constitui um tema pouco difundido e conhecido no Brasil, tendo como principal patrono, no país, o doutrinador Valerio de Oliveira Mazzuoli. Tal controle constitui um instrumento de suma importância para o cumprimento e concretização das normas de direitos humanos estabelecidas pelos tratados internacionais, pois possibilita a expulsão, do ordenamento jurídico interno, de todas as normas internas incompatíveis com aqueles tratados, *evitando, assim, a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento do Direito Internacional*. Logo, de acordo com aquela teoria, as normas de direito interno deverão guardar compatibilidade material e formal com a *Constituição do Estado e com os Tratados Internacionais em vigor*, para que possam gozar de validade no ordenamento jurídico do país.

Para que seja possível a realização do controle jurisdicional difuso e concentrado de convencionalidade, é preciso que os tratados internacionais sejam incorporados ao ordenamento jurídico interno do Estado com hierarquia *constitucional*. Ocorre que no Brasil, diante da precária disposição normativa no que se refere ao *status* que os tratados ocupam no ordenamento jurídico interno, existe muita divergência sobre o grau hierárquico dos tratados de direitos humanos e dos tratados comuns dentro do nosso sistema jurídico. A única disposição constitucional sobre o tema encontra-se no art. 5.º, §§ 2.º e 3.º, da CRFB/88 (*os quais não solucionam a discussão existente e tratam apenas*

dos tratados de direitos humanos). Destarte, a teoria do controle de convencionalidade acaba por ser pouco discutida e aplicada, visto que, infelizmente, *não se sabe, ao certo, qual seriam os tratados com status constitucional que serviriam de paradigma do controle de convencionalidade*.

Com a devida vênia, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 466.343 – 1/SP, propôs uma solução insatisfatória e contrária às exigências e necessidades da comunidade internacional, no que se refere à proteção dos direitos humanos. Isto ocorreu porque, ao interpretar o art. 5.º, §§ 2.º e 3.º da Carta Magna, a Suprema Corte, adotando a tese do Min. Gilmar Mendes, entendeu que apenas os tratados humanos aprovados pela maioria qualificada do citado § 3.º teriam *status de norma constitucional*. Os demais tratados de direitos humanos não aprovados por aquele quórum, como a própria Convenção Americana de Direitos Humanos, guardariam *status supralegal* no ordenamento jurídico interno. Por fim, conforme ficou assentado naquela decisão, os tratados internacionais comuns teriam paridade normativa com as leis ordinárias federais, de modo que os mesmos podem ser revogados internamente por qualquer norma infraconstitucional posterior que com eles seja incompatível.

Ao adotar o entendimento do STF, a introdução de um controle de convencionalidade no Brasil se mostraria extremamente limitada, pois tão somente os tratados de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, poderiam servir de paradigma de controle, visto que somente eles teriam *status* de norma constitucional (são equivalentes às emendas constitucionais). Ademais, este entendimento apresenta, no mínimo, *quatro incongruências*, o que demonstra, de forma patente, o equívoco cometido.

A primeira impropriedade se mostra no fato de que o STF distinguiu tratados internacionais que possuem o mesmo conteúdo ético, em prol de um formalismo excessivo. Assim, de forma ilógica e pouco técnica, existem no Brasil, sem qualquer justificativa jurídica plausível, tratados internacionais de direitos humanos de índole constitucional e outros tratados, também de direitos humanos, de *status* infraconstitucional. Logo, nos parece que, para o STF, o que importa é a forma, não o conteúdo ético dos tratados e as consequências que os mesmos ocasionam no plano internacional.

A *insegurança jurídica* é a segunda inconveniência do entendimento da Suprema Corte, pois não se sabe, ao certo, qual tratado de direitos humanos faz jus ao *status* constitucional e qual não faz, fato este que rompe com a harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil.

A terceira incongruência se trata da desastrosa competência que foi atribuída ao Poder Legislativo, o qual, segundo aquele entendimento, possui a prerrogativa de, quando quiser, e pelos motivos que bem entender e lhe forem mais convenientes, atribuir *status* constitucional a certo tratado de direitos humanos, e relegar um outro tratado de mesmo conteúdo material ao plano infraconstitucional.

A última incoerência se caracteriza na possibilidade de um protocolo (tratado acessório) ser aprovado com *status* de norma constitucional, enquanto que o tratado principal (tratado-quadro) pode ser incorporado com *status* de norma infraconstitucional. *O acessório, portanto, teria uma hierarquia superior ao próprio tratado que ele complementa ou interpreta.*

Diante de todas as incongruências acima citadas, adotamos para este trabalho a tese defendida pelo ilustre professor Valerio de Oliveira Mazzuoli, *a qual contraria o entendimento adotado pelo STF no RE 466. 343 – 1/SP* e, conseqüentemente, se harmoniza com as exigências do Direito Internacional e, principalmente, *permite a adoção ampla do controle de convencionalidade das normas no Direito brasileiro.*

Assim, conclui-se neste trabalho que, por força do § 2.º do art. 5.º da CRFB/88, *todos os tratados de direitos humanos são incorporados ao direito interno com hierarquia de norma materialmente constitucional.* Logo, desde 1988, todos os tratados de direitos humanos em vigor no país possuem *status* de norma materialmente constitucional, independentemente de terem sido aprovados ou não pela maioria qualificada do § 3.º daquele dispositivo constitucional.

Ao serem materialmente constitucionais, todos os tratados de direitos humanos podem ser paradigma do controle *difuso* de convencionalidade, ou seja, qualquer juiz ou Tribunal do país, *na análise de um caso concreto*, pode analisar a compatibilidade entre as normas internas do país e os tratados de direitos humanos em vigor.

Também depreende-se que a real finalidade da inclusão do § 3.º ao art. 5.º da CF/88, feita pela EC 45/2004, foi estabelecer a possibilidade de os tratados de direitos humanos, que já são materialmente constitucionais, adquirirem o *status* de norma *formalmente* constitucional, visto que, segundo o supracitado parágrafo, tais tratados seriam *equivalentes* (não iguais) às emendas constitucionais.

O *status* de norma formalmente constitucional atribuí aos tratados de direitos humanos, aprovados pela maioria qualificada daquele § 3.º, três conseqüências: a) estes tratados *reformam* a Constituição e passam a integrá-la como se normas constitucionais fossem; b) o Presidente da República, *sob pena de responder por crime de responsabilidade*, fica *impedido de denunciar* estes tratados no plano internacional, pois

os mesmos, por tratarem de direitos e garantias fundamentais, tornam-se cláusulas pétreas, na forma do art. 60, § 4.º, IV, da Carta Magna; e c) estes tratados passam a constituir parâmetro para o *controle concentrado de convencionalidade*.

Destarte, todos os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo que aprovados pela maioria qualificada do art. 5.º, § 3.º, da CRFB/88, compõem o parâmetro do controle difuso de convencionalidade das normas, pois todos eles são normas *materialmente* constitucionais. Contudo, *somente os tratados aprovados pelo quórum do citado § 3.º serviriam de paradigma do controle concentrado*, pois somente eles possuem *hierarquia de normas formalmente constitucionais, sendo equivalentes às emendas constitucionais*. Pelo controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal, através das ações próprias do controle concentrado de constitucionalidade, poderá aferir, no plano abstrato, a harmonia entre as normas infraconstitucionais e os tratados de direitos humanos aprovados pela maioria qualificada.

Ainda, de acordo com a tese por nós adotada, *os tratados internacionais de conteúdo comum são os que possuem hierarquia supralegal*, de modo que os mesmos servem de paradigma para o *controle de supralegalidade das normas*. É inadmissível que o STF, atribuindo aos tratados de direito comum o *status* de lei ordinária federal, desconsidere todas as conquistas e os princípios do Direito Internacional, o qual, de acordo com o art. 27 da Convenção de Viena de 1969, *possui primazia perante o direito interno*. Tal equívoco pode ocasionar graves sanções ao Brasil, através da sua responsabilização internacional.

Conclui-se, diante de todo o exposto, que o controle jurisdicional de convencionalidade das normas é uma realidade que deve ser alcançada pelo Brasil, uma vez que não se trata apenas de uma teoria criada pela doutrina, mas constitui uma verdadeira exigência internacional, cujo descumprimento *é capaz de acarretar, inclusive, a responsabilidade internacional do Estado brasileiro*. Entretanto, para que esta teoria se concretize no plano interno, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deverá ser devidamente revista e, conseqüentemente, se fundamentar no entendimento adotado neste trabalho, no que se refere a *hierarquia de norma constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro*, independentemente do seu quórum de aprovação.

REFERÊNCIAS

ABUGATTAS, G. Sistemas de incorporación monista y dualista: tema resuelto o

assinatura pendiente? **Agenda Internacional**, Lima, ano 12, n. 23, 2005.

ACCIOLY, H. et al. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAÚJO, L.; JÚNIOR, V. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BARROSO, L. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jul. 2013.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF, 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 01 jul. 2013.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CASARIN, H. de C. S; CASARIN, S. J. **Pesquisa científica da teoria à prática**. 1. ed.

Curitiba: Intersaberes, 2012.

LEITE, M. T. A. Controle de convencionalidade: os direitos humanos como parâmetro de validade das leis. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3635, jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24711>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZUOLI, V. de O. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 37, n. 147, jun./set. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/618/r147-15.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 13 dez. 2013.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, G. F.; et. al. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Controle de Constitucionalidade**. 8. ed. São Paulo: Método, 2008.

PORTELA, P. H. G. Fontes do Direito Internacional Público: os tratados. **Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

PUERTAS, C. C. C.; et. al. (Coord.). **Persona, Derecho Y Libertad**: nuevas perspectivas. Lima: Motivensa, 2009.

REZEK, F. **Direito Internacional**: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, G. do R. C. M. et al. **Orientações e dicas práticas para trabalhos acadêmicos**. 20 ed. Curitiba: IBPEX, 2007.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

TALAVERA, F. N.; MOYANO, L. G. **Derecho Internacional Público**. 1. ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

TREVISAN, T. V.; AMARAL, S. T. O caso Marbury contra Madison e a origem do controle difuso de constitucionalidade. **Revista Encontro de Iniciação Científica –ETIC**, São Paulo, v. 5, n. 5, 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2586/2274>>. Acesso em: 5 jan. 2014.

DESLOCAMENTO DO CENTRO DO PODER EMPREGATÍCIO E O SALÁRIO-RESULTADO

Amauri Cesar Alves

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho, PUC.Minas.
Professor Universitário, Universidade Federal de Lavras (UFLA) e Fundação Pedro Leopoldo (FPL).
Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG.
Editor do site www.direitodotrabalhoessencial.com.br

RESUMO

Perceptível nos últimos anos, nos contextos de reestruturação produtiva, toyotismo, pós-fordismo e especialização flexível, a ocorrência de deslocamento do centro do Poder Empregatício nas relações individuais de trabalho, tema que será visto no presente artigo conjuntamente com a análise da figura jurídica do salário-resultado. Em síntese pode-se afirmar que tem havido, ainda que de modo incipiente e localizado, a perda da centralidade da subordinação jurídica no âmbito do exercício do poder, que se desloca para a onerosidade. Assume relevância neste contexto a contratação de *salário* (complexo salarial ou remuneração) *variável*, cabendo sua quantificação final mensal ao empregado, que se torna, então, o principal instrumento de exercício do poder pelo empregador.

1 INTRODUÇÃO

Perceptível nos últimos anos, nos contextos de reestruturação produtiva, toyotismo, pós-fordismo e especialização flexível, a ocorrência de deslocamento do centro do Poder Empregatício nas relações individuais de trabalho, tema que será visto no presente artigo conjuntamente com a análise da figura jurídica do salário-resultado. Em síntese pode-se afirmar que tem havido, ainda que de modo incipiente e localizado, a perda da centralidade da subordinação jurídica no âmbito do exercício do poder, que se desloca para a onerosidade. Assume relevância neste contexto a contratação de *salário* (complexo salarial ou remuneração) *variável*, cabendo sua quantificação final mensal ao empregado, que se torna, então, o principal instrumento de exercício do poder pelo empregador.

2 DESLOCAMENTO DO CENTRO DO PODER EMPREGATÍCIO

Nas relações jurídicas de emprego marcadas pelo *fordismo*¹ o que se percebe é a preservação do centro do Poder Empregatício no âmbito da *subordinação* (dependência, CLT, artigo 3º), em que são comuns as chefias, os controles de tempos e movimentos, as

¹ Configura-se como um conjunto de técnicas, idéias e sistemas tendentes a racionalizar a produção, na linha de princípios e idéias tayloristas (“...o *intervencionismo da técnica, pela ação racionalizadora da direção efetiva, através da chefia numerosa, em toda a vida da empresa. Seu mecanismo se baseia no que Taylor chamou de ‘Scientific Management’, o que vale dizer, na gestão com fundamento científico ou na organização com fundamento racional.*” MEDEIROS, Océlio de. **Taylorismo, Faiolismo e Fordismo**: sistemas fundamentais de direção das empresas. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952. p. 82.) O criador do novo modo de produção que iria revolucionar as indústrias mundiais na primeira metade do século XX foi Henry Ford, fundador, em 1903, da Ford Motor Company, indústria automobilística norte-americana existente até hoje. Repensando a produção de seus automóveis, que era lenta e pouco prática, Ford descreveu, por volta de 1913, princípios que norteariam sua produção, e acabariam por se tornar modelo utilizado em todo o mundo.

punições por faltas, indisciplina ou insubordinação. Neste contexto também é comum a identificação estanque de função, dividida claramente em tarefas preordenadas e fiscalizadas. O controle patronal quanto ao modo da prestação laborativa se percebe facilmente e o trabalhador cumpre as ordens dos prepostos do empregador como modo elementar de manutenção de seu emprego. Neste contexto a subordinação (observância às ordens e comandos patronais) resulta direta e imediatamente em contraprestação (onerosidade), de modo que o empregado sabe que se cumprir fielmente com suas obrigações, observando seu horário de trabalho e suas atribuições, receberá, no final do mês, seu pagamento (normalmente em valor fixo).

Ocorre que em diversas relações em que se destaca o *toyotismo* ou *pós-fordismo*², no contexto da *reestruturação produtiva*, o centro de Poder Empregatício tem se deslocado da subordinação para a *onerosidade* (salário, CLT, artigo 3º). São dispensáveis as chefias, os controles patronais diretos sobre tempos e movimentos, bem como as punições disciplinares, sendo cada vez mais destacada a responsabilidade individual do empregado pela (melhor) composição de sua remuneração mensal (caracterizada pela variabilidade) e pela manutenção de seu emprego (metas a cumprir).

São dispensáveis, em tal perspectiva, as chefias, os controles, os horários, os locais fixos e determinados de prestação laborativa, as tarefas claramente definidas e ordenadas, bem como as punições como elemento dissuasor de comportamentos em desconformidade com o que se espera do trabalhador. O que vale, para inúmeros empregadores (e conseqüentemente para seus empregados) é o resultado final do trabalho desenvolvido, pouco importando os métodos, os meios e os meandros da prestação laborativa.

É claro que tal compreensão não afasta a exigência de subordinação jurídica como elemento fático-jurídico caracterizador da relação de emprego. É fato, também, que a maioria das relações empregatícias ainda é marcada pela *subordinação clássica* como ponto fundamental para o exercício do Poder Diretivo e para o reconhecimento do vínculo empregatício. O que se pretende aqui é apenas propor uma reflexão sobre novos cenários laborais e suas conseqüências para o Direito do Trabalho.

² Sistema produtivo pós-fordista, de especialização flexível, que desenvolve conceitos como o de “fábrica mínima” e “administração pelos olhos”, adotados inicialmente pela empresa automobilística japonesa Toyota. O primeiro consistia em diminuir os excessos sempre e ao mínimo possível, tanto de estoque e equipamentos, como de pessoal. Pela idéia de “fábrica mínima”, a indústria – ou qualquer outra sociedade empresária – é reduzida às suas “funções, equipamentos e efetivos estritamente necessários para satisfazer a demanda diária ou semanal”. (CORIAT, Benjamin. **Pensar pelo avesso**. São Paulo: Revan. p. 34) O segundo consistia em “fazer emergir à superfície, tornar ‘visíveis’, no sentido próprio do termo, todos os possíveis ‘excessos gordurosos’, tudo aquilo que uma fábrica pode dispensar, tudo aquilo que não é imperativamente necessário à entrega dos produtos vendidos.” (CORIAT, Benjamin. **Pensar pelo avesso**. São Paulo: Revan. p. 34) Pode-se dizer que o segundo possibilitaria o primeiro.

Inicialmente é importante destacar os contornos jurídicos do Poder Empregatício.

O Poder Empregatício é, no dizer de Delgado (2013, p. 664), o “conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego.” Viana (1996, p. 122-3 citando Magano), traz definição de Poder Diretivo em sentido estrito como “... a capacidade atribuída ao empregador para dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando à realização das atividades da empresa.” Trata ainda o citado autor do poder de organização como “... a capacidade do empresário de determinar a estrutura técnica e econômica da empresa bem como a estratégia tendente à realização dos objetivos desta.”

O poder no contrato de emprego se revela e subdivide em Poder Diretivo e Poder Disciplinar. O Poder Diretivo, por sua vez, se revela através do Poder Regulamentar e do Poder Fiscalizatório.

A regra patronal deve se limitar ao conteúdo do contrato de trabalho, não sendo lícita, presumivelmente, aquela que invade a esfera privada do cidadão trabalhador (Poder Regulamentar). Também não é lícita a regra que expõe o trabalhador a situação vexatória, que fixa condições impossíveis ou que contraria o disposto na Constituição da República, na legislação infraconstitucional ou nos acordos e convenções coletivos de trabalho.

O empregador, além de criar a regra no âmbito do contrato pode fiscalizar o cumprimento das suas diretrizes e determinações, bem como a integridade de seu patrimônio (Poder Fiscalizatório). Não há norma geral justralhista heterônoma infraconstitucional sobre as possibilidades e limites da fiscalização no âmbito da relação de emprego (ressalvadas exceções pontuais). Assim, também por isso, os limites serão constitucionais, por suas regras e princípios.³ A fiscalização patronal deve se limitar ao contrato de emprego, não sendo lícita, presumivelmente, a ação que invade a esfera privada do cidadão trabalhador. Também não é lícita a fiscalização ofensiva, invasiva, degradante ou desnecessária.

No que concerne ao Poder Disciplinar⁴ a ordem jurídica brasileira confere ao empregador a excepcional possibilidade de impor punição ao empregado no âmbito do contrato de trabalho. Delgado (2013, p. 670) destaca o poder disciplinar como “o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções

³ É claro que independentemente da existência ou não da regra celetista sobre os limites do Poder Empregatício a preponderância será sempre do Texto Constitucional. Os direitos fundamentais consagrados no Texto Constitucional de 1988, ainda que não se refiram expressa e diretamente às relações jurídicas de emprego, são a elas aplicáveis, dada sua eficácia vertical e horizontal.

⁴ Délio Maranhão, com Arnaldo Sussekind e José de Segadas Vianna, compreendia não ser possível a compreensão da existência do poder disciplinar, “que não é ‘poder’, mas ‘faculdade’, já que o contrato de trabalho, como dissemos, não estabelece um vínculo de natureza pessoal, deriva, por isso mesmo, do contrato, que, por outro lado, o limita.” SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA José de Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. vol. I, pág. 283.

aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.”

Também não há na legislação trabalhista infraconstitucional a imposição de limites claros ao exercício do poder disciplinar, cabendo ao empregador, em um primeiro momento, a imposição da pena conforme seu particular entendimento sobre o fato analisado. É claro, entretanto, que o empregador deve observar os direitos fundamentais do cidadão trabalhador no exercício do Poder Empregatício e, com natural destaque, do Poder Disciplinar, cabendo em última análise ao Poder Judiciário punir condutas patronais em desconformidade com a ordem jurídica vigente.⁵

No contexto de produção fordista o Poder Empregatício tem enfoque destacado na subordinação jurídica, conforme o anteriormente exposto. Diferente é a tendência verificada em situações juslaborais cujo modelo de produção é flexível, marcado pelo toyotismo, pois o que se percebe, em diversas situações fáticas, é o deslocamento do enfoque para a onerosidade. Aqui as regras (expressas ou tácitas, verbais ou escritas) valorizam a contraprestação pelo trabalho entregue, em detrimento da ordenação expressa e explícita do modo da prestação laborativa. A fiscalização direta, ostensiva e pessoal perde centralidade, sendo valorizado o resultado final do trabalho desenvolvido. As punições deixam de ser instrumento usual do exercício do poder pelo empregador, que tem na remuneração variável forma mais efetiva de exigir o cumprimento das obrigações e, sobretudo, de atingir diretamente o trabalhador menos produtivo. Tende a ser mais efetiva a expressão do Poder Empregatício ao impor perdas remuneratórias do que eventuais advertências ou suspensão disciplinar.

Em tal sentido os dados colhidos em entrevistas realizadas com 152 trabalhadores, em Minas Gerais.⁶ Os dados básicos são os seguintes: foram entrevistados 133 empregados celetistas, 01 empregado doméstico, 11 servidores públicos e 06 trabalhadores autônomos. Dentre os empregados celetistas, cerne da presente análise, 17,29% são comerciários, 30,83% são industriários, 38,35% são trabalhadores nos serviços e 13,53% trabalham em outros ramos de atividade econômica.

⁵ Entendo pessoalmente estar o empregador obrigado à observância, no âmbito de seu Poder Disciplinar, dos princípios constitucionais de *presunção de inocência*, *contraditório* e *ampla defesa*, que devem ser garantidos ao empregado ainda no curso do contrato de emprego e antes da aplicação de punição disciplinar. Sobre o tema ver artigo publicado na Revista LTr., ano 75, outubro de 2011, págs. 1209 a 1218.

⁶ Entrevistas realizadas entre os dias 13/03/2013 e 03/04/2013, com 152 trabalhadores em Minas Gerais, nas cidades de Belo Horizonte, Betim, Contagem, Divinópolis, Juiz de Fora, Pedro Leopoldo, Lagoa Santa, Matozinhos e Sete Lagoas, dentre outras. Tais informações não seriam colhidas não fosse a colaboração inestimável de prezados Amigos Advogados, meus sempre alunos de Graduação e Pós-Graduação: Adriana Castilho Ramos, Ariane Priscila de Almeida e Alves, Danielle de Jesus Dinali, Elisângela Maria Cordeiro, Flávio Soares da Cunha Filho, Josiane Veridiana Carmelito, Lucilene Aidê Rabelo, Marcos Roberto da Costa, Moacyr Moreira Penido Jr., Pamela Gandra Dornas, Paula Iziz Moreira Melo, Ramon Figueiredo Minas Costa, Roberto Henrique Silva Rocha, Silvânia Ferreira, Thiago Moraes, Valdene Lucena Soares e Companheiros do SINTICOMEX. A todos meu muito obrigado!

No que diz respeito à subordinação, 123 dos 133 trabalhadores celetistas entrevistados revelaram ter chefe, gerente ou supervisor em seu trabalho, ou seja, 92,48% desta amostra específica. Entretanto, 42,86% dos entrevistados revelaram não ter chefes com função exclusiva do controle do seu trabalho e de seus colegas. Dado expressivo diz respeito à materialização do poder disciplinar pelos empregadores celetistas: 66 dos 133 entrevistados celetistas nunca viram ou sequer ficaram sabendo de aplicação de punição disciplinar no âmbito de seu empregador. Obviamente não foram, eles próprios, punidos. Nunca viram ou ficaram sabendo de qualquer caso que envolva colega advertido, suspenso ou dispensado por justa causa em seu atual emprego, o que corresponde a 49,62% do total de empregados celetistas ouvidos.

No que concerne à contraprestação, 31,58% dos empregados celetistas entrevistados recebem remuneração variável e 36,09% do total têm metas a cumprir.

3 SUBORDINAÇÃO E ONEROSIDADE NOS CONTRATOS DE EMPREGO

É claro, e não se pretende aqui defender o contrário, que para haver contrato de emprego devem estar presentes concorrentemente os cinco elementos fático-jurídicos caracterizadores do vínculo empregatício: *trabalho por pessoa física, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação*. O que se destaca aqui são situações em que há a perda da centralidade da subordinação no âmbito do Poder Empregatício, que se desloca para a onerosidade, e não a exclusão daquele requisito para a afirmação do emprego.

No que tange à onerosidade, com base nos estudos em Direito Civil, oneroso é o contrato (e a relação jurídica) no qual “ambas as partes visam a obter vantagens ou benefícios, impondo-se encargos reciprocamente em benefício uma da outra” (PEREIRA, 1997, p. 37). Ou ainda, consoante lição de César Fiuza (2001, p. 252): “São contratos em que ambas as partes suportam um ônus correspondente à vantagem que obtêm”. Sussekind; Maranhão; Vianna (1961, p. 280), na década de 1960, definia o contrato de emprego como oneroso: “à prestação de trabalho corresponde à contraprestação de salário.”

Como regra, em uma análise juslaboral objetiva, pode-se dizer que a onerosidade manifesta-se, sob a ótica do trabalhador, “pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado” (DELGADO, 2013, P. 289-290). Assim, onerosa é, regra geral, a relação de emprego em que

há o efetivo pagamento ao obreiro de parcela remuneratória aos serviços prestados.

A onerosidade em Direito do Trabalho, para fins de caracterização da relação de emprego, pode ser entendida não só do ponto de vista objetivo, acima exposto, ou seja, se houve ou não pagamento de valores em contrapartida à utilização dos serviços obreiros, mas, também, do ponto de vista subjetivo, que diz respeito à intenção das partes no momento da contratação de emprego.

Pode-se inferir como regra geral que se não houver, durante o transcorrer da prestação laborativa, pagamento ao trabalhador pelos serviços prestados, mas houver, no momento da contratação, clara intenção do obreiro em vincular-se ao contratante de modo não gracioso, haverá o elemento fático-jurídico *onerosidade*.

No que concerne à subordinação jurídica, conforme dicção celetista, será empregado aquele que trabalha para o empregador como pessoa física, de modo não-eventual, sob a dependência deste e mediante o pagamento de salário (CLT, artigo 3o). Já em 1960 compreendia Maranhão; Sussekind; Vianna (1961, P. 280), a correta expressão do termo dependência, que deveria ser interpretado como subordinação jurídica:

Na verdade, a situação de dependência econômica da grande massa trabalhadora, resultante do liberalismo e da conseqüente revolução industrial, constitui uma das causas, senão a principal, do aparecimento do direito do trabalho. Mas não se trata, aqui, de indagar das razões econômicas e sociais do surgimento desse direito e sim, de dizer em que consiste o elemento – subordinação – que caracteriza o contrato de trabalho. A dependência do empregado, que sublinha tal contrato, há de ser entendida, pois, no sentido jurídico.

O termo subordinação deriva do latim subordinatio, que significa submissão, sujeição. “Seja em relação às coisas, ou às pessoas, revela sempre a condição que lhes é imposta para que se submetam a regras ou determinações derivadas ou oriundas do regime que lhes é estabelecido.” (SILVA, 1990, p. 274).

Observa-se na origem do termo uma ideia ou noção de observância pelo trabalhador das ordens emanadas pelo seu contratante no que concerne ao modo da prestação laborativa.

A análise acima apresentada, que destaca o que hodiernamente se denomina subordinação clássica, é suficiente à definição da existência ou não da relação de emprego (com a confluência dos demais requisitos, naturalmente), na maioria das situações jurídicas de trabalho. Ocorre, entretanto, que algumas relações de trabalho desenvolvidas atualmente não podem ser clássica e claramente identificadas como subordinadas ou como autônomas, vez que se situam em situação fronteira.⁷ Em diversas situações fáticas a relação de

⁷ Me permito, ainda que pontualmente, a insistência no reconhecimento da *parassubordinação* como medida protetiva. Hoje é possível depreender da doutrina brasileira que a dependência a que se refere a CLT deve ser

trabalho conterà traços reveladores de subordinação e de autonomia concomitantemente.

Assim:

[...] a subordinação, como qualquer fenômeno social, tem sofrido ajustes e adequações ao longo dos dois últimos séculos, quer em decorrência de alterações na realidade do mundo do trabalho, quer em virtude de novas percepções aferidas pela Ciência do Direito acerca desse crucial elemento fático-jurídico da relação empregatícia.(DELGADO, 2013, p. 295).

Ainda Delgado (2013, p. 296) fixa atualmente o conceito de subordinação estrutural para a revelação da relação jurídica em situações controvertidas específicas:

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmoniza (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.

Tal dimensão da subordinação, como acima exposto, não exclui o conceito de subordinação clássica, mas apenas possibilita ao intérprete, em casos concretos mais complexos, decidir pela vinculação jurídica empregatícia. As ordens emanadas pelo contratante, como bem destaca o Prof. Renault (2011, p. 37), “podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência”, cabendo ao intérprete perceber a subordinação dentro de uma visão mais ampla, contemporânea, concretizando assim o princípio da proteção à parte hipossuficiente da relação, que é o trabalhador.

É em tal contexto que se pode compreender a perda da centralidade da subordinação no que se refere ao Poder Empregatício, deixando amplo espaço para a atuação da onerosidade como elemento de destaque na expressão cotidiana do comando patronal sobre a prestação laborativa.

4 REMUNERAÇÃO E SALÁRIO

Os temas *remuneração* e *salário* são dos mais importantes no âmbito entendida tanto como subordinação jurídica clássica quanto como subordinação estrutural ou reticular. Assim, a Consolidação das Leis do Trabalho não pode representar óbice à aplicação da parassubordinação como elemento, também, identificador de empregado. Isso porque a dependência a que alude a norma celetista contida no artigo 3º deixa margem ao operador jurídico para determinar seu alcance. Da mesma forma que a jurisprudência e a doutrina afastaram-se da dependência (subjéctiva: econômica, técnica e social) para consagrar a subordinação (inicialmente clássica e hoje também estrutural) poderá haver, hoje, a leitura deste elemento fático-jurídico (requisito ou pressuposto) não só na perspectiva da relação subordinada, mas, também, pela relação parassubordinada. Trato especificamente do assunto no livro **Novo Contrato de Emprego: parassubordinação trabalhista**, publicado pela LTr. em 2005.

justralhista, pois consagram, na prática, o elemento fático-jurídico onerosidade, essencial à existência da relação de emprego. Ademais, como regra geral o trabalhador entrega sua força produtiva ou o seu saber-fazer em troca de uma contraprestação, sendo excepcionais as situações de trabalho sem intenção onerosa.

Viana (2008, p. 109) vai além:

Um dos efeitos visíveis do salário é o de fazer presumir a relação de emprego. Nesse sentido, subordinação e salário são faces de uma mesma moeda. O trabalhador troca a sua autonomia pela sobrevivência. Se não é mais vendido como escravo, de certo modo vende ou aluga a si próprio, ou mais exatamente a sua força-trabalho.

Para Marx, um dos efeitos invisíveis do salário é o de ocultar a extração da mais-valia. No regime feudal, o servo trabalhava alguns dias de graça para o senhor do castelo. A exploração era transparente. No sistema capitalista, é disfarçada sob a forma-salário.

Não obstante tal relevância fática e jurídica a legislação, a doutrina e a jurisprudência não especificam, de modo uniforme, os contornos jurídicos específicos de *remuneração* e de *salário*. Não há, no Brasil, entendimento padronizado no que diz respeito aos conceitos básicos sobre tão importante tema.

A dificuldade na conceituação tem início na leitura da regra do artigo 457 da CLT, que parece fixar a compreensão de que remuneração é a soma de salário mais gorjetas. O Prof. Delgado (2013, p. 714) entende que o legislador, na realidade, valeu-se da expressão *remuneração* para incluir, no conjunto do salário contratual, as gorjetas, que são valores pagos por terceiros.

A doutrina tende a compreender *salário* tanto como a parcela contraprestativa básica, principal, paga pelo empregador ao empregado em decorrência da entrega de força produtiva, quanto como o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado. Sussekind; Maranhão; Vianna (1961, p. 371) definia salário, na década de 1960, como a “retribuição dos serviços prestados pelo empregado, por força do contrato de trabalho, sendo devido e pago diretamente pelo empregador que deles se utiliza para a realização dos fins colimados pela empresa.” O Prof. Delgado (2013, p. 713) conceitua salário como “o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho”, e explicita tal compreensão, com base em Catharino, ao sustentar que se trata de um complexo de parcelas e não de uma única verba, todas contraprestativas.

O conceito de *remuneração* é também controvertido, havendo, conforme destaca o Prof. Delgado (2013, p. 714), pelo menos três sentidos diferentes para o termo. O primeiro trata *remuneração* e *salário* como equivalentes. O segundo trata *remuneração* como gênero,

ou o conjunto de parcelas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência do contrato, enquanto o *salário* seria sua espécie principal. O terceiro identifica *salário* como valor pago pelo empregador ao empregado, compondo a *remuneração* os eventuais valores pagos por terceiros em decorrência do contrato de emprego. Na década de 1960, Sussekind; Maranhão; Vianna (1961, p. 370) destacava o emprego do vocábulo *remuneração* normalmente “com sentido lato, correspondendo ao gênero do qual são espécies principais os termos salário, vencimentos, ordenados, soldos e honorários.” Definia o citado autor (2013, p. 371) *remuneração* como a “resultante da soma do salário percebido em virtude do contrato de trabalho e dos proventos auferidos por terceiros, habitualmente, pelos serviços executados por força do mesmo contrato”. Possível então compreender e definir *salário* como parcela contraprestativa principal paga pelo empregador ao empregado em troca do trabalho entregue, sendo *remuneração* a soma de parcelas (adicionais, gratificações, prêmios, comissões...) contraprestativas habitualmente pagas em decorrência do contrato.⁸

De qualquer maneira, mais importante do que a conceituação é a compreensão de que a parcela de natureza salarial (remuneratória, ou componente do complexo salarial) tende a integrar o patrimônio jurídico do empregado para diversos efeitos, com destaque para sua repercussão (reflexo) em FGTS, INSS, RSR, 13º salário, etc. Assim, se o entendimento é de que o salário-base é parte do complexo salarial (ou do salário, ou da remuneração), e que as demais parcelas que podem advir do contrato também são, o efeito abrangente e protetivo será mais relevante do que a conceituação doutrinária.

5 MODOS DE AFERIÇÃO DO SALÁRIO (TIPOS DE SALÁRIO)

Os salários podem ser estipulados, auferidos e pagos por *unidade de tempo*, por *unidade de obra* ou, ainda, *por tarefa*.

O tipo mais comum de contraprestação pactuada é *salário por unidade de tempo*. O empregador, conjuntamente com o empregado, fixa uma unidade de tempo e a ela atribui um valor em reais. As unidades de tempo mais comuns para fixação e aferição de salário são hora, dia, semana, quinzena e mês. Sussekind, Maranhão; Vianna (1961, p. 427) definia o salário por unidade de tempo como “importância fixa, paga em razão do tempo que o empregado permanece à disposição do empregador, independentemente do montante de serviços executados no correspondente período.”

Ainda que em inobservância ao princípio da alteridade, ou seja, com atribuição ao

⁸ Pessoalmente prefiro tal conceituação, embora seja possível esposar entendimentos outros a depender dos objetivos específicos da análise desenvolvida, como na definição de salário-resultado (item 6), *in casu*.

empregado de parte dos riscos do empreendimento, contempla a doutrina e a jurisprudência a fixação, aferição e pagamento de *salário por unidade de obra*, sendo as mais comuns à produção e à comissão. Nestes casos o empregador fixa um resultado esperado (uma produção ou a intermediação de um negócio, por exemplo) e a ele atribui um valor em reais. Novamente Sussekind, Maranhão; Vianna (1961, p. 427): “o salário por unidade de obra corresponde a uma importância que varia com a quantidade de serviço produzido pelo empregado, sem levar em conta o tempo gasto na sua execução.”

O salário fixado por tarefa é aquele em que se consagram as unidades tempo e produção. O empregador estipula uma determinada produção que deve ser alcançada em um dado tempo, fixando a correspondente contraprestação. Sussekind; Maranhão; Vianna (1961, p. 428) compreendia o salário por tarefa como “correspondente a uma importância fixa, paga em razão de períodos preestabelecidos, desde que o empregado execute, nesses períodos, um mínimo predeterminado de serviço.”

De qualquer maneira e independentemente da disponibilidade de trabalho semanal (o artigo 58-A da CLT deve ser reconhecido como inconstitucional)⁹ todo e qualquer trabalhador que tenha salário fixado por unidade de obra ou tarefa receberá, ao final do mês, qualquer que seja seu resultado na produção ou intermediação, um salário mínimo ou o piso da sua categoria.¹⁰

6 SALÁRIO-BASE, GRATIFICAÇÃO, COMISSÃO, PRÊMIOS.

As parcelas (modalidades) remuneratórias (componentes do complexo salarial ou salário) mais comuns são as seguintes: salário-base, abono, adicionais, gratificações, comissões e prêmios, podendo ser também consideradas como tal, em circunstâncias específicas, a quebra de caixa e as diárias para viagem e ajudas de custo fraudulentas (que em verdade são *salário*). Assim, o empregado pode receber, como remuneração, salário ou complexo salarial (a depender da definição adotada), a soma das diversas parcelas acima destacadas.

O *salário-base* ou salário básico é a parcela contraprestativa principal (regra geral) paga pelo empregador ao empregado como retribuição por trabalho entregue. Pode ser fixado por unidade de tempo, obra ou tarefa, como visto. Em nenhum contrato de emprego, celetista ou doméstico, pode ser o salário-base ou salário básico inferior ao

9 Infelizmente o Poder Judiciário Trabalhista não reconhece a patente inconstitucionalidade da regra celetista precarizante.

10 Nas situações fáticas em que se contrata trabalho por produção, comissão ou tarefa a estrutura elementar de Direito do Trabalho (regras e princípios) informa a necessidade de observância não somente ao valor do salário mínimo ou piso da categoria, mas da média remuneratória percebida pelo empregado, para que se preserve íntegro o princípio da alteridade, o que normalmente não é reconhecido jurisprudencialmente.

mínimo legal, vista a inconstitucionalidade da regra contida no artigo 58-A da CLT, face ao disposto no artigo 7º, inciso VII, da CLT.¹¹ Controvertida é, conforme adiante exposto, a possibilidade de contratação empregatícia sem salário-base, com a fixação apenas de comissionamento, situação que aparentemente contraria o disposto no artigo 7º, inciso IV e o princípio da alteridade.

Parcela remuneratória importante para a compreensão do tema central proposto e que pode comparecer ao contrato é a *gratificação*. As gratificações são parcelas pagas ou utilidades entregues pelo empregador ao empregado em decorrência de um fato ou circunstância que pretende aquele destacar, independentemente do agir contratual deste.

A gratificação terá natureza remuneratória (salarial ou componente do complexo salarial) quando habitualmente entregue, não havendo um marco temporal específico para que se reconheça tal permanência, variando a solução jurídica em cada caso concreto.

O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de ajuste tácito (Súmula 152 do TST) e, conseqüentemente, para afastar sua natureza jurídica remuneratória (salarial). No mesmo sentido, as gratificações habituais, inclusive a de natal (13º salário) consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário do empregado (Súmula 207 do STF).

Há alguns contratos de emprego, sobretudo no comércio e na intermediação de produtos ou serviços, em que há o pagamento de *comissões*. A comissão tem natureza eminentemente salarial e caracteriza salário por unidade de obra, uma vez que se destina à contraprestação básica por trabalho entregue. Sussekind; Maranhão; Vianna (2013, p. 395) definia a comissão como “modalidade de retribuição condicionada ao serviço realizado pelo trabalhador; é, assim, ‘uma feição especial da remuneração por unidade de obra’, correspondendo, normalmente, a uma percentagem ajustada sobre o valor do serviço ou negócio executado ou encaminhado pelo trabalhador.”

O comissionamento pode ser puro ou misto. Na primeira situação a comissão será a parcela contraprestativa básica, em substituição ao salário-base por unidade de tempo. Na segunda, ao salário fixado por unidade de tempo se soma o valor pago a título de comissão. Regra geral, que pode comportar exceções, o comissionamento é fixado em um percentual sobre a venda de produto ou serviço realizada pelo empregado.

De qualquer maneira e independentemente da disponibilidade semanal de trabalho, será respeitado o pagamento de salário mínimo ou do piso da categoria (salário normativo), vista a inconstitucionalidade da regra contida no artigo 58-A da CLT.¹² Tal

¹¹ Infelizmente o Poder Judiciário Trabalhista não reconhece a patente inconstitucionalidade da regra celetista precarizante.

¹² Infelizmente o Poder Judiciário Trabalhista não reconhece a patente inconstitucionalidade da regra celetista.

compreensão não invalida a possibilidade de contratação de comissionamento puro, consoante doutrina e jurisprudência. Em tal situação o empregador apenas complementar, se for o caso, a parte faltante até que se alcance o valor mínimo legal ou convencional.

Em consonância com princípios constitucionais e trabalhistas, com destaque para o princípio da alteridade, deveria o empregador manter não só o salário mínimo ou piso, mas, sim, a média das comissões do trabalhador, para que não tenha ele que arcar com o ônus de eventual insucesso do empreendimento no qual trabalha, não sendo esta, entretanto e aparentemente, a solução jurisprudencial majoritária.

Alguns empregadores, sobretudo na perspectiva de estimular uma atitude esperada de seus empregados, estabelecem a possibilidade do pagamento de *prêmios*, que são parcelas pagas ou utilidades entregues ao empregado em decorrência de um agir deste e que é destacado por aquele. Já em 1960, Sussekind; Maranhão; Vianna (1961, p. 407) tratava da figura jurídica do *prêmio-produção*, caracterizado como “complemento de um salário básico garantido, que nada mais representa do que a contraprestação do trabalho executado pelo empregado, proporcional à produção obtida”, ideia que será relevante para a definição de salário-resultado (item 6).

O prêmio terá natureza remuneratória (salarial ou componente do complexo salarial) quando habitualmente ofertado, não havendo um marco temporal específico para que se reconheça tal permanência, variando a solução jurídica em cada caso concreto. Trata-se, consoante melhor doutrina, de *salário-condição*, havendo, neste caso, aderência da cláusula instituidora e não necessariamente do valor do prêmio, que poderá ser pago ou não a depender da atuação do trabalhador.

Importante ressaltar que a denominação da parcela paga não fixa necessariamente sua tipificação, conteúdo ou natureza jurídica. A correta aferição do que foi contratado, independentemente de nomenclatura, se dá através da análise do contexto e das características dos pagamentos realizados.

Comuns em todo o contexto contratual trabalhista destacado acima a fixação de *metas* pelo empregador, que deverão ser observadas pelos trabalhadores no curso da relação de emprego. São cláusulas-condição que pressupõem sua implementação pelos empregados, sob pena de *consequências contratuais nocivas*, conforme adiante exposto. As metas, assim como o salário-resultado (item 6), tendem a atuar tanto no âmbito da subordinação jurídica quanto da onerosidade.

A fixação de metas é, na prática, instrumento de exercício do Poder Empregatício (regulamentar, fiscalizatório e, impropriamente, disciplinar), pois em regra o insucesso do trabalhador em relação ao seu cumprimento resulta em consequências contratuais nocivas,

lícitas ou ilícitas: perda de oportunidade de aumento de remuneração/salário, preterição para desenvolvimento funcional, dispensa e, em alguns casos concretos, punição, constrangimento e assédio moral, dentre outras.

No conjunto de entrevistados referidos no item 1 do presente estudo a fixação de metas como instrumento de responsabilização pessoal e profissional é significativa: 36,09% do total da amostra, chegando a 46,34% dentre os industriários pesquisados.

A meta é também, regra geral, critério a ser observado pelo empregador para a composição do complexo salarial do trabalhador, ou seja, caso cumpra aquilo que foi fixado o resultado pode ser um *plus* remuneratório, geralmente caracterizado juridicamente como prêmio (ainda que nem sempre receba tal denominação contratual).¹³

6 SALÁRIO-RESULTADO

Salário-resultado, no contexto da reestruturação produtiva e visto o deslocamento do centro do Poder Empregatício da subordinação para a onerosidade pode ser conceituado como *valor habitualmente pago ao empregado como contraprestação e instrumento de exercício do poder pelo empregador, variável e fixado em conformidade com os esforços pessoais do trabalhador. Ou, ainda, valor variável, fixado em conformidade com os esforços pessoais do trabalhador e habitualmente pago pelo empregador.*

Percebe-se no conceito proposto a dupla função do salário-resultado: contraprestativa e instrumental. Subordinação e onerosidade reunidos para o exercício do poder pelo empregador, com maior destaque para este elemento fático-jurídico caracterizador da relação empregatícia. Pode haver, também, aspectos quantitativo e qualitativo observados pelas partes contratantes para a definição de seu valor final mensal. Há análise quantitativa no que concerne à disponibilidade de trabalho (quando de pagamento de salário-base), enquanto o enfoque qualitativo se dá com relação ao desempenho esperado/alcançado pelo empregado (fixação da parcela variável do salário-resultado).

A composição do salário-resultado pode variar de acordo com as escolhas do empregador e com aquilo que é contratualmente definido entre as partes na relação de emprego (expressa ou tacitamente, verbalmente ou por escrito). Pode o salário-resultado ser constituído de *salário-base + comissão*; pode ser *salário-base + prêmio*; pode ser composto de *salário-base + comissão + prêmio*, ou, ainda, ser apenas constituído de parcela variável,

¹³ Excepcionalmente o cumprimento de uma meta pode não acarretar ganhos contratuais, sendo, então, apenas instrumento para o exercício do Poder Diretivo, uma forma de persuasão ao trabalho produtivo pelo temor do insucesso e, conseqüentemente, com aquilo que a administração de empresas comumente denomina “empregabilidade”.

como *comissão*, dentre outras possibilidades fruto da criatividade contratual individual ou da normatização autônoma coletiva.¹⁴

O importante para a caracterização justrabalhista do salário-resultado é que seja ao mesmo tempo contraprestação e instrumento de exercício do Poder Empregatício, ou seja, que o empregado desenvolva suas habilidades e competências não em decorrência de ordens patronais diretas quanto ao modo da prestação laborativa (com fiscalização, punição, chefias...), mas, sim, por disso depender a quantificação final do resultado de seu trabalho.¹⁵

Sua natureza jurídica é claramente salarial ou, dependendo da conceituação, remuneratória (complexo salarial), o que atrai consequências jurídicas e contratuais próprias, com destaque para o “efeito expansionista circular dos salários, que é sua aptidão de produzir repercussões sobre outras parcelas de cunho trabalhista e, até mesmo, de outra natureza, como, ilustrativamente, previdenciária” (DELGADO, 201, p. 724) e, principalmente, sua irredutibilidade constitucionalmente garantida.

A constatação da natureza jurídica do salário-resultado se deve às suas características elementares. Os Professores Viana (2008) e Delgado (2011) tratam das características centrais do salário. Destacam-se as seguintes: caráter alimentar; caráter *forfetário* (alteridade); indisponibilidade; irredutibilidade (CR, artigo 7º, VI); periodicidade; continuidade e pós-numeração.

Inequívoco que o salário-resultado tem natureza alimentar, pois é a principal parcela contraprestativa paga pelo empregador ao empregado como revelação prática da onerosidade contratual. Como visto a onerosidade é destacada no contrato em que se pratica salário-resultado, dada a sua centralidade no âmbito do Poder Empregatício. O empregado trabalha com organização, método, agilidade e presteza não porque as ordens são diretas e intensas para que assim aja, mas, sim, para que possa melhorar o valor final de sua contraprestação mensal.

O caráter *forfetário* pode ser preservado no salário-resultado ainda que haja variação da quantificação final da contraprestação mensal, desde que mantidos os parâmetros contratuais e que atue o empregador sem intenção de prejudicar a plena
14 A gratificação, observada sua natureza jurídica, não pode ser considerada componente do salário-resultado, vez que seu pagamento independe de um agir do empregado, sendo regra geral liberalidade do empregador que independe da atuação individual ou coletiva obreira. Já as gorjetas podem ser incluídas na composição do salário-resultado, pois sua percepção demanda, regra geral, atuação do trabalhador a ser valorizada pelo cliente e, em última análise, pelo empregador.

15 Ainda que não seja sua característica elementar e embora não seja este o foco do presente estudo, o salário-resultado pode atuar também como elemento distintivo da relação empregatícia em confronto com relações de trabalho sem vínculo de emprego, sobretudo nas situações fáticas em que há traços concorrentes de subordinação e de autonomia. A avaliação qualitativa dos resultados do trabalho por parte do contratante, elemento constituinte da ideia de salário-resultado, pode marcar a conclusão de trabalho por conta alheia e *dependência*, nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT.

concretização das condições de fruição pelo trabalhador.

A indisponibilidade de direitos trabalhistas e a imperatividade das regras autônomas e heterônomas aplicáveis ao contrato são características inafastáveis da relação de emprego, não sendo diferente no que concerne ao salário-resultado.

A periodicidade do salário-resultado é mensal, ainda que variável seu resultado final mês a mês. Consequência de sua periodicidade mensal é a continuidade do pagamento do salário-resultado, que não se esgota em uma única parcela contratual e se prolonga durante toda a prestação laborativa.

É característica do salário-resultado a pós-numeração, pois seu valor mensal dependerá da quantidade da disponibilidade de trabalho no período (aspecto quantitativo, quando observado) e, também, dos esforços pessoais do empregado para sua definição final (aspecto qualitativo).

Fixada a natureza jurídica salarial (remuneratória ou componente do complexo salarial) do salário-resultado, a aplicação da norma contida no artigo 7º, inciso VI da Constituição da República é imediata, imperando sua irredutibilidade, ressalvada a negociação coletiva trabalhista em sentido contrário. Assim, é característica do salário-resultado a sua irredutibilidade. A particularidade própria de salário variável exige uma análise específica da aplicação da norma constitucional no que diz respeito ao salário-resultado.

Ao contratar trabalho cabe ao empregador fixar, com a maior clareza possível, as regras inerentes à contraprestação a ser paga ao empregado, sobretudo quando a opção é pela pactuação de salário-resultado. Assim, os aspectos quantitativos (quando existentes) e qualitativos do salário-resultado devem ser claramente definidos, para que possa o empregado compreender suas possibilidades remuneratórias e para que o empregador possa se defender de eventual questionamento com relação ao correto pagamento dos valores mensais. Não obstante tal obrigação do empregador com relação à correta definição e formalização contratual referente ao salário-resultado, é possível, salvo melhor juízo, sua compreensão independentemente disso, ônus seu em caso de processo trabalhista, de acordo com o que foi realmente vivenciado pelas partes.¹⁶

Assim, a correta definição da disponibilidade de trabalho contratada e a consequente contraprestação a ser paga deve ser feita pelo empregador claramente, para
¹⁶ Ônus e riscos neste caso dizem respeito ao empregador. A ausência de documentação formal com os esclarecimentos necessários referentes à pactuação de salário-resultado não irá, por si e salvo melhor juízo, obstar o reconhecimento da avença específica, vista a característica de contrato realidade da contratação laborativa, mas dificultará a comprovação de tal figura. Risco destacado diz respeito à possibilidade de caracterização, se não houver correta especificação, de *salário complessivo*. Pode compreender o juízo trabalhista que houve *fixação de determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador (Súmula 91 do TST)*.

que se perceba e se afira o aspecto quantitativo (quando existente) do salário-resultado.

No mesmo sentido deve o empregador fixar claramente os aspectos qualitativos do salário-resultado, com definição clara dos critérios para a implementação das condições que ensejarão o pagamento da parte variável da remuneração mensal.

O empregador poderá fixar requisitos ou parâmetros¹⁷ para a definição das condições necessárias à percepção dos valores referentes à esfera qualitativa do salário-resultado, respeitados obviamente os princípios constitucionais aplicáveis à relação empregatícia, com destaque para isonomia (ou não-discriminação). Aplicável também, no plano infraconstitucional, a regra do artigo 468 da CLT, reveladora do princípio da inalterabilidade contratual lesiva. No mais, respeitado o imediatamente exposto, sobretudo os limites constitucionais ao exercício do Poder Empregatício, não cabe ao Poder Judiciário ou a terceiros interferir na definição dos contornos jurídicos do salário-resultado, pois tem o empregador a prerrogativa da gestão de seu empreendimento. Por fim, no que concerne ao salário-resultado será gravado de irredutibilidade não o seu valor final mensal, mas, sim, os requisitos ou parâmetros definidores das condições para a sua fruição.

Com base nas entrevistas feitas e destacadas no item 1 é possível compreender que 28 dos 133 empregados celetistas ouvidos recebem salário-resultado, ou 21,05% do total. Inicialmente foram considerados 57 trabalhadores que não contam com a figura de chefe, gerente ou supervisor com função exclusiva de controle e supervisão do trabalho de seus subordinados. Considerados também aqueles trabalhadores que, embora contem com chefias (diretas ou indiretas, exclusivas ou não) no controle do trabalho de seus subordinados nunca viram ou ouviram falar em sanções disciplinares no âmbito de seu local de trabalho e que totalizam 35 empregados. Destes 92 trabalhadores 28 recebem remuneração variável, número que representa, então, 21,05% do total (133) de empregados celetistas pesquisados. Tal análise, incipiente, de reduzido alcance e consistente em entrevistas aleatórias, tem apenas o propósito de convidar os estudiosos do Direito do Trabalho a uma reflexão sobre novos cenários trabalhistas e seus reflexos (mediatos ou imediatos) no contrato de emprego, sempre na perspectiva da realização das funções protetivas básicas do Direito do Trabalho no Brasil.

7 CONCLUSÃO

Tem havido em diversas situações fáticas de prestação laborativa, ainda que de

¹⁷ Exemplificativamente: frequência e pontualidade destacadas, cumprimento de metas, qualidade em atendimento, qualidade total, observância integral aos procedimentos, maior pontuação em ranking, avaliação de desempenho, etc.

modo incipiente e localizado, a perda da centralidade da subordinação jurídica no âmbito do exercício do poder pelo empregador, que se desloca para a onerosidade. São dispensáveis, em tal perspectiva, as chefias, os controles, os horários, os locais fixos e determinados de prestação laborativa, as tarefas claramente definidas e ordenadas, bem como as punições como elemento dissuasor de comportamentos em desconformidade com o que se espera do trabalhador. O que vale é o resultado final do trabalho desenvolvido, pouco importando os métodos, os meios e os meandros da prestação laborativa.

Hodiernamente a fixação de metas é, na prática, instrumento destacado de exercício do Poder Empregatício, pois em regra o insucesso do trabalhador em relação ao seu cumprimento resulta em consequências contratuais nocivas, lícitas ou ilícitas.

Diversos empregadores preferem, em tal contexto, a contratação de salário-resultado, que pode ser conceituado como valor habitualmente pago ao empregado como contraprestação e instrumento de exercício do poder patronal, variável e fixado em conformidade com os esforços pessoais do trabalhador.

É importante para a caracterização jurídica do salário-resultado ser ele ao mesmo tempo contraprestação e instrumento de exercício do Poder Empregatício, ou seja, que o empregado desenvolva suas habilidades e competências não em decorrência de ordens patronais diretas quanto ao modo da prestação laborativa, mas, sim, por disso depender a quantificação final do resultado de seu trabalho.

A correta definição da disponibilidade de trabalho contratada e a consequente contraprestação a ser paga deve ser feita pelo empregador claramente, para que se perceba e se afira o aspecto quantitativo (quando existente) do salário-resultado. No mesmo sentido deve o empregador fixar claramente os aspectos qualitativos do salário-resultado, com definição clara dos critérios para a implementação das condições que ensejarão o pagamento da parte variável da remuneração mensal.

REFERÊNCIAS

CORIAT, Benjamin. **Pensar pelo avesso**. São Paulo: Revan.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 2011.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MEDEIROS, Océlio de. **Taylorismo, Faiolismo e Fordismo**: sistemas fundamentais de

direção das empresas. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares et. alli. (Coord). **Parassubordinação: homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr., 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA José de Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

VIANA, Márcio Túlio, Remuneração e Salário. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (Coord.). **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO: *dumping* social trabalhista e suas (in)eficazes formas de combate

Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduada em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Federal da Paraíba. Professora efetiva do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba (I.F.P.B.).
E-mail: carolhlpimentel@gmail.com

Catarine Helena Limeira Pimentel

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (U.F.P.B.). Pós-graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Potiguar (U.P.). Pós-graduada pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista (ESMAT/PB). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP) e Curso PRIMA. Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (U.F.P.B.). Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.
E-mail: catarineh@yahoo.com.br

RESUMO:

O presente artigo versa sobre a relação direta entre capital e trabalho decorrente dos processos de transformações econômicas, estando dentre as mais discutidas a passagem da manufatura para a maquinofatura decorrente da mecanização das indústrias em todo o mundo. Este fato, associado a sistemas liberais, deu início a uma nova fase do capitalismo através da movimentação da composição técnica da produção que provocou um crescimento econômico a partir do qual se deve considerar o montante de trabalho exigido para o emprego dos meios de produção bem como o número de trabalhadores necessários para as respectivas atividades. Ocorre que no atual sistema capitalista de produção cresce a desigualdade social e a exploração do homem pelo capital em virtude da busca incessante dos empresários pela redução de seus custos, objetivo que pode ser alcançado mediante a prática de infrações das mais diversas naturezas, aqui tratadas especificamente as da seara sócio-trabalhista: possíveis negativas de direitos sociais e fixação de pessoas jurídicas em países que não prezam pela dignidade humana do trabalhador tem ocorrido em face de transferências de poder da Administração Pública para o setor privado sob o argumento da lógica do mercado, provocando o que se denomina de *dumping* social trabalhista. Providências anti-*dumping* têm sido adotadas em âmbito nacional e internacional, infrutiferamente, ao que se propõe, internamente, a intervenção do Estado no domínio social e econômico com a promoção de reformas tributárias e administrativas.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Trabalho. Capital. *Dumping* social trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista a impossibilidade de separação dos assuntos trabalho humano e processo de crescimento econômico haja vista o primeiro ser parte integrante do modo de produção e favorecer a acumulação do capital, importante analisar o papel do Estado nas relações estabelecidas entre empresa e trabalhador.

No estágio atual do modo de produção capitalista, qual seja, dos

monopólios, cresce a desigualdade social e a exploração do homem pelo capital, e, mesmo onde há um aumento do salário, este não acompanha a produtividade da empresa. Na realidade, as transformações econômicas intensificaram o descumprimento dos direitos laborais minimamente regulamentados, inclusive em âmbito internacional em virtude da integração econômica decorrente da globalização.

Observa-se que é habitual a prática da concorrência desleal que causa prejuízos à coletividade como um todo, inclusive malefícios na relação de trabalho decorrentes da transgressão reiterada de direitos dos trabalhadores em busca da acumulação de capital, o que caracteriza o *dumping* social trabalhista.

Já que voluntariamente os empregadores não se interessam com as causas sociais, principalmente com as de seus trabalhadores subordinados, evidenciam-se as desigualdades e, em razão disso, deve haver esforços nacionais e internacionais à solução dos conflitos entre as classes no sentido de promover políticas eficazes destinadas à justiça social, já que crescimento econômico e progresso social crescem inversamente.

Medidas de combate a estas práticas tem sido adotadas pelo Poder Judiciário no Brasil e estudadas, em âmbito internacional, pela Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), mas não vem surtindo resultados sociais favoráveis e o problema persiste. Os efeitos do capitalismo liberal demonstram a flexibilização das normas que regulamentam o trabalho em virtude da busca de diminuição de custos com trabalhadores sob o argumento da lógica do mercado, transferindo o poder de decisão do governo para os grupos empresariais, sejam nacionais ou estrangeiros.

Este pensamento precisa findar pois é imprescindível ao desenvolvimento a intervenção do Estado no domínio social e econômico, fixando e fiscalizando os direitos mínimos do trabalhador, e, através de reforma tributária tentar promover uma igualdade de contribuição, e, reforma administrativa, vedando e suspendendo benefícios comerciais para os capitalistas que incidam em práticas anti-concorrenciais com dimensão social.

2 A RELAÇÃO HISTÓRICA ENTRE CAPITAL E TRABALHO

Impossível tratar do tema trabalho desvinculado do seu conflito direto com o capital e, conseqüentemente, dos problemas causados por esta oposição que remetem a “questão social”.

Por ‘questão social’, no sentido universal do termo, queremos significar o conjunto de problemas políticos, sociais e econômicos que o surgimento da classe operária

impôs no mundo no curso da constituição da sociedade capitalista. Assim, a 'questão social' está fundamentalmente vinculada ao conflito entre capital e o trabalho. (CERQUEIRA FILHO, 1982 *apud* PAULO NETTO, 2011, p. 17).

O sistema capitalista objetiva o “aumento do excedente apropriado pelo capital com base no controle privado sobre os meios de produção e circulação” (CASTELLS, 2003, p. 53). Sendo assim, as relações sociais são inerentes ao modo de produção, o qual determina como serão utilizadas estas “sobras”.

A relação entre capital e trabalho tem fundamento na produção capitalista: há o vínculo entre pessoas e entre estas e a natureza, a qual é transformada (pelo homem) em produtos para consumo, o que caracteriza um processo social complexo tendo em vista que envolve o uso dos meios de produção para agir sobre a matéria (prima) com gasto de energia e uso de conhecimentos e informações.

“O capital... se conserva e aumenta por sua troca com o trabalho vivo... o operário recebe meios de subsistência em troca de seu trabalho, mas o capitalista, em troca de seus meios de subsistência, recebe trabalho.” (MANDEL, 1968 *apud* PAULA, 2008, p. 183). Este capital absorve a forma de mercadoria após a sua transformação pelo trabalho humano, ou seja, mediante a exploração do homem é que se produz a acumulação, o excedente do valor necessário socialmente.

A necessidade humana fez surgir o trabalho, nascido com o uso de ferramentas desde a Idade da Pedra, consideradas um avanço para a época. A História remonta a regimes de trabalho primitivo, escravo, feudal e capitalista, ora discutido. Estes perpassam séculos e são acompanhados de adaptações às necessidades humanas com o passar do tempo, porém sem perder a sua essência de transformar a natureza.

O capitalismo assume novas formas no decorrer da evolução do modo de produção: inicialmente comercial ou mercantil, sucedido do capitalismo clássico (concorrencial) até chegar aos monopólios, ingressando no estágio imperialista conforme leciona Paulo Netto e Braz (2007). Com a adoção de técnicas variadas de produção até o desenvolvimento das máquinas expandiu a indústria, provocando o aumento na circulação de mercadorias e o crescimento dos lucros, parte dos quais era investido no aperfeiçoamento da mecanização do sistema produtivo no intuito de expandir a oferta para o mercado consumidor. Pode-se dizer, portanto, que as mudanças nos padrões produtivos alteraram a composição orgânica do capital, aumentando a quantidade de trabalho morto em detrimento do vivo.

Importante mencionar que quando do surgimento das fábricas ainda se vivia em um mundo eminentemente rural e, o surgimento destas com a sua maquinofatura provocou o êxodo de muitas pessoas para as cidades e os outrora denominados de

camponeses se tornaram a classe chamada de proletariado.

A maquinaria trouxe grandes transformações políticas, econômicas e sociais para o mundo, seja em termos financeiros ou do ponto de vista da relação de trabalho. Com as mudanças ocorridas no mundo capitalista e a busca incessante por uma alta produtividade e pelo excedente pareceu natural fazer uso de modos de produção com uma quantidade menor de tempo de trabalho, inversamente a quantidade, cada vez maior, de mercadorias produzidas, e assim, conseqüentemente, aumentar o tempo dispendido pelo trabalhador para intensificar a referida produção e, portanto, multiplicar o capital já excedente.

Ocorre que, pela natureza do capitalismo baseado em uma ideologia liberal, defende-se a liberdade com fundamento no individualismo e na propriedade privada com o mínimo de participação do poder político, ou seja, as relações sociais sofriam pouca ou nenhuma coerção por parte do Estado, o que agravou a condição dos menos favorecidos na sociedade. Os trabalhadores passaram a viver na miséria em decorrência da venda barata da sua força de trabalho enquanto os industriais se tornaram a burguesia rica (nítida divisão de classes), deixando evidente a desigualdade social, provocada pela concentração e centralização do capital, e aprofundada no decorrer do tempo.

A transformação da humanidade trabalhadora em “força de trabalho”, em “fator de produção”, como instrumento do capital, é um processo incessante e interminável. A condição é repugnante para as vítimas, seja qual for o seu salário, porque viola as condições humanas de trabalho; e uma vez que os trabalhadores são destruídos como seres humanos, mas simplesmente utilizados de modos inumanos, suas facilidades críticas, inteligentes e conceptuais permanecem sempre, em algum grau, uma ameaça ao capital, por mais enfraquecidas o diminuídas que sejam. (BRAVERMAN, 1987, p. 124)

Os padrões produtivos utilizados possuem características próprias, mas seja no Fordismo, Taylorismo ou Toyotismo, os trabalhadores permanecem alienados haja vista a inexistência de autonomia dos mesmos em dissonância do interesse do capitalismo em otimizar a produção. Para tanto, estes modelos bastante estudados pelos economistas clássicos produzem uma divisão do trabalho, seja ela hierárquica, técnica ou social (em nenhuma hipótese igualitária), através da qual o ritmo da produção conseguiria ser controlado pelos detentores dos meios de produção em detrimento ao aumento da ignorância dos operários. (GORZ, 1996)

Sendo assim, após muitas reivindicações, os trabalhadores foram responsáveis pela Revolução Industrial (iniciada no final do século XVIII com expansão no início do século XIX): manifestação, iniciada na Inglaterra, de operários insatisfeitos com as mudanças no processo de produção, especificamente do afastamento de um sistema

eminentemente manufatureiro para o trabalho com máquinas, o qual agravou as condições de trabalho. Deu-se início a uma luta de classes decorrentes da contradição capital e trabalho. Assim expõem Paulo Netto e Braz (2007, p. 173):

A violência dos primeiros protestos operários era a reação inevitável à brutalidade da exploração capitalista, então basicamente centrada no incremento do excedente mediante a extensão da jornada de trabalho (mais-valia absoluta) – inexistiam quaisquer garantias para os trabalhadores, indefesos diante da rapacidade da burguesia. [...] a ausência de garantias aos trabalhadores – realmente, eles estavam à mercê do patronato, uma vez que o Estado, nas mãos dos capitalistas (ou de seus representantes políticos), atendia praticamente apenas aos interesses do capital.

Este evento influenciou diretamente a criação de normas sociais em virtude da pressão exercida pelas pessoas que vendiam a sua força de trabalho pois o Estado se viu obrigado a intervir da seara econômico-social, ainda que singelamente.

Na prática, o capital, desde o seu surgimento, se move em função da concorrência a qual sempre tenta ser superada por cada um dos outros produtores. O mercado provoca uma busca infundável para promover o desenvolvimento de tecnologias no intuito de melhorar a produção de suas mercadorias e os trabalhadores permanecem vinculados a burguesia pela subordinação, o que corrobora com o aumento das desigualdades.

Diante deste modo de organização social, Castel (2013, p. 30) afirma que os indivíduos vivem em relações de interdependência de proteção de direitos dos cidadãos e busca de crescimento econômico, e estes possuem divergências que provocam uma desordem no mundo e causam a “questão social”, denominada como tal aproximadamente em 1830.

3 DUMPING COMO EFEITO DA GLOBALIZAÇÃO

A partir do século XV a Europa realizou uma expansão marítima à procura de novas rotas para comercializar: os europeus chegaram ao Oriente e Américas e deram início a um processo de mundialização, ou seja, aproximação entre pessoas situadas em espaços geográficos distintos.

Este contato viabilizou as trocas e as conseqüentes operações do capital, que passaram a ter uma dinâmica global e, portanto, provocou uma expansão capitalista a partir da qual muitos Estados abriram suas economias de forma as considerar menos importantes em suas individualidades em detrimento de um mercado mundial. Este processo também pode ser denominado de globalização.

Não existe uma definição única e universalmente aceita para a globalização. O seu sentido exato é polêmico. Mas não há nenhuma dúvida de que a globalização tem um aspecto material: por exemplo, os fluxos [movimentos] do comércio, dos capitais e das pessoas que circulam entre os estados nacionais. Eles são facilitados por tipos diferentes de infra-estrutura: física (transportes, sistema bancário), normativa (as normas ou regras do comércio internacional) e simbólica (o inglês como língua global). O mundo ficou mais interligado. Como consequência disso tudo, fatos que ocorrem no outro extremo do globo podem ter sérios impactos na nossa sociedade, enquanto acontecimentos locais podem gerar repercussões mundiais. (VESENTINI, 2005, p. 104)

Diante da fase do capitalismo atual (monopolista), com a concentração de capital sobre o poder de poucos grandes grupos empresariais, não se associam apenas pessoas com interesses nacionais visando o domínio interno, mas há a fusão de capitais internacionais objetivando a conquista do mercado global.

Este fato consiste em uma nítida exportação de capitais, o que faz com que indústrias sejam instaladas em outros países. Como consequência disso tem-se que

Os efeitos dessa exportação de capital produtivo, quando dirigida a países menos desenvolvidos, são contraditórios. De um lado, permitem a criação ou a ampliação de atividades industriais e a modernização da economia dos países credores; de outro, subordinam a sua economia a decisões tomadas sem o seu controle e, com a repatriação dos lucros dos capitalistas estrangeiros, retiram dos países devedores enormes montantes do excedente produzido por seus trabalhadores. (NETTO; BRAZ, 2007, p. 181)

Sendo assim, os países investem seu capital em outro Estado mas seus ideais continuam na acumulação centralizada e concentrada do mesmo pois novas empresas monopolizadas e monopolizadoras surgem no mercado. Nesse crescimento está incluído o compartilhamento de tecnologia e, diante de inovações nesta área, as quais mudam até o estilo de vida das pessoas, o mundo vive uma revolução técnico-científica desde a década de 70.

Netto e Braz esclarecem (2007, p. 187) que, com a globalização, pode até se falar sobre um chamado desenvolvimento desigual e combinado, a partir do qual cada país possui um ritmo próprio (desigual), enquanto os mais atrasados podem até crescer economicamente porém combinando técnicas de produção modernas com relações sociais e econômicas atrasadas, mantendo-se nações dependentes e exploradas.

Ora, a tendência de se economizar trabalho vivo em virtude da utilização de tecnologias continua a alcançar o resultado de produzir excedente, o qual é apropriado exclusivamente pelo capitalista, ou seja, sem qualquer repasse àquelas pessoas que gastaram sua energia no decorrer do processo produtivo. Em suma, não há qualquer socialização da produção, seja internamente ou mesmo em âmbito internacional.

Do conjunto dessas atividades econômicas estudadas pela ciência denominada economia que tem origem o termo *dumping*, especificamente da internacionalização da produção de bens e a circulação de capital em todo o mundo, e as conseqüentes práticas destruidoras do instituto da concorrência, esta protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, particularmente, por normas de Direito Econômico. A expressão surge do verbo na língua inglesa *dump* e “significa, segundo o dicionário Michaelis, “esvaziar”, no sentido de se desfazer de algo.

O *dumping*, portanto, decorre da busca incessante dos empresários capitalistas em auferir mais lucros e competir na sua área de atuação, enfrentando os concorrentes (podendo acabar com a referida concorrência) com a redução dos preços de seus produtos em relação ao mercado, aumento de suas vendas e, conseqüentemente, de seu capital. Trata-se de um ciclo.

No mercado internacional uma empresa executa dumping quando: (a) detém certo poder de estipular preço de seu produto no mercado local (empresa em concorrência imperfeita); e (b) perspectiva de aumentar o lucro por meio de venda no mercado internacional. Essa empresa, então, vende no mercado externo seu produto a preço inferior ao vendido no mercado local, provocando elevada perda de bem-estar ao consumidor nacional, porque os residentes locais não conseguem comprar o produto a ser vendido no estrangeiro. (PINTO *apud* FRAHM; VILLATORE, 2011).

Logo, para se sobressair, o capitalista necessita vender seu produto a um preço inferior ao vigente no mercado, seja ele nacional ou internacional, bem como realizar esta transação a um preço abaixo do custo visando à predominância no processo competitivo.

Ora, nenhuma irregularidade ocorre com a utilização de meios apropriados para se alcançar tais objetivos porém problemas surgem quando várias manobras são empregadas e agredem a concorrência de maneira desleal e anti-ética. Porém, um dos fatores de mais fácil administração pelos capitalistas para atingir tais metas é a relação de trabalho tendo em vista a hipossuficiência dos trabalhadores face à classe patronal, a quem são subordinados hierárquica, jurídica e economicamente, de quem são abstraídos direitos sociais com o mínimo de empecilhos.

Sendo assim, a natureza do *dumping* é eminentemente comercial mas produz resultados negativos na seara contratual e empresarial, além de prejudicar diretamente o consumidor, o qual vai arcar com os prejuízos dos altos custos, principalmente se os atos prejudiciais a concorrência findarem por destruir a concorrência, surgindo monopólios, abrangendo toda a coletividade, e também os trabalhadores.

A toda evidência, isto acarreta significativa repercussão no mundo do trabalho, na medida em que permite às empresas transnacionais o traslado seletivo de suas atividades para localidades que ofereçam condições impositivas e financeiras mais vantajosas com normas de meio ambiente menos restritas e com custos laborais e sociais mais baixos. É exatamente neste ponto que os empregos sofrem uma exposição muito maior, diante da concorrência internacional para atrair capital e empresas e pelas quais se verifica, no exterior, o fenômeno da “terceirização” ou da “subcontratação” dos processos produtivos. (MATTIOLI; CANÊO, 2005, p. 232)

Logo, o deslocamento internacional de produtos e dos postos de trabalho entre diferentes países refletem no custo do produto oferecido pelas chamadas pessoas jurídicas “transnacionais” (assim denominadas por atuar em diversos países distintos do que se estabelece a sua matriz).

As empresas, na procura de investimentos menos onerosos, deslocam a sua área de atuação para os países ou regiões em que os salários são menores, as leis trabalhistas menos rigorosas, os sindicatos pouco atuantes e, muitas vezes, onde existam incentivos fiscais por parte dos governos, propiciando maiores lucros. (ARAÚJO, 2007, p. 86)

Por interferir diretamente na vida dos trabalhadores, PINTO (2011) afirma que se trata de *dumping social trabalhista*, que é um resultado colateral da fusão dos efeitos sociais e jurídicos da prática do *dumping*. Pode ser caracterizado, portanto, “pelo fato de se retirar reiteradamente do trabalhador direitos a ele inerentes de condições e remunerações dignas, afetando assim, não somente a pessoa humana e o seu patrimônio, mas sim, toda uma sociedade” (SOUTO MAIOR *et al*, 2012, *apud* MARDERS *et al*, 2014, p.8).

Internamente, este instituto se evidencia quando há a transgressão reiterada dos direitos laborais, podendo ocorrer pela falta de condições dignas de trabalho o que reduz os custos patronais e permite que seus produtos sejam vendidos nos mercados nacionais e/ou internacionais por preços menores que os estabelecidos pela concorrência.

Neste contexto, diante da relação de emprego na qual há uma assimetria de poder, as empresas retiram direitos dos seus trabalhadores visando a redução dos custos da produção, aumentando seus benefícios pois para os representantes da empregadores, o trabalhador não necessita ser remunerado proporcionalmente a prestação de seus serviços, desrespeitando-os.

As empresas procuram aumentar a sua produtividade independentemente das condições de trabalho oferecidas ao trabalhador, interferindo em sua integridade física ou moral. O Estado, em seu liberalismo desenfreado, tem permitido que o setor privado haja arbitrariamente a ponto de afetar a ordem pública, como é o caso do descumprimento de

normas trabalhistas.

Importante mencionar que os atos que corroboram para um crescimento econômico causam prejuízos não apenas a um trabalhador isoladamente mas a toda uma classe pois o fato de reduzir as atividades de uma empresa concorrente ou a tornar inoperante, extingue vários contratos de trabalho concomitantemente, aumentando o número de desempregados, ou seja, provoca um aumento do exército inativo de trabalhadores.

3.1 O *DUMPING* SOCIAL TRABALHISTA E A LEI GERAL DA ACUMULAÇÃO CAPITALISTA DE MARX

Diante do acima descrito, não restam dúvidas que o crescimento do capital influencia diretamente a vida da classe trabalhadora e este tema é amplamente discutido por Marx (1996, p. 245) ao tratar da Lei Geral da Acumulação Capitalista em *O Capital*”, momento em que esclarece a composição orgânica do capital: da perspectiva do valor, diferencia capital constante de capital variável, e da perspectiva da matéria, em meios de produção e força de trabalho viva, foco do presente estudo.

“O capital, poderoso senhor do mundo burguês, não é mais que mercadoria, mercadoria que se multiplicou, que foi acumulada” (PAULA, 2008, p. 174) e para o seu crescimento é necessário movimentar a sua composição técnica, seja pelo engrandecimento da força de trabalho, isto é, da relação com o montante de trabalho exigido para o emprego dos meios de produção, ou pelo aumento do número de trabalhadores.

Força de trabalho é aí comprada não para satisfazer, mediante seu serviço ou seu produto, às necessidades pessoais do comprador. Sua finalidade é a valorização de seu capital, produção de mercadorias que contenham mais trabalho do que ele paga, portanto, que contenham uma parcela de valor que nada lhe custa e que, ainda assim, é realizada pela venda de mercadorias. Produção de mais-valia ou geração de excedente é a lei absoluta desse modo de produção. Só à medida que mantém os meios de produção como capital, que reproduz seu próprio valor como capital e que fornece em trabalho não-pago uma fonte de capital adicional é que a força de trabalho é vendável. As condições de sua venda, quer sejam mais quer sejam menos favoráveis para o trabalhador, incluem, portanto, a necessidade de sua contínua revenda e a contínua reprodução ampliada da riqueza como capital. O salário, como se viu, condiciona sempre, por sua natureza, o fornecimento de determinado quantum de trabalho não-pago por parte do trabalhador. (MARX, 1996, p. 251)

Logo, desde o século XIX se estuda que a base da acumulação de capital é condição de dependente dos trabalhadores e sua conseqüente exploração eis que estes não satisfazem suas próprias necessidades com o salário recebido haja vista a

contraprestação pelos seus serviços ser desproporcional. Ora, é a parcela de trabalho não-pago que se transforma em capital, caracterizando a lei geral da acumulação de capital de Karl Marx.

Esta lei, considerando o contexto industrial inicialmente exposto, explica a divisão entre classes decorrente da acumulação de capital: cresce consideravelmente a demanda de trabalhadores sem o proporcional aumento da oferta de trabalho, surgindo o exército industrial de reserva, dentre os quais pode ser encontrada a superpopulação relativa na forma líquida, que são os trabalhadores em idade ativa, mas que flutuam entre a atividade e inatividade (também denominada de superpopulação relativa flutuante); latente, formada pelos trabalhadores remanescentes no campo após o êxodo rural; e estagnada, caracterizada pelo mínimo de salário em um máximo do tempo de trabalho, colaborando diretamente para o pauperismo (MARX, 1996,).

Os trabalhadores que integram este exército são bastante funcionais para a acumulação de capital eis que estão condicionados ao ócio em virtude de sobretrabalho de outros, os quais se submetem às condições mais precárias de trabalho com o mínimo de resistência.

Se, por um lado, sua acumulação multiplica a demanda de trabalho, por outro multiplica a oferta de trabalhadores mediante sua “liberação”, enquanto, ao mesmo tempo, a pressão dos desocupados força os ocupados a porem mais trabalho em ação, portanto, até certo ponto, torna a oferta de trabalho independente da oferta de trabalhadores. O movimento da lei da demanda e oferta de trabalho completa, nessa base, o despotismo do capital. (MARX, 1996, p. 270)

Neste contexto, clarividente a relação entre o exército de reserva e a sua importância para o capitalismo: mantém os trabalhadores submissos às péssimas condições de trabalho, bem como o salário, por mais baixo que seja, sujeita os trabalhadores a aceitação e conformismo quando se sabe que outros trabalhadores estão dispostos a aceitar valores menores para sair da situação de miserabilidade que se encontram.

Uma vez que a organização do modo de produção capitalista tenha se desenvolvido plenamente, nada lhe resiste. A geração constante de um excedente relativo de produção mantém a lei da oferta e da procura de trabalho e assim mantém os salários num nível que corresponde às necessidades do capital. A triste compulsão das relações econômicas completa a sujeição do trabalhador ao capitalista (MARX, 1996 *apud* MANDEL, 1982, p. 335-336).

Consoante acima descrito, o modo de produção vem provocando a desumanização do trabalho, ou seja, a desvalorização da pessoa do próprio trabalhador

dentro do processo de produção de mercadorias, no qual as pessoas se esforçam para adentrar e, em seguida, permanecer.

Cabe agora aos subordinados adotar um comportamento que tenha boas chances de agradar aos chefes e de estimulá-los a 'adquirir' seus serviços e seus 'produtos' particulares – exatamente como os outros produtores e revendedores que estimulam em seus potenciais consumidores o desejo de comprar as mercadorias que vendem. 'Seguir as rotinas' não basta para atingir esse objetivo. (BAUMAN, 2010 *apud* PORTO, 2012, p. 233).

Logo, é nítido que as relações sociais sofrem interferência das relações econômicas e o Estado neoliberal, o qual possibilita o setor privado agir segundo a própria determinação, arrisca as suas próprias estruturas (dentre elas o ordenamento jurídico) e políticas públicas em busca exclusivamente de sucesso financeiro na integração econômica.

Muitos anos se passaram com a utilização de medidas prejudiciais aos trabalhadores em detrimento do crescimento da economia das empresas para as quais estes prestavam serviços até a identificação de tais atos como *dumping* social trabalhista.

4 MEDIDAS DE PROTEÇÃO: práticas anti-*dumping*

O processo capitalista pode até promover o crescimento econômico, essencial ao sistema, mas é insuficiente para uma estratégia de desenvolvimento eis que a expansão de serviços sociais não tem acompanhado o aumento das rendas (SEN, 2000, p. 57). Quantitativamente cresce o dinheiro em circulação ao passo em que decai a qualidade de vida da maioria da população, esta dependente do seu trabalho subordinado. Por esta razão, muito se tem discutido acerca de como evitar o *dumping* social trabalhista.

Entendido como a reiterada prática lesiva aos valores sociais do trabalho e aos princípios da livre concorrência de mercado, deve ser rigorosamente dificultado sob o risco de o Estado brasileiro conformar-se com a negativa de direitos sociais já conquistados após muito suor e sangue.

Ora, no Brasil existem as normas trabalhistas e, em caso de descumprimento destas, deve haver uma multa administrativa imposta pelo Ministério do Trabalho e Emprego (M.T.E.), com a possibilidade de determinação em processo judicial de obrigação de pagar verbas trabalhistas não concedidas adequadamente bem como indenização ao trabalhador (além de tais verbas), a obrigação de reparar o prejuízo causado a toda a sociedade, além da empresa prejudicada.

Merece consideração o fato de que inexistente no Brasil legislação regulamentadora do *dumping* social trabalhista mas cumpre esclarecer que na Câmara Federal dos Deputados, a qual está ciente (pelo menos na teoria) dos problemas sociais acerca do tema causados no Brasil, tramita um Projeto de lei nº. 1615/2011 de iniciativa do deputado Carlos Bezerra (PMDB/MT), apresentado em 15/06/2011, cuja ementa esclarece seu objetivo: “Fixa indenização e multa administrativa para a empresa que pratique concorrência desleal descumprindo a legislação trabalhista para oferecer seu produto com preço melhor”.

Ao analisar o seu inteiro teor, vislumbra-se que o artigo primeiro conceitua o instituto do *dumping* social, ao passo que o dispositivo legal subsequente remonta as possíveis punições em caso de prática, quais sejam: pagamento de indenização ao trabalhador prejudicado equivalente a 100% (cem por cento) dos valores que deixaram de ser pagos durante a vigência do contrato de trabalho; pagamento de indenização à empresa concorrente prejudicada equivalente ao prejuízo causado na comercialização de seu produto; pagamento de multa administrativa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por trabalhador prejudicado, elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser recolhida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Não se pode deixar de perceber que se está propondo uma norma que estabeleça punição para o descumprimento de outra norma. Ora, o fundamento de tal projeto é criar uma legislação específica que discorra sobre o descumprimento de normas jurídicas pré-estabelecidas. Neste contexto, se todas as normas existentes que são desobedecidas provocarem novas, o Poder Legislativo não suportará a quantidade de projetos análogos ao mencionado. Se as primeiras normas não tem eficácia, qual a razão de tornar a segunda vigente? Qual a finalidade prática do referido projeto? Apresentar para a população uma proposta de solução de problemas sociais sem qualquer eficácia haja vista a continuidade da dependência da prestação jurisdicional?

Talvez a resposta da última pergunta seja positiva mas, independentemente da intenção do legislador, na prática, o impasse não será solucionado. Trata-se de uma simples tentativa de demonstrar à população uma preocupação com a questão social no intuito de abrandar os ânimos dos que lutam pela causa dos trabalhadores.

Em âmbito internacional as medidas de proteção ao trabalhador ficam sob a responsabilidade da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), internacionalmente conhecida como *I.L.O.* (do inglês *International Labour Organization*), que é uma pessoa jurídica de direito público externo que integra a O.N.U. (Organização das Nações Unidas). Esta se apresenta como uma agência internacional que permite que vários países

discutam sobre temas relativos ao trabalho bem como atuem em busca de desenvolvimento em concomitância com melhorias nas relações de trabalho e a legislação aplicável.

Os regramentos laborais, por conseguinte, não se bastam nas estruturas tradicionais quando incidem sobre relações travadas além dos limites do Estado-nação. Há uma demanda por regramentos que fujam da conformação hierárquica tradicional, mediante a utilização de matrizes normativas diversas daquelas ortodoxamente construídas. Assim, a utilização simultânea das normas de direito internacional clássico, dos regulamentos empresariais, códigos de conduta em matéria trabalhista, contratos coletivos transnacionais, entre outros, atestam a importância da transversalidade no manejo de questões trabalhistas transnacionais.”(BELO; CORDEIRO, 2012. p. 132)

Importante mencionar que a O.I.T. possui autonomia em relação a O.N.U., e, conseqüentemente, aos Estados que a compõem mas sua atividade fica restrita aos Estados partes e àqueles que intencionam ratificar as normas já aprovadas pelos primeiros, o que impede a tão visada universalização da justiça social. Para corroborar a importância de seu papel, o qual visa aproximar os interesses de classes opostas, cumpre esclarecer que ela é composta ainda por representantes dos trabalhadores e dos empregadores.

Assim, apenas os países que se incorporaram livremente a O.I.T. e subscreverem suas normas, devem segui-las, porém a regulamentação estabelece condições específicas haja vista cada país possuir suas individualidades e, conseqüentemente, sua própria regulamentação. Esta entidade vem empregando esforços para que haja uma proteção transnacional dos trabalhadores contra o *dumping* social, tentando promover a uniformização de princípios e normas jurídicas e estabelecendo reciprocidade nas suas aplicações.

Sendo assim, uma das soluções atuais para combater o *dumping* social trabalhista é a internacionalização das normas de proteção ao trabalho no sentido de tornar as regras vigentes em países que comercializam entre si mas, diante da liberdade de aderir às normas celebradas pela O.I.T., o problema persiste.

4.1 COMO COMBATER O *DUMPING* SOCIAL TRABALHISTA

Este estudo faz uma crítica às medidas anti-*dumping* utilizadas até o presente momento haja vista entender que as mesmas não dispõem de eficácia social. Diz-se que o princípio da proteção é basilar para as relações sociais, o qual na teoria é fácil de ser cobrado mas na realidade sofre com os contornos da supracitada lei da acumulação do

capital.

Se as práticas capitalistas que podem caracterizar o *dumping* social trabalhista têm como alvo o acúmulo de capital, é neste fim que as medidas protetivas devem se ater e, como os grupos detentores do capital não modificarão suas atitudes espontaneamente, pode-se através do poder legal coagir os sujeitos a se comportarem da forma desejada sob penas proporcionais e eficientes.

O mundo tem buscado incessantemente o desenvolvimento do capital sem restrições legais que servem de barreiras/obstáculos para a aquisição da sua mais-valia e a liberdade de agir dos detentores do capital tende a aumentar as divergências sociais de tal sorte que se faz necessária a intervenção do Estado na economia capitalista, tanto nas relações sociais quanto econômicas, seja na fase de produção como de acumulação, ainda que provoque impactos negativos como uma possível queda nos resultados econômicos.

O capital é incapaz de produzir por si mesmo a natureza social de sua existência em suas ações; precisa de uma instituição independente, baseada nele próprio, mas que não esteja sujeita a suas limitações, cujas ações não sejam determinadas, portanto, pela necessidade de produzir (sua própria) mais valia. Essa instituição independente, ao lado mas fora da sociedade burguesa pode, baseada simplesmente no capital, satisfazer as necessidades imanentes negligenciadas pelo capital.... O Estado não deve ser visto, portanto, nem como um simples instrumento, nem como instituição que substitui o capital. Só pode ser considerado uma forma especial de preservação da existência social do capital 'ao lado, mas fora da concorrência'. (MANDEL, 1982, p. 336)

Não se pode permitir que a ordem pública fique ao dispor dos interesses da livre iniciativa do setor privado sendo, portanto, imprescindível, a intervenção estatal no domínio econômico no intuito de garantir acesso a um trabalho decente conforme preceitua a Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.). Logo, necessário haver um controle sobre o capital, o que pode se dar pelo Estado em prol de uma coletividade.

O direito não resolve problemas econômicos. Todavia, num regime democrático, parece-lhe caber o papel de indicar atuações econômicas dentro de certas balizas constitucionais, centradas na liberdade e na igualdade. Trata-se, portanto, da própria normatividade da Constituição. Assim, o direito não constrói, por si, segurança e bem-estar no trabalho. Todavia, sua autonomia e a normatividade da Constituição exigem compromisso vertical (dos poderes constituídos) e horizontal (envolvendo todas as relações entre particulares) com os direitos fundamentais. (PORTO, 2012, p. 238).

Afirmar que o Brasil se encontra entre as melhores economias do mundo em termos de desenvolvimento econômico ao passo em que este país exibe um Índice de Desenvolvimento Humano (I.D.H.) baixíssimo a ponto de sua posição no *ranking* mundial

ser desprezível, apenas demonstra que ainda há muito a melhorar no que se refere às medidas adotadas.

Precisa-se de reforma tributária e administrativa visando uma maior igualdade e a vedação de benefícios comerciais aos praticantes de *dumping* social trabalhista, ou suspensão dos já concedidos, para os capitalistas que incidam em práticas anti-concorrenciais com dimensão social.

Pode-se até falar em capitalismo utópico (CASTEL, 2013, p. 264-275) baseado na ingenuidade dos que assim declaram mas haver crescimento econômico com a participação e o desenvolvimento da classe trabalhadora remontaria a um futuro melhor tendo em vista uma ordem econômica e social menos instável.

5 CONCLUSÃO

A acumulação de capital decorrente do atual sistema de produção decorre do gasto de energia por parte do trabalhador que se encontra em situação de hipossuficiência nos conflitos de classe evidenciado neste estudo eis que o mesmo é nitidamente explorado em decorrência da sua subordinação econômica e, conseqüentemente, social.

Com a permissão da política neoliberal vivenciada nas últimas décadas, em face da necessária redução de custos da produção, no Brasil são retiradas as poucas garantias dos trabalhadores, aumentando a divergência entre as classes sociais, como no caso específico do proletariado e da burguesia.

Esta liberdade associada à globalização e seus efeitos econômicos tem gerado sérias conseqüências para o mundo do trabalho: os governos vêm sofrendo interferências diretas do setor privado, a quem compete, na prática, o poder de muitas decisões que apenas beneficiam grupos pequenos da população, quando não apenas um único.

Livres, os capitalistas fazem uso de práticas anti-concorrenciais, ou seja, permitem que empresas coloquem seu produto no mercado nacional e mundial a preços mais baratos que as concorrentes às custas da exploração do trabalho, seja por transgressão de normas internas ou investimentos em países com menos proteção social que o de sua matriz, o que se denominou de *dumping* social trabalhista.

As relações sociais, portanto, sofrem interferências diretas do sistema econômico, e provocam feridas no ordenamento jurídico brasileiro, o qual vem adotando medidas de combate ineficazes, bem como a O.I.T., a nível internacional, também sem sucesso.

O sistema capitalista de produção, portanto, por sua própria natureza, provoca os conflitos entre classes decorrentes da desigualdade social e não modificará o seu modo de produção espontaneamente. E, mesmo sendo uma batalha difícil, não se pode desistir de integrar os interesses opostos: deve haver harmonia entre o crescimento técnico-científico-econômico e o avanço social, provocando, assim, desenvolvimento, ainda que em decorrência de pressão estatal através de reformas administrativas e tributárias.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. Paradigmas constitucionais para a construção de um novo perfil de empresa. **Rev. TST**, Brasília, v. 73, n. 3, jul./set. 2007. Disponível em: <www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redde.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2007;1000810297> Paradigmas constitucionais para a construção de um novo perfil de empresa. Acesso em: 13 set. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BELO, Manoel Alexandre Cavalcante; CORDEIRO, Wolney de Macedo. A mitigação da estatalidade como elemento integrante do núcleo regulador das relações de trabalho transnacionais: perspectivas para a construção de sistema de proteção social de caráter global. In: ALBUQUERQUE, Armando et al (Org.). **Desenvolvimento: aspectos sociais, econômicos e político-criminais**. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 1.615/2011, de 15 de Junho de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e Capital Monopolista: a degradação do trabalho no séc. XX**. Tradução: Nathanael C. Caixeiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Tradução: Iraci D. Poletti. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

CASTELS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer e Klauss Brandini Gerhardt. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e terra, 2003. 1 v.

CERQUEIRA FILHO, G. **A questão social no Brasil**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1982.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006.

DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/definicao/inglesportugues/dump%20_444887.html>. Acesso em: 19 jul. 2014.

FRAHM Catarina; VILLATORE Marco Antônio César. *Dumping social e o Direito do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.scribd.com>>. Acesso em: 30 jun. 2011.

GORZ, André. **Crítica da Divisão do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MANDEL, Ernest. **A formação do pensamento econômico de Karl Marx**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

_____, Ernest. O estudo da Fase do Capitalismo Tardio. In: MANDEL, Ernest. **O Capitalismo Tardio**. Apresentação: Paul Singer. Tradução: Carlos Eduardo Silveira Matos; Regis de Castro Andrade e Dina de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MARDERS, Fernanda; LAMB, Nairo Venício; MACHADO, Raimar Rodrigues. A proteção transnacional dos trabalhadores contra o *dumping* social no Brasil: análise do papel da organização internacional do trabalho. In: XI SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. Disponível em:

<online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/11833/1662+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>. Acesso em: 24 ago. 2014.

MARX, Karl. A Lei Geral da Acumulação Capitalista. In: KARL MARX. **O Capital**. Coordenação: Paul Singer. Tradução: Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MATTIOLI, Carlos Eduardo; CANÊO, Luiz Carlos. O Novo Mundo do Trabalho. **Rev. TST**, Brasília, v. 71, n. 2, maio/ago. 2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1313019/12.+O+novo+mundo+do+trabalho>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

PAULA, João Antônio de. O “Outubro” de Marx. **Revista Nova Economia**. Belo Horizonte: UFMG, v. 18, maio/ago. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/neco/v18n2/v18n2a01>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

PAULO NETTO, José. **Capitalismo Monopolista e Serviço Social**. São Paulo: Cortez, 2011.

PAULO NETTO, José; BRAZ, Marcelo. O imperialismo. In: **Economia Política: uma introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego?* **Rev. TST**, Brasília, v. 77, n. 3, jul/set 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/Dumping+Social+ou+delinqu%C3%Aancia+patronal+na+rela%C3%A7%C3%A3o+de+emprego>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

PORTO, Noemia. Sofrimento banalizado em “Carne e Osso”: o direito a qual proteção fundamental? **Rev. TST**, Brasília, v. 78, n.3, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/6051320/Sofrimento+banalizado+em+Carne+e+Osso+-+o+direito+a+qual+prote%C3%A7%C3%A3o+fundamental>>. Acesso em: 13 set. 2014.

SEN, Amartya. **O desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUTO MAIOR, J. L.; MENDES, R.; SEVERO, V.S. ***Dumping social nas relações de trabalho***. São Paulo: LTr, 2012.

VESENTINI, José William. *Sociedade e espaço: geografia geral e do Brasil*. 44. ed. atual. e reform. São Paulo: Ática, 2005.

TRABALHO IRREGULAR NO SERVIÇO PÚBLICO E DIREITOS TRABALHISTAS DECORRENTES

Catarine Helena Limeira Pimentel

Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, graduada em Direito e mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), pós-graduada em Ciência Jurídicas pela Universidade Potiguar (UP); pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista (ESMAT/PB) e pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP) e Curso PRIMA.

E-mail: catarineh@yahoo.com.br

Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-graduada em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Federal da Paraíba. Professora efetiva do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba (I.F.P.B.).

E-mail: carolhlpimentel@gmail.com

RESUMO

A exigência de concurso público como forma de acesso aos quadros da Administração Pública tem sido irregularmente relativizada em razão do desvirtuamento das exceções previstas por lei e arbitrária ampliação das mesmas pelos gestores públicos para, muitas vezes, obtenção de vantagens, privando os trabalhadores de seus direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Embora exista um órgão do Poder Judiciário especializado em matéria empregatícia, o Supremo Tribunal Federal confere competência à Justiça comum para julgar as lides dos trabalhadores contra a Administração Pública, permanecendo aqueles que ofertam sua energia para prestação dos serviços à margem da garantia dos seus direitos, em clara afronta aos princípios fundamentais da Constituição.

Palavras Chave: Concurso Público. Trabalho Irregular. Administração Pública. Direitos Trabalhistas.

1 INTRODUÇÃO

Através de um levantamento bibliográfico e jurisprudencial, o presente estudo tem o objetivo de analisar os fundamentos da contratação pública, especialmente de trabalhadores diretamente com os entes públicos, avaliando a eficiência dos serviços e cumprimento constitucional.

Sabendo que existem inúmeras restrições à contratação de pessoal no serviço público, retrato do princípio da legalidade que rege a Administração Pública, cujos atos não podem se afastar dos exatos termos da legislação, pretende-se demonstrar como tais exigências têm sido encaradas e como refletem nos direitos dos trabalhadores, analisando as situações ilegais em que se encontram aqueles cuja força de trabalho é explorada pela Administração, bem como apresentando o entendimento divergente das autoras em face da jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores.

2 HISTÓRICO DA OCUPAÇÃO DOS CARGOS PÚBLICOS

Nos primórdios da história da humanidade civilizada, o rei soberano tinha plenos poderes para nomear os ocupantes dos cargos públicos, fortalecendo a sociedade de classes imiscíveis.

Apesar de forte resistência, ondas democráticas influenciavam alguns governos a adotar o princípio da capacidade em tal seleção, priorizando a igualdade e afastando qualquer distinção que não decorresse de virtudes e talentos dos indivíduos, assim como estabelecido no art. 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, editada em 1789, após a Revolução Francesa.

Hoje, o método predominantemente indicado para ingresso na Administração Pública é o concurso público, consagrado na democracia brasileira.

Dos países adotantes do instituto, alguns estabelecem regras mais rígidas para protegê-lo de burlas, enquanto outros, detentores de maior maturidade política, oferecem liberdade aos gestores possibilitando, em casos excepcionais, certa flexibilização em favor do interesse público. O Brasil, maculado pela herança coronelista, deve manter o rigor a fim de não abrir margens ao clientelismo.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer o concurso público como requisito imprescindível para o ingresso nas carreiras do serviço público, revelando avanço legislativo e rompimento com os costumes de apadrinhamento, demonstrando total coerência com os princípios da impessoalidade e eficiência, que também surgiram no seu texto. Além disso, discriminações seriam inconstitucionais diante do princípio da isonomia (art. 5º, CF).

Sendo um meio idôneo de recrutamento através do sistema meritório, sem favorecimentos ou perseguições, o concurso público rende benefícios à Administração Pública, que, selecionando os mais qualificados e permanecendo fiel à moralidade, garante a eficiência na prestação dos serviços e a satisfação da sociedade.

O concurso público é muito bem colocado nas palavras de MEIRELLES (2005, p. 419) como:

(...) o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.

O Brasil possui regras rigorosas para ingresso nos quadros da Administração

Pública, valorizando a democratização e o mérito pessoal, entretanto, burlar o concurso público é uma ação corriqueira que fere frontalmente os princípios constitucionais.

3 CONTRATAÇÕES SEM CONCURSO PÚBLICO E SUAS IMPLICAÇÕES

A Constituição Federal impõe a aprovação em concurso público para a investidura nos cargos, empregos e funções públicas (art. 37, II), ou seja, também é requisito para os empregos ocupados em regime celetista.

Assim, nenhuma forma de investidura prescinde do certame, entendimento este consagrado pelo Supremo Tribunal Federal pela Súmula 685 que estabelece a impossibilidade de mudança de cargo sem novo concurso público, exceto quando se tratar de carreira, do contrário, o provimento é eivado de inconstitucionalidade face o ingresso ilegítimo no cargo, passível de anulação pelo Judiciário ou pela própria Administração.

Ocorre, porém, que o próprio dispositivo que o exige também prevê ressalvas, como é o caso dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, baseados exclusivamente em critérios subjetivos de confiança da autoridade competente. Entretanto, a garantia constitucional do concurso público somente pode ser afastada nas ocasiões que o próprio constituinte estabelecer.

Podemos exemplificar com a EC nº 51 de 2006 que incluiu o §4º no art. 198, estabelecendo uma nova forma de contratação ao prever que “Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público”.

Esta Emenda é resultado de grande reivindicação da classe, reconhecendo os Parlamentares a necessidade de flexibilização para assimilar as peculiaridades da função de tais agentes. Perceberam que deveria ser desenvolvida por pessoas reconhecidas pela comunidade onde atuariam, solucionando a questão sem se afastar completamente do princípio do concurso público vez que seria necessário um processo seletivo para acesso a tal cargo, com exigências previstas em lei e com possibilidade de perda em caso de descumprimento dos requisitos específicos nela fixados (art. 198, § 6º), não sendo tais agentes resguardados somente pelos arts. 41, § 1º e 169, § 4º, igualmente aos demais servidores públicos.

Outro caso de ingresso sem prévia aprovação em concurso público é a nomeação de membros de Tribunais pela regra do “quinto constitucional”, através da qual uma lista sêxtupla de profissionais é indicada pelo Ministério Público ou pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ao Tribunal onde ocorreu a vacância, o qual reduz em uma lista tríplice,

sendo, finalmente, escolhido pelo Chefe do Executivo para nomeação no cargo.

As exceções são previstas constitucionalmente e existem para garantir o Estado Democrático de Direito e o bem comum.

Ocorre que contratações sem concurso têm ocorrido de forma imoral, ferindo o direito público subjetivo de todos, a quem o Constituinte conferiu igual oportunidade de acesso.

A irregularidade nas contratações de trabalhadores pela Administração Pública pode ocorrer diretamente ou através de contratos de terceirização, que é uma forma excepcional de contratação de trabalhadores e ocorre por intermédio de uma empresa interposta, com a qual serão formados os vínculos empregatícios.

Para que seja lícita, deverá se enquadrar aos moldes da Súmula 331 do TST, que autoriza as situações de contratação temporária em atividades de vigilância, de conservação e limpeza e em serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. A contratação ilegal gera vínculo direto com o tomador de serviços, exceto com a Administração Pública devido ao requisito formal do concurso público para a investidura, sob pena de nulidade.

Quanto aos cargos comissionados e às funções de confiança, a Constituição (art. 37, V) determina que estas sejam exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, enquanto aqueles podem ser ocupados por qualquer pessoa da confiança da autoridade competente, devendo um percentual ser reservado aos servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. A interpretação majoritária é que ambos são provisórios e criados para o exercício de atividades de direção, chefia e assessoramento.

Contudo, há quem dê interpretação diversa, defendendo que o constituinte determinou que as funções de confiança e os cargos comissionados destinados aos servidores efetivos são apenas aqueles cujas atribuições sejam de direção, chefia e assessoramento, afirmando a possibilidade de existirem outros não enquadrados nessas três hipóteses, permitindo a delegação de funções de confiança a pessoas que não pertencem aos quadros da Administração, desde que não sejam de direção, chefia e assessoramento (MORAES, 2005, p. 313).

Verifica-se a cristalina intenção de desviar a finalidade da norma, concedendo um embasamento “legal” aos administradores públicos para injetarem pessoas desqualificadas que não preencheram os requisitos para a investidura, promovendo favorecimentos imorais e ofensores ao Estado Democrático de Direito. Tal interpretação se funda em aparente dubiedade facilmente afastada pelas regras de hermenêutica jurídica.

Sabe-se que o constituinte criou vários preceitos para alcançar uma Administração Pública moralizada, eficiente, obediente às leis e combatente das desigualdades e discriminações, afastando um ancestral de favorecimentos que se distendia na história da humanidade. Desta feita, o concurso público se tornou a porta de entrada nos quadros da Administração, selecionando os mais capacitados e tornando mais eficiente o serviço público, representando um direito da sociedade de concorrer em pé de igualdade com os apadrinhados.

Contudo, o constituinte foi razoável ao prever situações excepcionais que dispensam a aprovação em concurso pela necessidade da atuação de pessoas de confiança, com necessário poder de influência.

Assim, interpreta-se o inciso V a partir do princípio da unidade da Constituição, afastando as aparentes contradições entre as normas constitucionais, bem como interpretações que suprimam ou diminuam a finalidade da Constituição, consoante a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham papel útil no ordenamento jurídico.

Portanto, a melhor interpretação é a de que todas as funções de confiança são ocupadas por servidores efetivos, da mesma forma parte dos cargos comissionados, prezando pelo princípio meritório e valorização dos servidores efetivos, corroborando a excepcionalidade da ocupação de cargos públicos sem aprovação prévia em concurso e afastando a existência de cargos de confiança desvirtuados e conseqüentemente as contratações irregulares.

Ultrapassada a questão, verifica-se que o maior problema se encontra nos cargos comissionados cuja nomeação e exoneração são *ad nutum*, ou seja, eivadas de discricionariedade diante da liberdade do administrador que facilmente desrespeita as limitações impostas para a existência e ocupação dos mesmos.

Tal discricionariedade tem se transformado em arbitrariedade, pois o número de cargos dessa natureza criados tem sido desmedido e suas atribuições, quando existentes, não demonstram a responsabilidade inerente, além de serem preenchidos sem mérito, resultando num sistema ineficiente e imoral.

Em que pese a EC 19/98 ter intuito moralizador, ao prever a possibilidade de cargos comissionados para as atribuições de assessoramento, possibilitou a contratação sem concurso para o exercício de atividades indefinidas, com respaldo no critério de confiança, deixando margem para contratação irregular e servindo como fundamento às más gestões públicas.

O inciso IX do art. 37 dispõe também que “a lei estabelecerá os casos de

contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”, facilitando ainda mais a irregularidade nos vínculos públicos.

Três são os requisitos: expressa previsão legal da hipótese, necessidade temporária e excepcional interesse público.

Comumente, os gestores mantêm a ineficiência da Administração por contratar pessoas desqualificadas em troca de favores políticos e promessas de campanhas, através de contratos temporários sem qualquer interesse público excepcional.

O excepcional interesse público se dá quando os recursos de que dispõe a Administração não atenderem à necessidade inesperada, e sobre seu alcance há duas correntes doutrinárias. A majoritária entende que a contratação deve sempre ser para função temporária, sendo a necessidade permanente, deverá ser realizado concurso público. A segunda corrente, indiscutivelmente minoritária, defende que a contratação temporária pode decorrer de serviços de caráter transitório ou permanentes, estes em circunstâncias especiais, como por exemplo, uma epidemia que cause a morte de vários funcionários de um hospital, o qual restará despreparado, possibilitando a contratação enquanto se prepara um concurso (MELLO, 1991, p. 194). Em qualquer delas é imprescindível o excepcional interesse público, fato inesperado e anômalo, com repercussões imprevisíveis.

As leis que disciplinam as hipóteses são editadas por cada ente federado, devendo ser restritas e específicas, observando os princípios da moralidade e razoabilidade sem dar margens às contratações precárias.

No âmbito federal a lei editada para disciplinar as contratações temporárias é a Lei nº. 8.745/93 que prevê várias diretrizes para as leis estaduais e municipais, como o que se considera necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 2º), a exigência de processo seletivo simplificado para recrutamento do pessoal a ser contratado (art. 3º) e o prazo máximo da contratação (art. 4º), o qual frequentemente é desrespeitado diante das sucessivas prorrogações que fraudam a regra do prazo determinado, pois caso necessária a continuidade dos cargos de interesse temporário, torna-se imprescindível a realização de certame no intuito de converter os mesmos em cargos de provimento efetivo.

Diante disso, verificam-se inconstitucionais as contratações temporárias para atender a necessidades permanentes perfeitamente previsíveis por contrariarem a exigência do concurso público, da mesma forma nos parece inconstitucional esta temporariedade ainda que seja provido através de concurso público, pois a Constituição Federal é clara ao dispor de “contratação por tempo determinado para atender a *necessidade temporária de excepcional interesse público*”.

Assim, não entendemos certas contratações públicas temporárias, como dos Juízes Leigos e Conciliadores previstos nas Leis de Juizados Especiais (Leis. 9.099/95 e 10.259/01), os quais são órgãos da Justiça Ordinária com atividades permanentes e essenciais à Justiça. Apesar de preencherem o requisito da previsão legal, não têm natureza transitória e não satisfazem o requisito do interesse público excepcional, pois são atividades permanentes do Judiciário.

Além disso, quando os ocupantes estiverem esbanjando eficiência serão afastados, surgindo necessidade de repetição do procedimento e treinamento de novos contratados. Da parte destes, quanto à prestação dos serviços, não possuem os mesmos direitos dos servidores efetivos nem dos trabalhadores celetistas, sendo-lhes suprimidos direitos como remuneração, férias e licenças em razão da natureza legal de auxiliares da justiça.

Observa-se hoje que as gestões públicas conservam irregularmente milhares de servidores temporários, muitos por décadas através de prorrogações infundáveis e sem qualquer processo seletivo ou aferição de capacidade para o desempenho das funções, beneficiando alguns em detrimento dos mais capazes de acessar os cargos públicos que são vitaliciamente ocupados por temporários.

Mas tal não ocorre somente no Poder Executivo ou Legislativo, também é comum encontrar tais irregularidades nos Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas e até nos Ministérios Públicos, tornando difícil encontrar um órgão digno de moral a quem recorrer. Aliás, através de inconstitucional “efetivação”, inúmeras são as tentativas de regularizar a situação desses servidores, normalmente parentes, amigos e correligionários de Governadores, Prefeitos, Deputados, Desembargadores, Procuradores, etc.

Nota-se, então, um conjunto de anomalias que envolvem a contratação temporária como forma equivocada de admissão: ausência de seleção, ainda que simplificada, para aferição da capacidade; renovação contínua do contrato; exercício de funções não previstas na lei como de excepcional interesse público; natureza permanente dos cargos, entre tantos outros vícios que envolvem esta espécie de contratação pública.

Torna-se imprescindível manter em vista a finalidade do instituto que é dar seguimento a prestação do serviço público diante de necessidade excepcional de interesse público, em respeito ao princípio da continuidade ou permanência.

É possível ainda que a Administração promova o correto processo seletivo para provimento de cargos, mas não observe a ordem de classificação dos candidatos. Isso ocorre quando se quer privilegiar algum candidato aprovado em colocação posterior ou por perseguição a determinado candidato, bem como em nomeação de candidato de concurso

posterior quando ainda haja candidatos aprovados em concurso vigente prévio.

Nesses casos, a jurisprudência consolidou o entendimento de que o candidato aprovado deixa de ter mera expectativa de direito passando a ter direito líquido e certo à nomeação, afinal, a Administração Pública que tem discricionariedade para nomear na medida de sua necessidade e previsões orçamentárias, demonstrou a necessidade do serviço e a disponibilidade de recursos quando deu provimento a nomeação do mesmo cargo ou de cargo com idênticas atribuições.

4 DIREITOS DOS TRABALHADORES IRREGULARMENTE CONTRATADOS

Entendeu o constituinte que a inobservância do concurso público gera a nulidade dos atos, implicando afirmar que os contratos de trabalho estabelecidos com tal irregularidade pela Administração são nulos (art. 37, § 2º), pois a validade do ato jurídico depende da observância da forma prescrita em lei (art. 101 e 166, IV, Código Civil).

Sabe-se que civilmente os atos nulos de pleno direito produzem efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagem e não geram qualquer efeito, restituindo as partes ao *status quo ante*. Todavia, no Direito do Trabalho a teoria da nulidade é diferenciada tendo em vista a impossibilidade de devolver ao empregado a força de trabalho despendida, gerando efeitos tão somente *ex nunc*, sem retroação.

Ora, a nulidade constitui uma garantia em favor da sociedade, do contrário, a contratação irregular ao invés de motivar uma punição, beneficiaria o contratado, que seria integrado aos quadros públicos sem prévia aprovação em concurso, bem como o gestor, que contrataria irregularmente sempre que tivesse interesse pessoal em conceder um cargo público.

Todavia, diante das teorias civilistas e juslaborais, os efeitos da contratação ilícita ainda são controvertidos, havendo quem defenda não gerar qualquer direito ao trabalhador ilicitamente contratado. Neste entendimento, não importa o dispêndio de energia pelo trabalhador, não existe direito fundado em ato ilícito, ainda que haja favorecimento dos contratantes que se beneficiaram da prestação dos seus serviços sem a devida contraprestação. Outra vertente vem contrapor tal radicalismo na mesma medida, uma vez que assegura a vinculação jurídica direta à Administração Pública, contrariando os dispositivos constitucionais de avaliação de mérito.

Uma corrente intermediária não afasta a eficácia do concurso público, o que impede a contratação direta, nem confere posição privilegiada ao contratante, mas assegura

ao trabalhador todas as verbas trabalhistas aplicáveis ao empregado público, fundada no princípio da isonomia. Ressalta-se que se trata tão somente das verbas trabalhistas, sem retificação de Carteira do Trabalho. Para os avessos de tal corrente, seria beneficiar e estimular a contratação ilícita.

Em consequência disso, editou o TST a Súmula 363 uniformizando a jurisprudência no sentido de conferir aos trabalhadores apenas os direitos à contraprestação pactuada e aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, desobrigando os gestores ao pagamento das verbas indenizatórias, o que parece configurar fraude aos direitos dos trabalhadores protegida por uma relação ilicitamente estabelecida.

Assim, na tentativa de compatibilizar a nulidade do contrato de trabalho e a impossibilidade de restabelecer a situação anterior, o TST pretendeu recompensar o trabalhador lhe garantindo apenas o salário dos dias trabalhados e os depósitos fundiários, contudo, tal entendimento gera grande polêmica, pois embora a nulidade decretada gere efeitos apenas para o futuro, o trabalhador admitido irregularmente não auferiria vários direitos originários do contrato de trabalho, retratando a preeminência do princípio da legalidade a que se submete a Administração em prejuízo dos direitos individuais do trabalhador.

Deparamo-nos novamente com um aparente conflito constitucional: de um lado o princípio da legalidade e do concurso público, de outro o princípio da dignidade da pessoa humana, ora trabalhador.

Em que pese o entendimento sumulado do órgão de cúpula do Poder Judiciário Trabalhista, é interessante enfrentar a questão sob o prisma dos direitos fundamentais constitucionais e novamente nos valendo de regras hermenêuticas.

A contradição de princípios constitucionais pode ser superada por redução proporcional do alcance de cada uma, ou conferindo prioridade a alguma. No presente caso, verificando que os direitos dos trabalhadores se enquadram no Título “Dos direitos e garantias fundamentais” da Constituição e que o constituinte não excepcionou a obrigatoriedade dos mesmos, não parece que o concurso público e os princípios administrativos devam prevalecer em prejuízo da dignidade do trabalhador, principalmente porque o próprio beneficiário, o ente público, é que deu causa à nulidade.

Não se pretende defender o vínculo do trabalhador com a Administração Pública sem a prévia aprovação em concurso público, o que significaria priorizar o bem particular em detrimento do bem comum, mas romper com qualquer vínculo entre as partes sem desprezar o valor do trabalho.

Deve-se considerar o trabalho decente proclamado pela Organização

Internacional do Trabalho, ou seja, o trabalho dignamente exercido e justamente remunerado, afastando as situações em que restar provada a ausência de efetiva prestação de serviços (finalidade única de auferir vantagens financeiras), quando, por óbvio, não ensejaria qualquer contraprestação.

É importante diferenciar os direitos trabalhistas gerais dos direitos trabalhistas com caráter de fundamentabilidade, que são os sociais fundamentais elencados no art. 7º da CF, criados para se opor ao próprio Estado em defesa do trabalhador. Assim, aplica-se a teoria da oponibilidade dos direitos fundamentais, que deverão ser resguardados mesmo nas contratações públicas irregulares.

Ora, em que pese entendimento contrário, acredita-se que num Estado Democrático de Direito, garantidor da dignidade da pessoa humana, não pode o trabalhador ser privado de seus direitos mínimos sob o pretexto da observância à moralidade e legalidade a que se submete a Administração Pública.

Não é permitido ao gestor descumprir a Constituição, mas também não se deve negar ao trabalhador seus direitos fundamentais, até porque a imoralidade e ilegalidade tem início desde a contratação nula consciente pela Administração, não sendo razoável que a mesma se beneficie pelo não cumprimento dos ditames constitucionais sociais na justificativa de observá-las apenas posteriormente, quando do afastamento do servidor.

Diante disso, tem-se relativizado a interpretação para assegurar ao trabalhador além do salário *strictu sensu*, os demais direitos já consumados pelo serviço prestado, com base em vários fundamentos como os princípios da irretroatividade e da dignidade da pessoa do trabalhador, a alteridade no contrato de trabalho, etc.

Entretanto, sendo a questão ainda muito controvertida, Alexandre Roque Pinto listou diversos tipos de decisões nos tribunais, nas quais teve os empregados:

a) direito a todas as parcelas salariais, indenizatórias e rescisórias, como se válido fosse o contrato, com fundamento no princípio da irretroatividade das nulidades e na não-responsabilização do empregado pelos desmandos do administrador;

b) direito a todas as parcelas salariais e indenizatórias, exceto às rescisórias, com fundamento no princípio da irretroatividade das nulidades e na possibilidade de desfazimento do contrato a qualquer momento, sem necessidade de pré-aviso ou indenização;

c) direito às parcelas estritamente salariais, como salários, 13º salários e férias, acreditando compensar as energias despendidas;

d) direito apenas ao salário, garantido o mínimo legal, os atrasados e o saldo de salário, pois já compensaria as energias despendidas;

e) direito somente aos salários atrasados na forma pactuada, mesmo que seja inferior ao mínimo;

f) todos os direitos negados, já que a nulidade absoluta retroage ao início do contrato, e não teria que devolver as parcelas recebidas durante o contrato por uma questão de equidade.

Vê-se como a matéria é controvertida, mas acreditamos injusta a negativa dos direitos fundamentais do trabalhador, afinal, quando os particulares descumprem leis trabalhistas são obrigados a pagar todos os direitos do trabalhador, enquanto o descumprimento da Constituição pelo empregador público lhe favoreceria a usufruir da força de trabalho sem contraprestação, em nítido enriquecimento ilícito, quando, não raras vezes, mantém paralelamente um gasto desordenado com fins ilegítimos.

Ocorre que não somente a Administração comete ilegalidade, também o trabalhador, que não pode alegar ignorância da lei (art. 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil) e nem sempre se vale da teoria da coação econômica presumida, por necessitar do salário para sobreviver.

Não raras vezes, o contratado age de má-fé ao burlar o concurso público e ingressar sem esforço no serviço público, ocupando durante anos uma vaga destinada àquele que preencheu os requisitos legais. Tal razão nos remete a uma difícil solução jurídica, não sendo razoável negar os direitos fundamentais como disciplina a súmula 363, tampouco estender todos os direitos.

A decretação de nulidade poderia ser considerada semelhante a uma demissão por justa causa recíproca, sendo os mesmos direitos conferidos, até porque os efeitos gerados pela nulidade são *ex nunc*, valendo confirmar que direitos são auferidos enquanto o contrato permaneceu válido.

Não tendo preenchido os requisitos legais ingresso nos quadros da Administração Pública, a estes trabalhadores não podem ser estendidos direitos exclusivos dos servidores públicos, aliás, não lhe devem ser concedidos quaisquer um além dos elencados no art. 7º da Constituição, direitos fundamentais a todo trabalhador.

Lembrando da situação dos Juízes Leigos e Conciliadores, acreditamos serem cargos indevidamente temporários por constituírem atividade permanente sem interesse excepcional, e por serem instituídos por leis, federais e estaduais, os dispositivos que os disciplinam podem ser considerados inconstitucionais por não atenderem ao art. 37, IX, CF.

Independentemente da natureza do vínculo ser estatutária ou trabalhista, devem os contratados auferir direitos trabalhistas com fundamento no art. 39, §3º da CF, no caso dos ocupantes de cargos efetivos, ou no 7º, quando forem empregados públicos.

No entanto, alguns órgãos têm descumprido estes ditames constitucionais com argumento de que os contratados são auxiliares da justiça e ocupantes de encargos, não são servidores públicos e não têm direito às vantagens previstas na Constituição. Servidores públicos ou trabalhadores comuns, o fato é que diariamente sua força de trabalho é explorada, cumprindo horário determinado, possuindo deveres e devendo seguir às determinações de superior hierárquico, não sendo, portanto, autônomos e tornando incompreensível o afastamento de direitos como férias e 13º.

Interessante é o caso do Tribunal de Justiça da Paraíba que, após consulta encaminhada ao Conselho Nacional de Justiça (Pedido de Providências nº. 1.070, com relator Dr. Paulo Schmidt), os considerou cargos de confiança, determinando que todos os Juízes Leigos e Conciliadores que ocupassem outros cargos públicos optassem por um deles no intuito de cumprir com o preceito constitucional disposto no art. 37, XVI, ou seja, declarou a impossibilidade de acumular a remuneração com outro cargo público.

Apesar disso, concede gratificação natalina “por mera discricionariedade” e promove os descontos de contribuição para o Regime Geral de Previdência Social, mas nega férias e os demais direitos trabalhistas, demonstrando contrariedade em seus atos que ora afasta da natureza de servidores ou empregados públicos, ora aproxima.

Nota-se a importância de moralizar o serviço público, eivado de situações complexas, contraditórias e contrárias ao ordenamento jurídico.

Cobertos pelo manto da contratação nula, pela súmula nº. 363 do TST e pela impunidade que assola o país, os Administradores continuam contratando servidores irregularmente, nomeando ao seu alvedrio, economizando com a mão-de-obra desqualificada e aprisionada, pois não reclama seus direitos trabalhistas descumpridos; têm outras irregularidades acobertadas por tais contratados submissos; ganham bônus pelo ilícito: os votos que o reelegem; e não são punidos por contrariar os princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade, eficiência e tantas outras normas ignoradas mas existentes no nosso ordenamento jurídico.

5 COMPETÊNCIA PARA JULGAR

Enquanto se cometer irregularidades em benefício próprio com ônus para a Administração e sem reparação trabalhista, jamais tal prática se tornará apenas um passado nebuloso, perdurando a ilicitude em prejuízo do erário e do trabalhador. É esperada a mudança da infeliz realidade, tendo grande relevância o papel do Poder Judiciário neste feito

transformador diante da necessidade premente de responsabilizar os agentes.

Se é da Justiça Laboral a competência de primar pela dignidade dos trabalhadores, não é pertinente afastar tal competência tendo em vista que o concurso público é instrumento de admissão de pessoal, e sendo os trabalhadores irregularmente contratados, privados dos direitos concedidos a qualquer trabalhador pela Lei Maior, não podem ser marginalizados pelos órgãos especializados nas relações de trabalho.

Além de ser especializada em julgar e garantir o gozo dos direitos sociais, a Justiça do Trabalho teve sua competência ampliada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu o inciso I no art. 114, conferindo-lhe competência para processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Entendemos, portanto, caber-lhe o julgamento das ações em que o trabalhador demande contra a Administração Pública no intuito de auferir direitos oriundos da relação de trabalho, apresentando pleitos tipicamente empregatícios, competindo-lhe, inclusive, o julgamento da ação de improbidade administrativa para punir os responsáveis pelos danos ao erário.

Seria relevante o papel Justiça do Trabalho em corrigir as ilegalidades e buscar moralizar as relações de trabalho público, até porque a mão-de-obra é a ferramenta principal para a realização do serviço público, e caso seja desqualificada, a sociedade sofrerá com a ineficiência do serviço.

Entretanto, o entendimento majoritário do STF é que o pacto tem caráter administrativo, conferindo competência à Justiça Comum Estadual ou Federal.

Reservamo-nos novamente a discordar.

O constituinte originário estipulava a competência da Justiça Especializada nos feitos em que figurasse um ente de direito público, certamente abrangendo casos de emprego temporário no serviço público. Assim, sabendo inexistir inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, seria da competência da Justiça do Trabalho o julgamento de tais lides.

Estando a decisão da Suprema Corte consolidada, resta-nos lastimar que tais demandas de natureza tipicamente empregatícia, não seja julgada pelo órgão especializado no assunto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se as inúmeras conseqüências das freqüentes ilicitudes da Administração Pública brasileira: desrespeito ao princípio da igualdade no acesso aos quadros públicos, ineficiência nos serviços, descumprimento dos direitos sociais, e, por conseguinte, o aviltamento dos demais princípios constitucionais como moralidade, impessoalidade e legalidade, além de todos os efeitos que desencadeiam.

A vergonhosa realidade ainda não despertou suficientemente a sociedade para sua posição de patrocinadora de ilicitudes, uma vez que seu dinheiro compõe o patrimônio público, continuando ela conformada com o problema cultural herdado ou, de outro ângulo, crendo se beneficiar pelo apadrinhamento quando de fato se torna submissa à situação de dependência e abnegação de direitos.

É preciso que a sociedade se valha de todos os instrumentos que lhe são conferidos e queira ver punidos todos os administradores que usem indevidamente o erário, nomeando e prorrogando contratos temporários arbitrariamente. Assim, possivelmente, assistiremos a um mar de mudanças navegado por administradores que ao invés de atender aos anseios pessoais e de terceiros, visem ao verdadeiro interesse público primário, atentos à moralidade, ética e justiça, quando todos serão igualmente beneficiados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

BRASIL. Lei n. 8.429 de 02 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 30 set. 2014.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2014.

_____. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 07 set. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 13 set. 2014.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho 1985. Lei da Ação Civil Pública. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 01 out. 2014.

_____. Lei n. 4.717, de 29 de junho 1965. Regula a ação popular. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 13 set. 2014.

_____. Decreto n. 5.497, de 21 de julho 2005. Dispõe sobre o provimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, níveis 1 a 4, por servidores de carreira, no âmbito da administração pública federal. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5497.htm. Acesso em: 18 set. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed., Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedido de Providências nº. 1.070. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/advogado/pautas-do-plenario/11267-pauta-de-julgamento-de-20-de-marde-2007-8o-sesseextraordina>. Acesso em: 13 de set. 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed., São Paulo: LTr, 2013.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Direito Administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

PARAÍBA. Lei Estadual nº. 6.157/95. Disponível em:

http://alpb1.pb.gov.br:8082/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/5868_texto_integral.

Acesso em: 02 out. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 1.567-2/DF.

Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1567&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M)

[numero=1567&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1567&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M). Acesso em: 21 ago. 2014.

_____. Notícia de 06 de Fevereiro de 2009: OAB questiona lei que cria cargos provisórios no TCE de Mato Grosso do Sul. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102898&tip=UN>. Acesso em: 19 ago. 2009.

OS EFEITOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO E DO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: análise da concessão da aposentadoria especial ao servidor público

Caio Roberto Mendes Ferreira

Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável. Professor Universitário (FIP, FSM, FAFIC). Assessor Jurídico do TRT 13º Região.
E-mail: caiormf84@hotmail.com

Lucas Lopes Oliveira

Mestrando em Direitos Humanos Cidadania e Políticas Públicas UFPB. Especialista em Direito Previdenciário.
E-mail: lucas74@hotmail.com

RESUMO

Sabe-se que a mudança dos fatos e dos contextos históricos alteram profundamente o direito, pois sendo este um produto social deve acompanhar a evolução da sociedade que a regula. Ao longo dos últimos anos, mais precisamente com o pós guerra, veio surgir não só mudanças profundas nas políticas sociais, mas também no próprio conceito de direito fazendo emergir um novo paradigma, em termos de ordenamento jurídico, modificando a noção de constituição e repercutindo nos mais diversos ramos normativos, estas mudanças se devem aquilo que se chama de neoconstitucionalismo, que visa através da imposição da necessidade de uma maior força vinculante a constituição modificar o direito infraconstitucional de modo a que este se adapte as exigências democráticas daquele. O presente trabalho, aborda a influência dos paradigmas pós-positivistas e do neoconstitucionalismo no direito previdenciário, tentando analisar de que forma os princípios constitucionais tem sido aplicados nas relações de natureza previdenciária. Para se constatar tais mudanças utiliza-se o método de abordagem dedutivo, onde se estuda um caso concreto para demonstrar tal influência, através do estudo do MI 721-7 julgado pelo Supremo Tribunal Federal onde foi concedido o direito à aposentadoria especial ao servidor público, julgado onde pode-se observar visivelmente características marcantes do neoconstitucionalismo como a técnica de ponderação, os direitos fundamentais como mandados de otimização tendentes a máxima eficácia e a aplicação direta de preceitos constitucionais. As técnicas de pesquisa utilizadas são a bibliográfica, para colher os principais conceitos relacionados ao direito previdenciário e o neoconstitucionalismo, e a documental onde se estuda a jurisprudência do supremo neste caso emblemático.

Palavras-Chave: Direito Previdenciário. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças políticas geram, indubitavelmente, mudanças no direito, pois sendo este o responsável pela regulação social tem de atender as transformações pelas quais passam a sociedade. Durante todo o século XX vimos grandes transformações em todos os ramos do direito advindas de novas demandas sociais que transformaram todos os ramos do jurídico. As mudanças podem ser observadas também, e principalmente talvez, em termos previdenciários, haja vista as grandes transformações políticas deste século que tem seu legado presente até os dias atuais. Vemos surgir a partir da incorporação dos direitos sociais nas constituições das nações o próprio sistema de proteção previdenciária como conhecemos hoje, apesar da seguridade social ter surgido em final do século XIX.

Mas com o pós-guerra temos como uma mudança drástica do sistema jurídico, o surgimento de uma nova concepção de estado que seria o Estado Democrático de Direito, associado a esta transformação, que não é apenas política, mas também na própria forma de encarar o direito, constituindo-se uma mudança de paradigma, temos então, o que muitos autores chamam de superação do positivismo.

Uma das mudanças ocasionadas pela superação do paradigma antigo e início do novo é aquilo que se costuma chamar neoconstitucionalismo que vêm ocasionando grandes mudanças na doutrina e na jurisprudência principalmente ao longo deste início de século. O neoconstitucionalismo advém de uma mudança e superação da concepção da Constituição como um elemento político sem caráter vinculante, passando a mesma a ser vista como um documento jurídico que é o norte e fundamento de validade formal e material de todo ordenamento.

Estas mudanças não se limitam apenas a um determinado ramo do direito, sendo presente em todo o ordenamento jurídico sobre suas mais variadas ramificações, repercutindo também na esfera previdenciária. Desta forma, a constituição irradia para o sistema previdenciário suas regras e principalmente seus princípios, os quais irão impor-se e direcionar a efetivação dos direitos de natureza previdenciária, construindo assim novas práticas administrativas, impondo a necessidade de leis, estas mais condizentes com os novos paradigmas e principalmente, fazendo surgir novas jurisprudências em consonância com as atuais diretrizes constitucionais.

2 O DIREITO PREVIDENCIÁRIO: conceito e breve histórico

A preocupação com os riscos da vida tem sido algo constante na história humana, podendo-se inclusive afirmar que é algo inerente a natureza humana. Embora muitas espécies de animais na natureza também tenha um comportamento voltado à acumulação de alimentos e recursos para momentos adversos, a complexidade dos sistemas de produção do ser humano faz com que surja a necessidade de organização de uma rede protetiva capaz de resguardar os eventuais riscos inerentes a vida humana.

É comum se afirmar que a proteção social surge no berço da família, entretanto, esta rede de proteção era precária pela ausência de seu caráter universal, haja vista que, nem todos possuíam família que o assegurasse, pelas poucas condições que determinadas famílias detinham e pelo crescente avanço do individualismo na sociedade humana. Também foi muito importante a proteção de terceiros como voluntários, muitas vezes incentivados pela igreja. O estado só viria a participar da proteção social a partir da *Poor*

Law, durante o século XVII (IBRAHIN, 2008)

Desde esta primeira participação estatal com a Lei dos Pobres, o Estado vai ter seu papel ampliado na participação na rede de proteção social contra os infortúnios da vida. Não há um consenso sobre as fases da evolução histórica da previdência social. Neste contexto Wladimir Novaes Martinez menciona dois grandes grupos; Feijó Coimbra, três; enquanto que Ilídio das Neves, quatro. Resolvemos nos filiar ao Professor Ibrahin (2008) que divide-as da seguinte forma:

Fase inicial (até 1918): criação dos primeiros regimes previdenciários, com proteção limitada a alguns tipos de eventos, como acidentes do trabalho e invalidez. Fase intermediária (de 1919 a 1945): expansão da previdência pelo mundo, com a intervenção do Estado cada vez maior na área securitária. Fase contemporânea (a partir de 1946): aumento da clientela atendida e dos benefícios. É o grau máximo do Welfare State, com a proteção de todos contra qualquer tipo de risco social.

O marco inicial do Direito previdenciário é comumente associado ao seguro doença, idealizado por Otto Von Bismark aprovado em 1883 na Alemanha, que foi seguido pelo seguro de acidentes de trabalho, em 1884, e pelo seguro de invalidez e velhice, em 1889. Se diferencia de outras medidas protetivas estatais, pois estas, tinham caráter assistencial enquanto que aquelas, promulgadas na Alemanha, concediam benefícios custeados através de contribuições recolhidas de empresas, dando início assim a lógica previdenciária.

Foi a gênese da proteção garantida pelo Estado, funcionando este como arrecadador de contribuições exigidas compulsoriamente dos participantes do sistema securitário. Aí temos as duas grandes características dos regimes previdenciários modernos: contributividade e compulsoriedade de filiação. Neste momento, tem-se o nascimento da prestação previdenciária como direito público subjetivo do segurado. A partir do instante em que o Estado determina o pagamento compulsório de contribuições para o custeio de um sistema protetivo, o segurado pode exigir, a partir da ocorrência do evento determinante, o pagamento de seu benefício, não sendo lícito ao Estado alegar dificuldades financeiras para elidir-se a esta obrigação (IBRAHIN, 2008).

A primeira constituição a inserir o tema previdenciário foi a mexicana de 1917, que logo foi seguida pela constituição alemã de Weimar, em 1919. Esta incorporação nos textos constitucionais e a crescente expansão da cobertura previdenciária se inclui na construção do que ficou conhecido como *Welfare State* ou Estado de Bem Estar Social, um estado que primava pelos direitos assim chamados de segunda geração, ou seja, direitos sociais, os quais a previdência se incluía entre eles.

Com a adoção de conceitos mais intervencionistas, o Estado mínimo foi trocado pelo estado de tamanho certo, ou seja, aquele que atenda outras demandas da sociedade, além das elementares, em especial, na área da social, propiciando uma igualdade de oportunidades para todos, mas sem um gigantismo de um estado comunista (IBRAHIN, 2008)

Um grande marco neste período, que de certa forma influenciaria até os dias de hoje o conceito de previdência veio do plano Beveridge (Inglaterra, 1942). Assim segundo Ibrahim (2008): "Este documento, que dá lugar ao plano de mesmo nome, foi responsável pela origem da Seguridade Social, ou seja, a responsabilidade estatal não só do seguro social, mas também de ações na área de saúde e assistência social."

O estudo mais amplo a respeito das formas de proteção social teve grande influência, pois traçou vários princípios que seriam o norte da atuação estatal em termos de seguridade social nos anos áureos do Estado de Bem Estar Social, rompendo com as noções anteriores e permitindo uma mudança de paradigma cujo objetivo seria a busca de novos horizontes que maximizaria a proteção social.

Podemos destacar entre seus princípios o da universalidade, que visava ampliar ao máximo a proteção social até atingir sua total universalização; a cooperação entre indivíduos e estados, para fortalecer a proteção e a compulsoriedade da cobertura previdenciária, entre outros princípios que ainda se fazem presentes ou tiveram influência nos ordenamentos jurídicos em termos previdenciários atuais (IBRAHIN, 2008).

No Brasil também é possível observar o mesmo fenômeno que analisamos ao observar a evolução da proteção no resto do mundo, primeiramente uma proteção privada até o começo do Estado nesta área que, com o passar do tempo, ampliaria sua importância e participação. O marco inicial da previdência social no Brasil foi com a edição da Lei Eloy Chaves (Decreto-legislativo nº 4.682, de 24/01/1923), a qual determinava a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários, por empresa.

Ao longo da história brasileira, várias foram as mudanças no sistema previdenciário, até atingirmos o estado atual, que tem como marco a constituição de 1988, conhecida como constituição cidadã. Ela inaugura um novo paradigma securitário, ao instituir princípios que visam tornar o sistema de proteção social cada vez mais democrático, visando a universalidade da proteção entre outros objetivos para a fortalecimento da seguridade social e da previdência.

A previdência social foi posta pelo legislador constituinte como um ramo da seguridade social. Obtemos esta ideia ao lermos o preceito constitucional do artigo 194: "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes

Públicas e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Logo a previdência está vinculada a relação de gênero e espécie com a seguridade, fazendo parte desta não só aquela, mas também, a saúde e a assistência social. Segundo Martinez (ano *apud* IBRAHIN, 2008) tecnicamente não se trata de uma definição, pois a constituição meramente enumerou os componentes da constituição, embora este dispositivo normativo seja bastante usado quando se define seguridade social.

Na Lição de Balera (*apud* IBRAHIN, 2008), a seguridade social está diretamente ligada aos valores como bem-estar e justiça social, sendo necessário estes dois conceitos para a correta compreensão do sistema previdenciário. Assim “a seguridade social é então meio para atingir-se a justiça, que é o fim da ordem social”.

Sobre a previdência, em específico, a CF assim preceitua Art. 201: “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei.” (BRASIL, 1988).

Destarte, podemos com base no conceito legal defini-la como um ramo da seguridade social, de caráter contributivo e filiação obrigatória, com a observância do seu equilíbrio financeiro e atuarial.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E SUAS INTERFACES COM O PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA: ANÁLISE INTERTECONTEXTUAL

O que veio a se chamar pós-positivismo se insere em um contexto de mudança das estruturas sobre as quais se formava as tradicionais concepções positivistas do direito, sendo aquilo que o filósofo Khun (1998) chama de mudança de paradigma, ou seja, "das realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência".

O pós-positivismo situa-se, segundo o professor Barroso (2009), na confluência de duas visões contrapostas de Direito: o positivismo e o jusnaturalismo, correntes por natureza opostas. Segundo o referido autor o pós-positivismo seria uma espécie de terceira via entre as duas visões, tentando mesclar as demandas positivistas por certeza e objetividade mas, reconciliando-as com a filosofia moral e política.¹

¹ Contesta assim o postulado positivista da separação entre direito e moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um destes domínios, mas pela impossibilidade de trata-los como espaços totalmente segmentados que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo, e que dominou o pensamento jurídico por várias décadas, rende tributo a uma hipocrisia." Barroso, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos, p. 314..in:.. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. coord. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

É neste contexto filosófico pós-positivista que iria surgir um novo direito constitucional, carregando assim as marcas desta mudança paradigmática na concepção de ciência do direito.

O neo constitucionalismo é um dos temas mais importantes do debate atual em termos jurídicos e constitucionais, entretanto, apesar de efervescência do debate sobre o tema, estando na agenda dos maiores embates em termos filosófico constitucional, ainda não é possível dizer com precisão o que é o neoconstitucionalismo, tendo em vista a grande variedade e diversidade de pensamentos existentes entre os principais defensores, tão grandes que muitas vezes chegam a ser antagônicas.

Os adeptos do neoconstitucionalismo se fundamentam no pensamento de juristas dos mais diversos matizes, entre eles Ronald Dworking, Robert Alexy, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, sendo que, um fato importante é que nenhum deles jamais se declarou neoconstitucionalista (SARMENTO, 2009).

Tanto entre estes autores quanto entre os neoconstitucionalistas, como já dito anteriormente, existe uma gama enorme de posições filosóficas que se filiam as mais diversas linhas do pensamento filosófico jurídico, havendo positivistas, não positivistas, liberais, comunitaristas, procedimentaristas e, etc. (SARMENTO, 2009)

Haja vista tudo o anteriormente citado, é que Sarmento (2009) ao analisar o título da obra do jurista mexicano Miguel Carbonell, Neoconstitutionalismo(s) a achou acertada ao debate, tendo em vista que:

[...] não existe um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas versões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupados sobre um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa. (SARMENTO, 2009).

Segundo Carbonell, o neoconstitucionalismo se divide em três planos de análise: o dos textos jurídicos que se tornaram mais substantivos com a incorporação cada vez maior dos direitos fundamentais; o das práticas jurídicas que passaram a recorrer a métodos de interpretação jurídica mais flexíveis, com a utilização da ponderação e a fundamentação cada vez maior nos princípios constitucionais; e a do desenvolvimento teórico, onde os autores que se debruçaram a estudar este fenômeno ajudando em sua compreensão bem como em sua formação (MOREIRA, 2009).

Se definir tal conceito é difícil, é possível, no entanto, identificar seu surgimento com certa facilidade, estando ele atrelado às mudanças no cenário jurídico e político

ocorridas durante o pós-guerra. Na Europa, vigorava um modelo de pensamento jurídico que considerava a constituição como um documento essencialmente político, como uma espécie de norte comendativo ao legislador. Este modelo se diferenciava bastante do Norte Americano, onde a constituição era vista como uma legítima norma jurídica vinculante, capaz de ser plena e diretamente aplicada pelo judiciário.

Depois da segunda guerra na Alemanha e na Itália e em algumas décadas mais tarde após o fim das ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa neste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumplicar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. (SARMENTO, 2009)

Após esta mudança substancial observa-se a mudança na concepção de constituição onde a mesma deixa de ter caráter político e passa a ter caráter jurídico, se aproximando assim do modelo americano, onde a mesma sempre foi vista como um texto legal e vinculante.

Só que com uma diferença, a qual será bastante importante para a formação do novo paradigma constitucional, a constituição norte-americana é sintética, delimitando apenas as estruturas fundamentais do estado e alguns direitos individuais; enquanto que, as constituições europeias, que se seguiram à segunda guerra mundial, no geral vão bem além disto, regulando vários fatores da vida e entrando em áreas que tradicionalmente não tinham regulação constitucional, como economia, relações sociais e de trabalho, família, cultura e etc.

Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo poder judiciário de origem ao fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do direito. (SARMENTO, 2009)

Todas estas transformações levaram a formação do novo paradigma jurídico, que por sua singularidade fez surgir um novo modelo de compreensão do direito que mudaria bastante a literatura constitucional, bem como as jurisprudências que se seguiriam.

Segundo Barroso (2009) as maiores transformações que se seguiram a segunda guerra mundial e que caracterizam o novo direito constitucional são: o reconhecimento da força normativa da constituição; a expansão da jurisdição constitucional; o surgimento de uma nova dogmática jurídica.

3.1 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A consolidação deste novo modelo de constitucionalismo transformaram de forma intensa a hermenêutica jurídica tradicional. Isto se fez necessário graças a vários fatores, como por exemplo, as novas estruturas constitucionais que continham dispositivos normativos mais abertos, repleto de princípios e de grande carga axiológica, o que exigia uma transformação das estruturas da interpretação constitucional para melhor se adequar a esta nova realidade jurídica.

Possuindo os princípios, estruturas diferentes daquelas encontradas nas normas, torna o método tradicional de subsunção inadequado a aplicá-lo, fazendo com que muitos juristas se debrucem na tentativa de estudar estes dispositivos normativos que tanto crescem nos muitos ordenamentos jurídicos. Um grande jurista a tratar deste assunto foi Alexy , sendo dele a clássica distinção entre regras e princípios:

Princípios são mandamentos de otimização. Eles exigem que algo seja feito na maior medida possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Sua forma de aplicação é a ponderação. Regras são, ao contrário, normas que obrigam, proíbem ou permitem algo definitivamente. Nesse sentido, e lançam mandamentos definitivos. Sua forma de aplicação é a subsunção.

Desenvolve-se cada vez mais a técnica de ponderação, meio utilizado, segundo Alexy, para a solução de eventuais conflitos normativos envolvendo princípios.

Assim, se para o jurista alemão, um conflito de regras só pode ser solucionado se for introduzido uma cláusula de exceção, ou seja, quando se exclui a incidência de uma regra em determinadas hipóteses, e quando declara-se a invalidade de uma delas. Porém em matéria de princípios, em virtude de seu alto grau de abertura e de sua própria natureza estrutural a solução se dará de forma diferente.

Sendo um princípio, um mandado de otimização segundo Alexy, que conseqüentemente terá de ser efetivado na maior medida do possível, é comum que ao se expandirem entre em choque com outros princípios. Segundo Alexy, se dois ou mais princípios estão em rota de colisão, um deles terá que ceder, o que não significa sua invalidade, pois em determinada situação, um terá uma prevalência sobre o outro, que dependerá sempre do caso concreto. Logo, é necessário uma ponderação para determinar qual deles terá preferência.

Esta técnica ganha relevo ao se constatar que, segundo Alexy, as normas de proteção aos direitos fundamentais, tem com bem mais frequência a estrutura de princípios, sendo assim, o conflito entre direitos fundamentais seria resolvido segundo a técnica de resolução de conflitos principiológicos, qual seja, a ponderação ou balanceamento.

As colisões de direitos fundamentais [...] devem ser designadas como colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisão de princípios é a ponderação. Princípios e ponderação são dois lados do mesmo objeto. Um é o tipo teórico normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente um litígio sobre ponderação (ALEXY).

Tentando responder a críticas de Habermas quanto a tese do filósofo, segundo o qual, o método de ponderação levaria a uma irracionalidade metodológica e a um decisionismo que conduziria a atividade jurisdicional a se tornar uma espécie de poder constituinte original, Alexy afirma que a ponderação se assume como requisito de um princípio mais abrangente, o da proporcionalidade, que se dividiria em outros três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos estes reféns dá idéia de otimização (PARETO, 2006)

A otimização, por sua vez, como mecanismo de aplicação do princípio, lhe impõe sua aplicação na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas. Enquanto os dois primeiros princípios cumprem o papel de preencher as possibilidades fáticas; o último acaba por avaliar as possibilidades jurídicas da otimização do direito. (COPETTI NETO, 2012)

Assim, se desenvolveu doutrinariamente o princípio da proporcionalidade, como meio de racionalizar a ponderação, característica do Tribunal Constitucional Alemão, e que, com o passar dos anos, foi sendo assimilado pelos demais tribunais mundo a fora, consolidando, assim, uma nova hermenêutica constitucional.

4 A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: análise da aposentadoria especial do servidor público

Com o fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica, próprio do paradigma jurídico pós guerra, o neoconstitucionalismo se lança sobre todo o ordenamento, introduzindo nos mais variados ramos do direito, princípios e regras constitucionais.

Como não poderia ser diferente, com a seguridade social, bem como a previdência, também sofrem a influência deste fenômeno. Um caso emblemático é o julgamento do MI 721-7, onde se efetivou o direito a aposentadoria especial do servidor público frente a mora legislativa. Este julgado se mostra importante pois é possível observar várias das características atribuídas ao neoconstitucionalismo servindo de paradigma para a decisão concretizadora de tal direito proferida pelo STF.

A aposentadoria especial é um benefício previdenciário assegurado aos trabalhadores cujo trabalho foi exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Este direito está assegurado aos servidores públicos, graças ao § 4º do artigo quarenta, com a seguinte redação:

É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

[...]

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

No caso, resta claro que pelo disposto acima, uma das possibilidades de se criar critérios diferenciados para a aposentadoria do servidor público é o exercício de atividades em condições que prejudiquem a saúde. Entretanto, a possibilidade de se exercer tal direito esta condicionada a edição de lei complementar por parte do congresso.

No mesmo sentido, o artigo que estabelece a aposentadoria especial aos trabalhadores do Regime Geral de Previdência Social, tem preceito parecido, conforme se observa abaixo, com o artigo 201, §1º.

É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Entretanto, para os trabalhadores que se sujeitam ao regime geral de previdência social, já existe uma norma que disciplina esta questão, é a Lei 8.213/91, anterior a exigência de lei complementar e que graças a emenda constitucional que instituiu esta necessidade, ainda permanece regendo tal matéria até que a lei seja editada.

Segundo o Artigo 57, da Lei 8.213/91:

A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1991)

Assim, ficou resolvido a questão do trabalhador do regime geral de previdência, pois, apesar da mora do congresso em editar a referida lei, eles têm seu direito pleno a percepção do referido benefício, tendo em vista que continuaram regidos pela lei geral de benefícios do RGPS.

Situação diversa é dos servidores públicos, pois, o congresso não só não editou lei complementar alguma como não havia base normativa que disciplinasse tal lacuna de forma a garantir o direito a aposentadoria especial do trabalhador do RPPS. Assim observa-se que o direito constitucional dos servidores públicos se mostrava inefetivo, graças à mora legislativa.

Frente a esta omissão legislativa, que gerava a inefetividade deste direito fundamental, restava claro, como meio de corrigir tal omissão ilegal, a aplicação do remédio constitucional do Mandado de Injunção, que seria: “Uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir a omissão do poder público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na constituição federal.” (MORAES, 2010)

Este remédio constitucional, por visar combater um dos males do direito, que é a ineficácia das normas constitucionais frente a omissão legislativa, acaba caindo em um dos maiores debates do constitucionalismo pátrio, qual seja, quais os efeitos do presente writ e o alcance de sua decisão. Neste sentido desenvolve-se as posições a respeito do tema, uma concretista e a outra não concretista.

Pela posição não concretista, caberia ao judiciário apenas comunicar a omissão ilegal ao legislativo, não cabendo a ele pressionar ou compelir o mesmo a editar a lei, muito menos prover o exercício do direito em questão, haja vista, que caso o fizesse estaria usurpando a competência legislativa do congresso.

Já a posição concretista defendia que, ante a ausência de lei editada pelo congresso nacional deveria o judiciário suprir tal lacuna provendo o direito em questão, tal posição se divide em concretista geral e individual. Assim:

[...] presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade, ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual, conforme a abrangência de seus efeitos (MORAES, 2010)

Pela posição individual ele supriria a omissão no caso concreto, já pela geral, a decisão teria eficácia *erga omnis*.

A posição de concretista teve a princípio pouca aceitabilidade na doutrina, principalmente, a concretista geral, pois segundo o ministro Moreira Alves o Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, estaria ocupando a função do poder legislativo, o que seria claramente incompatível com a separação de poderes.

Entretanto, tal posicionamento vinha condenando este importante remédio constitucional a inefetividade jurídica. Assim, o Supremo foi aos poucos mudando seu entendimento, adotando assim um claro ativismo judicial (ALVES), se filiando assim às correntes concretistas, hora individual hora geral.

Foi neste contexto de mudança de posicionamento que ocorreu o julgamento do emblemático MI 721-7, em que o STF assegurou o direito à aposentadoria especial aos servidores públicos que trabalharam em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física na ausência da lei complementar exigida pela constituição.

Assim, a corte, na omissão do legislador em editar a referida lei necessária ao gozo do direito a aposentadoria especial, aplicou ao caso concreto solução análoga a prevista na lei geral do RGPS. Segundo o relator do caso, o Ministro Marco Aurélio, o MI tem natureza mandamental e não apenas declaratória.

Ao agir, o judiciário não lança na ordem jurídica preceito abstrato [...] O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, ficando, até mesmo sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, o suprimento da lacuna por quem de direito, o Legislativo.

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do Mandado de Injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em simplesmente ação declaratória de ato omissivo, resultando em algo que não interessa em si no tocante a prestação jurisdicional [...] ao cidadão. [...] Busca-se o judiciário na crença de lograr a supremacia da lei fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. No caso, é possível adotar-se, ante o fator tempo e a situação concreta da impetrante, o sistema revelado regime geral de previdência social no artigo 57 da Lei n. 8.213 de 1991.

Esta decisão em sede de Mandado de Injunção foi emblemática, pois constituiu-se em uma postura claramente ativista do Supremo, frente a ausência de norma que inviabilizava o acesso dos servidores públicos a uma prestação previdenciária garantida pela constituição.

Esta atitude ativa por parte do judiciário fez rever a clássica teoria da separação dos poderes, de modo a remodelá-la para assim cumprir a máxima efetividade dos direitos constitucionais.

O direito a uma tutela jurisdicional efetiva não se limita à condição de um princípio doutrinário, apenas. Como se pode notar pela evolução da jurisprudência do mandado de injunção; a tutela efetiva de um preceito fundamental do sistema constitucional vigente que impõe ao sistema tripartite de poderes(o sistema republicano básico) o dever de (co)responder e de fazer atuar todas as expectativas normativas previstas no texto constitucional, no tempo razoável e pelas formas admitidas.

Diante do sistema de garantias constitucionais e dos direitos fundamentais, e da inafastabilidade judicial resta claro que não deve-se admitir a lesão de direitos fundamentais essenciais, como o do caso concreto referente a previdência social, sejam apreciados pelo judiciário apenas de modo declaratório, ou seja, sem a devida força capaz de concretizar o direito ao caso concreto sob a frágil desculpa de respeito a tripartição dos poderes.

Como cita o ministro Eros Grau, se inspirando nas palavras de José Inácio Mesquita Botelho, o que pode tornar inviável o exercício de algum direito, liberdade ou prerrogativa não será a falta de norma regulamentadora e sim, uma regra que proíba o juiz de recorrer a analogia, aos costumes e ao princípio geral do direito².

Visto desta forma, a releitura da separação dos poderes e da legalidade frente ao direito constitucional ao acesso ao judiciário, assim como à previdência social, que esta decisão trouxe, faz observar a influência do pensamento neoconstitucional de forma a demonstrar a valorização da força normativa dos direitos humanos, que segundo Alexy assumem neste contexto constitucional pós positivista, a estrutura de princípios que tendem a otimização.

Observa-se então que os direitos fundamentais, assumindo a forma de princípios, tendem a expansão, pois devem ser realizados na maior medida possível, o que resultará em eventuais choques com outros princípios, que deve ser resolvido pelo critério da proporcionalidade.

No caso em questão no choque entre o direito fundamental a previdência social e a sua universalidade de atendimento, bem como, o direito ao acesso ao judiciário, que neste caso simbolizaria o provimento direito do direito pelo judiciário, e o princípio da legalidade, em virtude da ausência de lei, e da separação dos poderes, foi dado primazia àqueles, haja vista o esgotamento de excessivo prazo (desproporcionalidade) sem a produção legislativa que suprisse a lacuna e viabilizasse a prestação previdenciária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observado ao longo do trabalho, houve uma mudança de paradigma após a segunda grande guerra mundial, que deu início a uma nova cultura jurídica, introduzindo na ciência do direito, novas formas hermenêuticas mais adequadas a lidar com a estrutura dos novos dispositivos constitucionais que surgiram após a segunda metade do século passado.

Este novo paradigma, chamado de pós-positivista, fez surgir um novo direito

2MI 721-7. Grau, Eros

constitucional, com a característica de influenciar todos os demais ramos normativos, entre eles o direito previdenciário. Isto se deu graças a mudança da concepção de constituição, que deixava de ser um documento político, ou seja, meramente recomendativo, para ser um documento jurídico, vinculante a todos os poderes constituídos, inclusive o legislativo. Assim, supera-se a antiga concepção de soberania da lei, para dar lugar a supremacia da constituição.

Tendo os textos constitucionais incorporado normas de alto grau de indeterminação e com forte conteúdo axiológico, os princípios constitucionais, a maioria representando direitos fundamentais que tenderiam a otimização, ou seja, a sua máxima efetividade, criam situações jurídicas novas, quando entram em confronto umas com as outras. Para resolver este problema, a jurisprudência dos tribunais constitucionais começaram a utilizar a ponderação como forma de solução destes conflitos normativos, deste modo, com a ponderação entre princípios, com o critério da proporcionalidade, foi-se desenvolvendo uma nova hermenêutica constitucional para lidar com os textos constitucionais pós-guerra.

Todas estas mudanças trouxeram uma influência enorme ao direito previdenciário, responsável por cobrir eventuais riscos oferecidos pelo sistema produtivo de modo a ser um elemento essencial para a manutenção da ordem social. Tendo princípios próprios, estruturados na própria constituição, bem como com a introdução dos valores gerais do ordenamento constitucional, provocando a ressignificação dos preceitos securitários a luz das valores maiores da Carta Magna. Além desta constitucionalização do direito da seguridade social, tivemos também a influência da hermenêutica que este novo constitucionalismo introduziu no âmbito da seguridade.

Assim, passa-se a, em matéria previdenciária, utilizar a ponderação de princípios, haja vista a grande quantidade de normas principiológicas da seguridade social e o frequente choque entre elas na ocorrência de litígios. Dar-se também mais ênfase a validade material das leis e menos na sua vigência, de modo a promover máxima efetividade aos preceitos constitucionais, principalmente quando se trata de efetivar direitos.

Esta nova racionalidade jurídica, com a constituição como cerne do ordenamento constitucional, se mostra presente em muitos temas analisados pelo judiciário. Com a soberania da constituição e tendo o poder judiciário a atribuição de sua defesa, muitas questões polêmicas, em matéria previdenciária, estão sendo resolvidas no âmbito dos tribunais, especialmente, no Supremo Tribunal Federal.

É perceptível a clara atitude ativista do judiciário, de modo a efetivar de forma mais plena, os direitos constitucionais referentes a seguridade social, a técnica de

ponderação de princípios, utilizando a proporcionalidade como norte deste balanceamento. Assim, foi a sua atuação do Supremo ao julgar o direito a percepção do benefício da aposentadoria especial do servidor público, um claro exemplo de julgado influenciado pelo paradigma pós-positivista e pelo neoconstitucionalismo. O direito fundamental ao benefício constitucional foi plenamente efetivado, mesmo na ausência de lei em virtude da ponderação da legalidade com o direito fundamental a previdência social e a sua universalidade de atendimento, bem como do direito ao acesso ao judiciário, ocasião em que foi dada primazia a estes mandamentos, e efetivado diretamente o direito constitucional em questão.

Logo, por ajudar a ampliar a eficácia dos direitos constitucionais previdenciários, e por obedecer ao filtro da proporcionalidade, requisito estabelecido por Alexy para evitar o arbítrio judiciário, tal decisão, pautadas pelo paradigma do neoconstitucionalismo, mostraram-se aptas a servir como base para novas decisões que venha a contribuir para uma maior democratização dos direitos previdenciários.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 253, p. 9 – 30, jan./abr. 2010.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**; trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 166 p.

BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos. In.: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-legislativo nº 4.682, de 24/01/1923. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Rio de Janeiro, 1923.

BRASIL. Lei nº 8213/91, 24 jul. 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721/DF. Maria Aparecida Moreira vs. Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília: Diário da

Justiça Eletrônico n. 230, 30 nov. 2007.

COPETTI NETO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos as praticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

CRUZ, Álvaro. Uma nova alternativa para o direito Brasileiro: o procedimentalismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antônio Carlos Cavalcanti, Pós-positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi. (Org.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

IBRAHIN, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. Salvador: JusPODVIM, 2011.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

MORAES, Alexandre. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIASE, Mauricio. **20 Anos de constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição. In: Ferrajoli, Luigi. Org. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

PARETO, Wilfredo. **Manuale de economia política**. Milano: EGEA, 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. São

Paulo: Método, 2013.

SARMENTO, Daniel. Neo constitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORRES, Ricardo lobo. **A jurisprudência dos valores**, p.503. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. cord. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAFARONI, Eugenio Raul. **Crises, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ACÓRDÃOS

ACÓRDÃO

PROC. N.U.: 0161000-98.2013.5.13.0023

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A.

RECORRIDO: SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE CAMPINA GRANDE E REGIÃO

E M E N T A:

AÇÃO COLETIVA. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA.

Autorizado pela Carta Constitucional (art. 8º, III), o sindicato detém legitimidade ampla e irrestrita para a defesa de interesses individuais homogêneos, difusos ou coletivos dos integrantes da respectiva categoria, independentemente de filiação do beneficiário.

ESTADO DA PARAÍBA. LEI Nº 3.489/67, FERIADOS ESTADUAIS. SIMPLES PONTOS FACULTATIVOS. NÃO VINCULAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA. DATA MAGNA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO EM LEI. DIA 05 DE AGOSTO. FERIADO MUNICIPAL EM JOÃO PESSOA. FUNCIONAMENTO NORMAL DAS EMPRESAS E ÓRGÃOS PÚBLICOS NO RESTO DO ESTADO.

Pela ordem constitucional vigente à época da edição da Lei Estadual nº 3.489/67, os Estados-membros não poderiam decretar feriados, mas apenas pontos facultativos para seus próprios servidores. Logo, a referida norma, ao decretar feriados os dias 05 de agosto e 26 de julho, nada mais fez do que liberar a presença dos funcionários públicos estaduais naqueles dias, sem vincular as demais esferas federativas e a iniciativa privada.

A Lei nº 9.093/95, ao considerar feriado a única data magna do Estado, fixada em lei estadual, exige uma definição política da Assembleias Legislativa quanto à fixação inequívoca do dia que marca o evento mais importante do ente federativo. Nesse contexto, a Lei Estadual nº 3.489/67 não pode ser considerada para tal fim, uma vez que fixa duas datas comemorativas estaduais, sem apontar qual delas seria a data magna. O suposto “feriado estadual” do dia 05 de agosto nunca teve força normativa ou esteve arraigado nos costumes do Estado. Nem mesmo os órgãos públicos, aí incluídas as Varas do Trabalho, fecham nesse dia senão no Município de João Pessoa – onde é feriado municipal. Não há, portanto, como reconhecer tal dia como feriado na cidade de Campina Grande. Recurso provido.

Vistos, etc.

Trata-se de recurso ordinário proveniente da 4ª Vara do Trabalho de Campina Grande - PB, nos autos da Ação de Coletiva ajuizada pelo SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE CAMPINA GRANDE E REGIÃO contra o BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A.

O Juízo *a quo*, inicialmente, rejeitou a arguição de carência de ação por ilegitimidade ativa *ad causam* do autor. Em seguida, declarou prescritos os direitos anteriores a 17.08.2008, extinguindo o processo com resolução de mérito quanto às postulações atingidas pela prescrição. Na sequência, condenou o réu a respeitar o dia cinco de agosto como feriado civil para seus empregados, devendo remunerar de forma dobrada o trabalho realizado naquela data sem folga compensatória na semana imediatamente subsequente. Por fim, condenou o réu ao pagamento dos honorários sindicais no importe correspondente a 15% do valor da condenação. Custas processuais, no valor de R\$ 200,00, a cargo do réu, calculadas sobre R\$10.000,00, valor arbitrado à condenação (sequencial 55).

Recorre ordinariamente o banco demandado, arguindo, inicialmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* do sindicato-autor para atuar na defesa de direitos e interesses individuais heterogêneos. Em seguida, aduz que a decisão, ao englobar todos os membros da categoria, independentemente de o domicílio corresponder à base territorial do sindicato, viola diretamente o art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, razão pela qual requer a exclusão do rol dos beneficiários, os substituídos indicados no sequencial 41. Quanto ao mérito, insiste no argumento de que o dia cinco de agosto é feriado apenas na Cidade de João Pessoa, acentuando que não houve determinação do Banco Central para fechamento das agências na base territorial do sindicato, motivos pelos quais alega ser indevida a condenação de pagamento do feriado em dobro. Prossegue seu inconformismo, pleiteando a modificação da sentença para que os beneficiários da decisão sejam apenas os substituídos abrangidos na jurisdição do sindicato e que exerçam atividades submetidas ao controle de jornada. Em arremate, requer a exclusão da condenação nos honorários advocatícios e, em sucessivo, pede que seja autorizada a compensação e dedução dos valores pagos aos substituídos a mesmo título. Por fim, pede a restrição dos efeitos da decisão aos limites territoriais da Vara e aos substituídos que forem efetivamente associados ao sindicato autor na data da propositura da ação e domiciliados no âmbito da competência territorial do órgão jurisdicional.

Contrarrrazões apresentadas pelo sindicato autor (sequencial 86).

Autos encaminhados ao Ministério Público do Trabalho, que emitiu parecer pelo desprovimento do recurso (seq. 109).

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do Recurso Ordinário, uma vez atendidos os seus pressupostos legais.

MÉRITO

Da ilegitimidade ativa *ad causam* do sindicato autor

Renova o Banco reclamado a arguição de ilegitimidade ativa do sindicato autor, ao argumento de que, no caso concreto, os direitos e interesses envolvidos são individuais puros ou heterogêneos, inviabilizando a atuação do sindicato como substituto processual. Nessa esteira, pleiteia que o processo seja declarado extinto, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC.

Sem razão.

De início, cumpre observar que, autorizado pela Carta Constitucional (art. 8º, III), o sindicato detém legitimidade ampla para a defesa de quaisquer interesses dos integrantes de sua respectiva categoria, sejam eles individuais, difusos ou coletivos. Em sua essência, a substituição processual reconhecida em nossa Lei Maior implica atuação irrestrita, sem necessidade de prévia autorização dos substituídos, conforme jurisprudência já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

A lei não faz qualquer restrição de ordem quantitativa, quanto aos beneficiários, para que seja legítima a atuação sindical, bastando que haja identidade de matéria, ou seja, homogeneidade do direito invocado (origem comum).

Nesse sentido, aponta-se recente aresto da SBDI-1 do TST:

EMBARGOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. DIVERSOS SUBSTITUÍDOS. DOIS PARADIGMAS. ORIGEM COMUM DO PEDIDO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. A homogeneidade dos direitos buscados em juízo está vinculada à lesão comum e à natureza da conduta, de caráter geral, ainda que alcance a titularidade de diversos indivíduos envolvidos na relação jurídica. A norma constitucional, ao assegurar ao sindicato a defesa judicial dos direitos individuais da categoria, autoriza a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos da categoria, cuja titularidade diz respeito a uma coletividade de empregados representados pelo sindicato, abrangendo ou não toda a categoria. Este é o conceito que se extrai do art. 81, inciso III, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual constituem interesses individuais homogêneos "os decorrentes de origem comum". Deste modo, tratando-se de ação que visa pedido de equiparação salarial de trinta e cinco maquinistas substituídos, - que embora materialmente individualizáveis são de origem comum -, resta consagrada a homogeneidade que viabiliza a defesa de interesses individuais homogêneos pelo Sindicato da categoria.

Embargos conhecidos e providos. (TST SBDI-1; EED- RR-256-45.2011.5.03.0002; Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga; DEJT 22/02/2013)

É o que ocorre no caso dos autos, em que o Sindicato aponta uma origem comum para um direito que, em tese, socorreria a todos os trabalhadores ocupantes da categoria dos bancários de sua base territorial, que tiveram, em tese, inobservado o feriado estadual de 5 (cinco) de agosto. O interesse individual aqui tutelado é homogêneo, uma vez que decorre de alegado descumprimento de preceito estabelecido em lei, afetando uma determinada coletividade de trabalhadores.

Convém ressaltar, em acréscimo, que a situação pessoal de cada um dos substituídos apenas influenciará o *quantum* a ser recebido em caso de condenação, questão que a ser resolvida em liquidação individualizada. Isto porque, nas ações coletivas, a condenação tem normalmente caráter genérico, deixando-se para a fase seguinte a individualização dos créditos (arts. 95, 97 e 98 da Lei 8.078/90).

Por todos os argumentos expostos, verifica-se que o autor é parte legítima para propor a presente demanda como substituto processual, nos termos do art. 8º, III, da Constituição Federal, razão pela qual se mostra descabida a arguição de ilegitimidade ativa *ad causam*.

Dos limites da substituição processual

Aduz o recorrente que a legitimidade do sindicato está restrita aos substituídos que, na data da propositura da ação, fossem associados e tivessem domicílio correspondente à base territorial do autor. Afirma que a sentença de origem, ao declarar que o sindicato pode atuar na defesa de “todos os membros da categoria”, viola diretamente o art. 2º-A da Lei 9.494/97. Requer a reforma da decisão para que se delimite a substituição processual, excluindo-se os oitos substituídos, indicados no sequencial 41, que atualmente estão lotados em unidades situadas fora da área de jurisdição do sindicato.

A restrição inserta no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97 não se aplica à hipótese sob exame, na medida em que esta lei é dirigida à disciplina da aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

De qualquer sorte, saliento que o sindicato, em razão de sua qualidade de substituto dos interesses homogêneos da categoria profissional (proclamado no art. 8º, III, da CF/88), é legitimado a representar todos os membros de sua categoria, e não somente seus filiados.

Por outro lado, pouco importa o local de residência dos trabalhadores, uma vez que sua representatividade há de ser aferida com base no local de prestação de serviço.

Ademais, ainda que possa ter ocorrido alguma mudança no local de trabalho antes do ajuizamento da ação, eventual sentença condenatória beneficiária, em tese, a todos aqueles que prestaram serviço no dia 05 de agosto na base territorial do sindicato nos últimos cinco anos, além daqueles que venham, no futuro, a fazê-lo.

Com essas considerações, rejeito o apelo, no particular.

Da Declaração do dia 5 (cinco) de agosto como feriado Estadual

Diz o recorrente que o dia 5 (cinco) de agosto é um feriado local, restrito aos trabalhadores que estão lotados nas agências localizadas na capital. Acrescenta que não houve determinação do Banco Central para fechamento das agências em outras cidades, razão pela qual entende ser indevido o pagamento da remuneração em dobro em tal dia de trabalho.

Razão lhe assiste.

A pretensão exposta na petição inicial é voltada ao pagamento em dobro do trabalho realizado no dia 05 de agosto, com arrimo no art. 2º da Lei Estadual nº 3.489/1967, que prevê tal data como feriado estadual, em comemoração ao dia da fundação do Estado da Paraíba.

Segundo o recorrido, trata-se da data magna da Paraíba, o que atrai a aplicação da Lei nº 9.093/95, que, ao dispôr sobre a instituição dos feriados civis e religiosos, estabeleceu que a data magna do Estado, fixada em lei estadual, é feriado civil.

Em um primeiro momento, é preciso atentar para o fato de que não apenas a Constituição Federal de 1988, mas também as de 1946 e 1967/69 reservaram exclusiva ou privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho, em cujo âmbito se inclui a disciplina dos dias destinados a repouso.

No plano ordinário, a matéria foi inicialmente regulada pela Lei nº 605/49, cujo art. 11 assim dispunha:

São feriados civis os declarados em lei federal. São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta Feira da Paixão (redação do Decreto 86/66).

Ao que se vê, os Estados não tinham competência constitucional e tampouco delegação legislativa da União para decretar feriados propriamente ditos. Apenas os municípios poderiam, seguindo as diretrizes e os limites fixados na Lei 605/49, eleger três dias por ano consagrados pela tradição local, além da sexta-feira da paixão, como “dias de guarda” ou feriados religiosos.

Nesse contexto, a se interpretar de forma literal a Lei Estadual nº 3.489/67, a conclusão a que se chegaria é de que tal norma seria incompatível com a ordem constitucional vigente à época de sua edição e, portanto, não poderia surtir nenhum efeito prático e, mais do que isto, não poderia ser reprimada por uma lei posterior.

Na verdade, a norma em comento apenas canalizou um costume legislativo corriqueiro no âmbito dos Estados àquele tempo, no sentido de, a título de “feriado”, liberar o trabalho de seus próprios servidores, sem vinculação das demais esferas federativas e da iniciativa privada.

E isto está posto expressamente na Lei nº 662/49, que declara como feriados nacionais os dias 1º de janeiro, 1º de maio, 7 de setembro, 15 de novembro e 25 de dezembro e apresenta a seguinte ressalva em seu art. 3º:

Os chamados 'pontos facultativos', que os Estados, Distrito Federal ou os Municípios decretarem, não suspenderão as horas normais do ensino, nem prejudicarão os atos da vida forense, dos tabeliães e dos cartórios de registro.

Veja-se, portanto, que a competência legislativa do Estado para consagrar algum dia ao repouso estava limitada aos próprios servidores estaduais e, mesmo assim, não poderia abranger o serviço judiciário e nem prejudicar as horas de ensino. Até hoje, os dias 26 de julho e 05 de agosto são pontos facultativos nos órgãos estaduais.

Tanto é assim que não se tem notícia de que, desde aquela época, tenha havido um único ano em que a atividade econômica normal tivesse sido suspensa com base na Lei Estadual nº 3.489/67. Ou seja, o costume local jamais incorporou a ideia de que aquela norma tivesse, de fato, decretado um feriado de âmbito estadual. Sempre se entendeu que se tratava de um simples ponto facultativo para os servidores do Estado.

Reforça esse entendimento o fato de que, poucos dias depois da publicação da multicitada norma, o Município de João Pessoa editou a Lei nº 796, de 18 de agosto de 1967, que decretava feriados religiosos municipais a sexta-feira santa, a ascensão do Senhor (Corpus Christi), e os dias **05 de agosto** (N. Sra. das Neves) e 8 de dezembro (N. Sra. da Conceição). Ora, se o dia 05 de agosto já fosse feriado estadual, qual o sentido de consagrá-lo a um feriado municipal?

É justamente com base na legislação municipal – consonante com a delegação posta na Lei 605/49 – que o dia 05 de agosto tem sido considerado um feriado restrito ao Município de João Pessoa, sem que jamais as atividades profissionais e econômicas no resto do Estado tenham sido interrompidas.

Foi essa a realidade encontrada quando entrou em vigor a Lei nº 9.093/95 que, substituindo, em parte, as disposições da Lei nº 605/49 no tocante à regulamentação dos feriados, introduziu a figura da “data magna” do Estado, a ser fixada em lei estadual, como um dos feriados civis (art. 1º, II). Esta norma, decerto, não reprimiu leis estaduais anteriores que, porventura, tenham sido editadas em desacordo com a ordem constitucional de sua época.

Resta saber, tão somente, se a Lei Estadual nº 3.489/67, não tendo decretado um feriado propriamente dito – e, portanto, não sendo inconstitucional ao seu tempo – teria realmente fixado o dia 05 de agosto como “data magna” do Estado da Paraíba. Se a resposta fosse positiva, esta data teria passado a ser um feriado de âmbito estadual a partir da força normativa da Lei 9.093/95.

Para se ter uma resposta adequada, é preciso apreender, inicialmente, a noção do que viria a ser “data magna”, já que seu conteúdo normativo não é

definido na Lei 9.093/95.

Segundo Houaiss, o adjetivo **magno** vem do latim *magnus* (grande, poderoso, ilustre) e significa aquilo que, “pela importância, se sobrepõe ao que lhe é congênere; de grande relevância”. O dicionário Aulete, de sua vez, aponta o vocábulo como “o que é grande ou importante, relevante, sério”.

Apropriando-se da carga semântica daquele adjetivo, há um certo consenso doutrinário de que a expressão “data magna” marca, de forma simbólica, o dia histórico, evento ou traço cultural mais importante de uma determinada unidade política, que não se confunde, necessariamente, com o dia da sua fundação.

A data magna do Estado do Ceará, por exemplo, fixada por Emenda Constitucional, é o dia 25 de março, que marca a abolição dos escravos naquele Estado, antes mesmo da Lei Áurea. Já a data magna do Estado de Pernambuco, fixada por meio da Lei Estadual nº 13.386/2007, é 06 de março e relembra o dia da Revolução Pernambucana de 1817.

Percebe-se que a escolha da data magna de um Estado passa, necessariamente, pelo juízo político da respectiva Assembleia Legislativa, a quem cabe dizer qual a data comemorativa mais importante. Por isso que, para que a Lei 9.093/95 possa efetivamente surtir efeito quanto ao feriado estadual, é preciso que haja uma manifestação legislativa clara do Estado-membro, fixando, de modo expresso, qual a sua data magna.

No caso do Estado da Paraíba, o art. 2º da Lei nº 3.489/67, invocado na inicial, estabeleceu o seguinte:

Art. 2º. São considerados feriados estaduais o 5 de agosto, em comemoração à fundação da Paraíba, em 1585, e o 26 de julho, em homenagem à memória do ex-Presidente João Pessoa.

O que se observa é que, além de não haver menção expressa na lei ao fato de que o dia 05 de agosto seja a data magna do Estado, a norma também faz menção a outra data comemorativa, o dia 26 de julho, sem apontar qualquer ordem hierárquica entre as duas. Esse contexto conduz ao inevitável questionamento acerca de quais os critérios objetivos a serem utilizados pelo intérprete da lei para concluir que seria o dia 05 de agosto, e não o dia 26 de julho, a data magna do Estado da Paraíba. E a resposta é que não há como fazê-lo, qualquer que seja o método interpretativo utilizado.

Como já destacado, a indicação da data magna do ente federativo, para os efeitos da Lei 9.093/95, há de ser expressa e inequívoca, não cabendo, neste plano, uma discussão sobre a grandeza histórica deste ou daquele evento.

Dizer que o dia 05 de agosto é mais importante do que o dia 26 de julho, como data comemorativa estadual, é enveredar pelo território do subjetivismo, da visão política e do gosto pessoal, algo que não cabe ao Judiciário. Enquanto não editada uma lei estadual que fixe, de forma insofismável, a data magna da Paraíba, não há como resgatar uma antiga norma que dormitava esquecida em meio aos entulhos legislativos do período ditatorial para, à luz de uma interpretação forçada e distorcida, dar-lhe um foro

coercitivo que nunca ousou ter.

Aliás, embora alguns historiadores considerem o 5 de agosto de 1585 como dia da fundação da Paraíba, o que é ensinado nas escolas e todo o imaginário popular apontam esse dia como a fundação da cidade de João Pessoa e não do Estado. Isto porque não houve nenhum ato oficial de fundação e a então Capitania ainda passou por muitas turbulências depois daquela data – vide, por exemplo, a invasão holandesa – e demorou a consolidar sua autonomia. É fato que somente com a república é que os estados-membros propriamente vieram a ter uma existência oficial.

Veja-se que não existe comemoração ou lembrança do fato histórico fora dos limites de João Pessoa, pois aqui se comemora a fundação da cidade. É isto que se veicula todos os anos nos jornais e noticiários da cidade. É isto que se celebra nas escolas e repartições públicas. É isto que está sedimentado em nosso patrimônio cultural.

Só por curiosidade, observe-se que após a Lei 9.093/95, o Município de João Pessoa alterou a Lei nº 796/67 e, mesmo trocando o feriado do Corpus Christi pelo 24 de junho (São João), manteve o dia 05 de agosto como feriado municipal. Mais uma vez é de se perguntar: se o 05 de agosto já era feriado estadual, por que editar uma lei municipal para tal fim?

Vê-se, portanto, que o tal feriado estadual do dia 05 de agosto nunca teve força normativa e nem esteve arraigado nos costumes do Estado. Nem mesmo os órgãos públicos, aí incluídas as Varas do Trabalho, fecham nesse dia senão no Município de João Pessoa. Como, então, obrigar um banco a fechar suas portas ou a pagar o feriado trabalhado?

Considerando que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF), e que não há lei estadual que fixe a data magna de nosso Estado, não há como obrigar o recorrente a suspender suas atividades no dia 05 de agosto, sob pena de grave violação de nossa Carta Constitucional.

Isso posto, dou provimento ao Recurso Ordinário, a fim de julgar improcedente a postulação. Custas invertidas.

ACORDA o Colendo Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região DAR PROVIMENTO AO ao recurso ordinário, a fim de julgar improcedente a postulação. Custas invertidas e dispensadas.

(assinado e datado eletronicamente)

UBIRATAN MOREIRA DELGADO

Desembargador Relator

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES: FABIRLÂNIO FIGUEIREDO SILVA PASCOAL E CÉLIA MARIA DE ARAÚJO ALMEIDA

ACORDO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. Hipótese em que as partes envolvidas em relação de emprego buscaram obter, da Justiça do Trabalho, a chancela de acordo firmado extrajudicialmente. O caso foi enfrentado de forma escorreita em primeira instância, com a extinção do pedido sem resolução do mérito, haja vista a ausência de previsão legal que autorize a Justiça Especializada atuar em situações de semelhante jaez. A conciliação deve ser a meta principal do magistrado trabalhista. Contudo, esse horizonte somente é vislumbrado ao longo do processo judicial já instalado, tendo em mira a obtenção da paz dentro de um conflito efetivo e de uma pretensão resistida. Não há que se atribuir à Justiça Especializada a missão conciliatória em processo de jurisdição voluntária, porque tal proceder se mostra incompatível com os princípios norteadores do direito trabalhista, vindo de encontro, inclusive, à preocupação de que as vantagens eventualmente conquistadas pelo trabalhador sejam negociadas em acordos simulados, concebidos sem o balizamento do Judiciário e sem o crivo das entidades às quais se confere o poder mediador. Recurso não provido.

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Ordinário, oriundo da 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, interposto por FABIRLÂNIO FIGUEIREDO SILVA PASCOAL e CÉLIA MARIA DE ARAÚJO ALMEIDA, no intento de modificar a decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB, que extinguiu sem resolução do mérito o pedido de homologação de acordo extrajudicial, por ausência de previsão legal (seq. 16).

Os recorrentes afirmam que o pronunciamento é equivocado, haja vista que, nos termos do art. 114 da Constituição Federal, em sua redação atual, a Justiça do Trabalho detém competência para processar e julgar as ações oriundas das

PROC. Nº 0073200-26.2013.5.13.0025

relações de trabalho, incluindo-se, em tal universo, as ações de homologação de acordo

extrajudicial, que têm previsão expressa nos arts. 57 da Lei n. 9.099/1995 e 475-N, V, do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo trabalhista (art. 769 da CLT). Ressaltam que, em sua missão de buscar a pacificação dos conflitos de interesses, a Justiça do Trabalho, antes de tudo, deve atuar como órgão mediador, utilizando-se, para tanto, do processo judicial, instrumento adequado ao atingimento da paz social. Salientam que a homologação é indispensável para que seja dada baixa na CTPS da requerente CÉLIA MARIA DE ARAÚJO ALMEIDA, contratada pela FARMÁCIA YASMIN LTDA., de propriedade do requerente FABIRLÂNIO FIGUEIREDO SILVA PASCOAL. Expõem os termos do acordo proposto e, ao final, insistem em sua chancela pelo Órgão Judicial (seq. 22). Anexaram comprovante de recolhimento das custas processuais (seq. 23).

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em virtude do disposto nos arts. 31 do Regimento Interno e 20 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

O recurso é apresentado contra decisão extintiva, na qual não se impôs nenhuma condenação, sendo inexigível, assim, a efetivação de depósito judicial.

As custas processuais foram recolhidas. A representação é regular e o recurso foi interposto no prazo estabelecido na lei.

A espécie trata de ação de homologação de acordo extrajudicial, havendo apenas as partes recorrentes, as quais detêm interesse processual quanto à reforma da sentença, a qual, de todo modo, foi desfavorável à pretensão manifestada na inicial.

Portanto, sob o ponto de vista meramente formal, o recurso atende aos requisitos legais de admissibilidade.

Dele conheço.

MÉRITO

PROC. Nº 0073200-26.2013.5.13.0025

O pedido formulado na inicial, de natureza rara, tem por objetivo a

obtenção da chancela do Poder Judiciário ao acordo celebrado extrajudicialmente, por meio do qual ficou ajustada a baixa da carteira de trabalho da requerente CÉLIA MARIA DE ARAÚJO ALMEIDA por parte de FABIRLÂNIO FIGUEIREDO SILVA PASCOAL, a fim de possibilitar a obtenção de benefício previdenciário perante o INSS.

Portanto, a matéria versada nos autos orbita em torno da chamada jurisdição voluntária, tida, assim, como aquela em que a Justiça atua na administração de interesses privados, não havendo conflito a ser dirimido, mas apenas a homologação da vontade dos interessados.

O Juízo de origem extinguiu o pedido sem resolução do mérito, por entender que a lei não atribui à Justiça do Trabalho semelhante missão, cabendo aos requerentes buscar a chancela da entidade sindical competente ou do organismo ao qual a lei confere a atribuição de atuar como mediador.

Em meu sentir, a decisão é escorreita.

O tema relativo à jurisdição voluntária no processo do trabalho passou a ser objeto de polêmica no meiodoutrinário, notadamente após o advento da Lei n. 9.099/1995, cujo art. 57 confere aos Juizados Especiais Comuns a faculdade de homologar acordos extrajudiciais, independentemente de termo de conciliação.

Todavia, em ambiente jurisprudencial, a conclusão prevalente é a de que o procedimento não é compatível com os preceitos e princípios que regem o Direito do Trabalho.

A esse respeito, impõe-se citar os seguintes arestos:

HOMOLOGAÇÃO DE TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. A Justiça do Trabalho não possui jurisdição voluntária para homologar acordos extrajudiciais em casos em que não há lide. Recurso não provido. (TRT 4ª Região, RO 0000915-75.2012.5.04.0104, Redatora MARIA HELENA LISOT, julgamento 27.02.2013)

TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. HOMOLOGAÇÃO. ART. 475-N DO CPC. IMPOSSIBILIDADE.

O art. 114 da CF/88 não traz entre suas atribuições jurisdicionais a homologação de acordo celebrado antes de os sujeitos da relação trabalhista irem à Justiça porquanto não existe lide nem conflito de interesses. Trata-se, in casu, de julgar interesses privados, de jurisdição voluntária, que não receberam abrigo pela Legislação

PROC. Nº 0073200-26.2013.5.13.0025

Trabalhista Consolidada, nos mesmos moldes da Lei Adjetiva Civil. O instituto da transação extrajudicial encontra limites no âmbito desta

Justiça Laboral, tendo em vista os princípios da irrenunciabilidade de alguns dos direitos trabalhistas. Nesse cenário, não pode ser admitida ao alvedrio das partes, sob pena de malferimento à jurisdição trabalhista e à própria natureza do direito do trabalho. Os interessados informaram que entabularam acordo por meio do qual a empregada renunciou a direitos indisponíveis, como o aviso prévio. Portanto, há óbice intransponível à homologação da transação extrajudicial. Recurso ordinário conhecido e desprovido (TRT 10ª Região, 3ª Turma, RO 01894-2009-011-10-00-0, Relatora MÁRCIA MAZONI CÚRCIO RIBEIRO, DEJT 12.03.2010)

O fato de a atual redação do art. 114, inciso I, da Constituição Federal, introduzida pela EC n. 45/2004, ao estabelecer a competência da Justiça do Trabalho para “processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho”, em contraposição à redação anterior, que previa a competência “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos”, não dá margem à ideia de que, após aquele marco, a Justiça Especializada passou a deter a atribuição de processar todo e qualquer pedido correlacionado às relações laborais, inclusive no que diz respeito aos atos de homologação de acordos extrajudiciais.

O comando constitucional há de ser visualizado em conjunto com o sistema normativo e com as diretrizes principiológicas do direito processual do trabalho, em especial o art. 764 da CLT, que estabelece, para a Justiça do Trabalho, a atuação mediante jurisdição contenciosa, cabendo-lhe a missão precípua de buscar uma solução conciliatória, desde que se lhe ponha um conflito de interesses por meio de dissídios individuais ou coletivos.

Uma das raras situações em que o direito positivado expressamente possibilitava a atuação da Justiça Especializada, como órgão meramente homologatório, referia-se à opção retroativa do empregado estável pelo regime do FGTS, conforme o disposto na Lei n. 5958/1973. Esse procedimento, vale dizer, já não é mais cabível perante este ramo do Judiciário, pois o Decreto n. 99.684/90, em seu art. 6º, parágrafo único, confere aos sindicatos da categoria profissional a faculdade de homologar as transações correlacionadas ao direito entre empregado e empregador.

Nos dias atuais, após o cancelamento da Súmula n. 176 do TST, a jurisprudência tem admitido a prática de atos de jurisdição voluntária da Justiça do Trabalho embutidos no processo contencioso, apenas para autorizar o levantamento do

PROC. Nº 0073200-26.2013.5.13.0025

saldo da conta vinculada do trabalhador.

Todavia, afora isto, não há previsão legal para procedimento

desse jaez perante a Justiça do Trabalho, notadamente no que diz respeito à homologação de acordo extrajudicial entabulado entre empregado e empregador.

Tanto é assim que, atualmente, tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei que tem o escopo de acrescentar dispositivos à CLT, visando justamente a possibilitar a homologação de acordos extrajudiciais pela Justiça do Trabalho (PL n. 1.153/2011).

O projeto, que já foi alvo de manifestações contrárias da CUT, da ANAMATRA e do Presidente do TST, recebeu parecer desfavorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, do qual se extrai o seguinte excerto:

No dia a dia das varas trabalhistas, são comuns situações em que as partes simulam uma lide, apenas para obter a homologação de um acordo, que pode prejudicar o trabalhador ou terceiro interessado. A presente proposição criará um mecanismo de automática obtenção desse mesmo resultado. As partes trarão ao juízo a petição já assinada e com a descrição dos termos do acordo, sem revelar a lide que antecedeu essa avença.

Ora, sem que se saibam as fontes do litígio ou as razões que levaram as partes ao debate, não se faz possível a análise judicial da razoabilidade do acordo ou da existência de renúncia a direitos irrenunciáveis.

Enquanto não dotarmos o sistema de uma regra de garantia no emprego, que possibilite ao trabalhador reclamar perante a Justiça, na vigência do contrato de trabalho, sem temor de perder seu emprego, não será possível instituímos mecanismo de homologação judicial de acordos extrajudiciais.

Além disso, o projeto contraria frontalmente o disposto no art. 8º, inciso III, da Constituição Federal que prescreve: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Por fim, cabe lembrar que o art. 5º, inciso XXXV, do Texto Constitucional garante, como cláusula pétrea, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Pela proposição em análise, uma vez formulado e homologado o acordo, o trabalhador não mais teria acesso ao Poder Judiciário. Nada mais poderia reclamar.

[...]

Em face do exposto, votamos pela inconstitucionalidade e antijuridicidade das proposições sob análise, e, no mérito, pela

PROC. Nº 0073200-26.2013.5.13.0025

rejeição do Projeto de Lei nº 1.153, de 2011 e do substitutivo aprovado pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Fonte: www.camara.gov.br

Sob outro enfoque, não prospera a argumentação dos recorrentes no sentido de que a Justiça do Trabalho, dada a sua função primordial de pacificação social, estaria plenamente autorizada a homologar os acordos extrajudiciais que lhe são apresentados.

A conciliação deve, sim, ser a meta principal do magistrado trabalhista. Contudo, esse horizonte somente é vislumbrado ao longo do processo judicial já instalado, tendo em mira a obtenção da paz dentro de um conflito efetivo e de uma pretensão resistida.

Não há que se atribuir à Justiça Especializada a missão conciliatória em processo de jurisdição voluntária, porque, conforme exposto no parecer acima transcrito, tal proceder se mostra incompatível com os princípios norteadores do direito trabalhista, vindo de encontro, inclusive, à preocupação de que as vantagens eventualmente conquistadas pelo trabalhador sejam negociadas em acordos simulados, concebidos sem o balizamento do Judiciário e sem o crivo das entidades às quais se confere o poder mediador.

De resto, não socorre a pretensão dos reclamantes o disposto no art. 475-N do CPC, que prevê a execução dos acordos extrajudiciais, de qualquer natureza, homologados judicialmente.

O processo do trabalho contém regra própria para o assunto, corporificada no art. 876 da CLT, de cuja redação promana a ilação de que as transações extrajudiciais cabíveis à esfera de atuação do Judiciário Trabalhista consistem nos termos de ajuste de conduta firmados perante o MPT e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliações Prévia, aos quais se atribui a força e a eficácia de um título executivo.

Com essas reflexões, tenho por descabida a pretensão dos recorrentes no sentido de obter a homologação do acordo extrajudicial perante a Justiça do Trabalho.

Isto posto, nego provimento ao Recurso Ordinário.

PROC. Nº 0073200-26.2013.5.13.0025
ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Ordinário.

ASSINADO ELETRONICAMENTE
FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA
Desembargador Relator

PROC. Nº 0073200-26.2013.5.13.0025

ACÓRDÃO
RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: TABAJARA ATLÉTICO CLUB
RECORRIDO: RAIMUNDO JOSÉ COUTINHO (ESPÓLIO DE)

PROC. Nº 0020900-45.2012.5.13.0018

E M E N T A: VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRIMAZIA DA VERDADE REAL. O princípio da primazia da realidade, cujo âmago é a justiça, impõe ao magistrado a investigação da verdade real, sobrepondo-a às formalidades e regras do processo. No caso, à luz do conjunto probatório e tendo como alicerce a verdade real dele extraída, apresenta-se com razão o recorrente, pois a história verdadeira é aquela narrada na contestação.

Vistos *etc.*

Recurso ordinário interposto pelo TABAJARA ATLÉTICO CLUB contra sentença proferida pelo Juiz Juarez Duarte Lima no Processo Nº 0020900-45.2012.5.13.0018 oriundo da Vara do Trabalho de Areia/PB.

O juízo de origem reconheceu o vínculo de emprego entre os litigantes e, por consequência, condenou o reclamado às seguintes obrigações: de fazer: **a)** proceder à anotação da CTPS do autor, consignando o contrato de trabalho no período de 01.05.1992 a 16.07.2012, sob pena de multa diária, e **b)** entregar as guias do seguro-desemprego sob pena de conversão da obrigação de fazer em indenização correspondente em dinheiro; de pagar: **a)** saldo de salário (R\$ 700,00); **b)** 13º salário proporcional de 2012 (7/12) e integral dos anos de 2007 a 2011 (R\$ 6.700,00); **c)** férias proporcionais mais 1/3 de 2012 (3/12) e férias integrais dos últimos cinco anos (R\$ 8.400,00); **d)** FGTS + 40% (R\$ 35.313,60); **e)** horas extras + 50% (R\$ 55.167,63); **f)** reflexos das horas extras sobre 13^{os} salários, férias + 1/3 e FGTS (R\$ 15.998,61); **g)** domingos e feriados em dobro (R\$ 26.162,03); **h)** intervalo intrajornada (R\$ 22.000,00). Custas processuais, no importe de R\$ 4.558,60, calculadas sobre o valor da condenação (seq. 15). Sentença líquida (seq. 16).

Embargos de declaração opostos pelo reclamado (seq. 22), acolhidos, para rejeitar o pedido de justiça gratuita (seq. 19).

O reclamado interpõe recurso ordinário (seq. 34).

Afirma não haver prova robusta e suficiente a comprovar o vínculo de emprego narrado na peça de ingresso, razão pela qual diz indevida a condenação imposta.

Sustenta a fragilidade da prova testemunhal realizada pelo reclamante, pois as testemunhas trouxeram ao processo informações por “ouvirem dizer”, bem assim nenhuma das testemunhas trabalhou em favor do reclamado e não tinham qualquer rotina que lhes permitisse detalhar os horários de trabalho do senhor Raimundo.

Alega ainda a existência de contradição na prova oral. Adiante, diz haver a prova oral por si produzida comprovado não ser o senhor Raimundo empregado do Clube, porque as testemunhas foram unânimes ao asseverar não haver qualquer subordinação dele exercida por qualquer dos administradores do reclamado.

Oferta impugnação específica quanto à jornada de trabalho

reconhecida pela sentença e apresenta documento, requerendo seu conhecimento nesta fase sob a justificada de ser novo, pois dele não tinha ciência à época da instrução processual. Cita o artigo 397 do CPC.

Requer a total improcedência dos pedidos exordiais, bem assim a devolução do valor recolhido a título de custas processuais.

Depósito recursal e custas recolhidos (seq.36).

Contrarrazões apresentadas (seq. 45).

O Ministério Público do Trabalho não foi instado a intervir em face do disposto nos artigos 31 § 1º e 32 do RITRT13.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Apelo interposto a tempo e modo. Conheço-o.

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DOS DOCUMENTOS ACOSTADOS ÀS RAZÕES DE RECURSO SUSCITADA PELO RECORRIDO

Ao requerer a juntada do documento sob sequencial 35, o recorrente justifica que, à época da instrução processual, dele não tinha conhecimento e cita o artigo 397 do CPC.

Em contrarrazões (seq. 45), o recorrido diz não ser possível o conhecimento do citado documento por força da preclusão. Cita o artigo 845 da CLT e a Súmula nº 8 do TST.

O documento sob sequencial 35 refere-se a processo administrativo iniciado em 28/06/2004, junto ao Governo do Estado da Paraíba, cujo interessado era o senhor Raimundo José Coutinho e tinha por objeto o ressarcimento de mercadorias em decorrência do rompimento da Barragem de Camará.

Não se enquadra o documento em questão nas exceções previstas na Súmula nº 8 do TST, pois não é documento referente a fato posterior à sentença, e a justificativa ofertada pelo recorrente não prova o justo impedimento.

No entanto, trata-se de documento público, detentor de fé de ofício, salvo prova em contrário não ofertada neste processo. Ademais, em busca da verdade real, princípio norteador do direito, dele sendo um dos alicerces, ao magistrado é conferida ampla liberdade na direção do processo, possibilitando-lhe a determinação de qualquer diligência necessária ao esclarecimento das narrativas dos litigantes (art. 765, CLT, e art. 130, CPC).

Logo, considerando o princípio da primazia da realidade, cujo âmago é a justiça, deve o magistrado investigar a verdade real, sobrepondo-a às formalidades e regras procedimentais.

E nem se fale em cerceamento ao direito à ampla defesa, pois, ao ofertar contrarrazões, o recorrido, além de suscitar a presente preliminar, também apresentou impugnação específica ao documento em questão.

Sobre o tema, cita-se:

135000012819 JCLT.765 JCPC.130 – PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DO TRABALHO – DIMENSÃO – Na qualidade de agente da jurisdição o juiz tem o dever constitucional, legal e ético de investigar a verdade real em detrimento de formalidades e regras procedimentais, com o objetivo de alcançar a justiça. Afinal, o Direito Processual não tem nenhum sentido se não servir como instrumento do Direito Material. Por essa razão é que os arts. 765 da CLT e 130 do CPC conferem ao Juiz do Trabalho, como diretor de um processo que visa a compor conflito marcado pela assimetria entre trabalhador e empregador, amplos poderes instrutórios. O juiz está incumbido pelo Estado a prestar a tutela jurisdicional e, portanto, maior interessado em obter a justa composição do conflito laboral e a pacificação social, pode e deve confrontar os controles de frequência com os recibos de pagamento, para verificar a existência de eventual diferença salarial, sem que isso implique em qualquer equívoco ou nulidade da sentença. Recurso desprovido. (TRT 24ª R. – RO 92300-56.2009.5.24.0071 – Rel. Des. Francisco das C. Lima Filho – DJe 21.09.2011 – p. 87)v93 (grifo nosso)

Acrescente-se ainda o conceito conferido ao termo “documento novo” extraído da Súmula 402 do TST, *in verbis*:

Documento novo é o cronologicamente velho, já existente ao tempo da decisão rescindenda, mas ignorado pelo interessado ou de impossível utilização, à época, no processo. (grifos nossos)

Isso posto, rejeito a preliminar suscitada pelo recorrido e conheço do documento sob sequencial 35.

MÉRITO

O objeto do presente apelo consiste na análise da existência, ou não, dos elementos caracterizadores de uma relação de emprego entre o senhor Raimundo José Coutinho e o Tabajara Atlético Club.

Na peça de ingresso (seq. 1), o espólio do senhor Raimundo José Coutinho, representado por sua viúva, a senhora Maria Nataline da Silva Coutinho, narra haver o falecido trabalhado em favor do reclamado, no período de maio de 1992 a 16.07.2012 (data do óbito), desempenhando as funções de serviços gerais, com a seguinte jornada de trabalho: de segunda-feira a domingo, das 08h00 às 22h00, sem intervalo para refeições. Aponta como remuneração média a importância de R\$ 1.200,00.

Na defesa (seq. 8), o reclamado negou o vínculo, acrescentando haver, em sua sede social, alguns boxes comerciais, então alugados a terceiros, para ajudar na manutenção do Clube, sendo um dos locatários o senhor Raimundo, que fazia uso de um dos boxes, pagando aluguel no importe de R\$ 200,00, desenvolvendo, de forma autônoma e

independente, a exploração de jogo de bilhar (sinuca) e carteados, além da venda de bebidas aos frequentadores, sem qualquer ingerência do recorrente.

Narra a existência de contrato de locação, cujo instrumento escrito afirma haver sido perdido, quando do rompimento da barragem de Camará, mas diz haver recibos de pagamento dos aluguéis.

Ainda em socorro à sua tese, o reclamado discorre sobre a existência de contrato de locação de uma lanchonete, em um dos citados boxes, realizado com o cunhado do falecido senhor Raimundo, e assevera que os serviços de limpeza da sede social são realizados por um senhor de nome Tarcísio.

À contestação, foram anexados recibos de aluguéis e contrato de locação (seq. 12), impugnados pelo reclamante, nos seguintes termos (seq. 3):

Quanto aos recibos no valor de R\$ 200,00 que constam na defesa, nenhum deles consta a assinatura do Sr. Raimundo José Coutinho para resguardo de eventual validação dos mesmos, merecendo destaque que o seu conteúdo não traduz a verdade até porque o mesmo nunca assumiu a condição de locador do referido clube, não podendo tais documentos elidir a pretensão autoral. Quanto ao contrato de locação firmado pelo clube o Sr. Luiz Barbosa, o mesmo também não tem nenhuma vinculação com o caso sob análise. (sic)

O conteúdo dos documentos não foi efetivamente invalidado. Os recibos, por serem indício de quitação da suposta locação, necessariamente devem ser assinados pelo locador e não pelo locatário, e a justificativa quanto à invalidade do seu conteúdo não se sustenta, porque fundamentada na negativa da locação, cuja existência é assegurada pelo recorrente. Já o contrato de locação tem vinculação ao processo, porque utilizado para comprovar a narrativa da defesa. Portanto, os citados documentos constituem princípio de prova. Ou seja, a teor dos demais elementos contidos no processo poderão, ou não, alicerçar a tese da defesa.

Além da prova documental realizada apenas pelo reclamado, há a prova testemunhal.

Da leitura da prova oral realizada pelo reclamante tem-se as seguintes considerações: as duas testemunhas ouvidas – a primeira, como mecânico – não informa se seu trabalho era próximo à sede do reclamado; a segunda – empregada doméstica – sabe das atividades do falecido senhor Raimundo em favor do reclamado, porque trabalhava na residência em frente à sede social do demandado. Ambas descrevem com detalhes a rotina de trabalho do senhor Raimundo como se com ele tivessem trabalhado diariamente, pois foram capazes, inclusive, de precisar que o *de cujus* alimentava-se no local de trabalho, havendo a segunda testemunha, a senhora Maria Auxiliadora, informado que a refeição era trazida em marmitta pelo filho do senhor Raimundo, bem assim sabendo noticiar que o trabalho do falecido era desenvolvido de domingo a domingo.

Acrescente-se ainda haver a primeira testemunha trazida a juízo pelo reclamante, o senhor Ramonilson Alves dos Santos, sido contraditória, quando disse (seq. 7):

que é de seu conhecimento o *de cuius* ter prestado serviço para o reclamado, no período de 1992 a 2012, mas não se lembra o mês que ele deixou de trabalhar; que o Sr. José Coutinho faleceu este ano, depois do São João; (...) que o *de cuius* deixou de trabalhar quando faleceu; (grifos nossos)

Ou seja, inicialmente, não soube dizer quando houve a ruptura do vínculo, mas, reperguntado, noticiou que foi por ocasião do falecimento do senhor Raimundo, sabendo precisar, inclusive, o valor da remuneração recebida pelo falecido.

E, quanto ao depoimento da segunda testemunha trazida a juízo pelo reclamante, a senhora Maria Auxiliadora, além da riqueza de detalhes sobre a rotina de trabalho do *de cuius*, tem-se a considerar que, apesar do seu conhecimento sobre o início da relação jurídica havida entre os litigantes, a citada senhora trabalhou por um período não especificado, na cidade do Rio de Janeiro, só passando a trabalhar, na residência em frente à sede do clube, duas semanas após seu retorno à cidade de Alagoa Grande.

Tem-se ainda a considerar que, apesar da narrativa exordial não discorrer sobre o fato de o reclamante trabalhar com jogo, a testemunha Ramonilson noticia que o senhor Raimundo “tomava conta das sinucas”, fala que se amolda à tese da defesa e à prova oral por si produzida.

A primeira testemunha trazida a juízo pelo reclamado informou (seq. 7):

(...) que o *de cuius* não limpava clubes, que quem limpava era o próprio depoente e que, quando este esteve doente, quem fez a limpeza do clube era a Senhora conhecida pela alcunha de 'veia'; (...) que o reclamado nada pagava ao *de cuius*; (...) que o *de cuius* pagava um aluguel à base de R\$ 200,00 em razão do uso da sede da clube; que a sede do reclamado era alugada ao *de cuius*; (...) que jamais presenciou alguém do clube dando ordens ao *de cuius*; que há uma lanchonete nos fundos da sede do clube, já pegando a outra rua, que é alugada ao cunhado do *de cuius*, que o cunhado do *de cuius* paga o aluguel ao Sr. Luís que tem um contrato feito com o clube reclamado; (...) que o endereço no qual o depoente mora fica na própria sede do reclamado; (grifos nossos)

A segunda testemunha trazida a juízo pelo reclamado afirmou:

que não trabalhou para o reclamado, mas mora há cem/duzentos metros do clube; (...) que, no clube, o *de cuius* tomava conta da sede do clube, que não recebia qualquer valor do clube reclamado; que o clube alugou a sede para ele; que todos os jogos realizados no clube o pagamento pelo uso da sede do reclamado era feito ao *de cuius*; que esse clube foi alugado ao *de cuius* durante vinte anos; (...) que atrás da sede do clube reclamado há uma lanchonete alugada ao cunhado do *de*

cujus conhecido Normando; (...) que o dinheiro que arrecadava dos jogos no clube reclamado era destinado pagamento do clube reclamado, mas não sabe dizer quanto ele recebia; que o dinheiro recebido era proveniente de jogos; que o depoente chegou a jogar na sede do clube reclamado; que nunca chegou a presenciar o presidente ou vice-presidente do clube reclamado dando ordens ao de *cujus*; que o tesoureiro ia para lá receber o dinheiro do aluguel; (..) que o depoente trabalha de vigilante no horário de 08h às 19h no Rio de Janeiro; que trabalhou lá durante cinco anos; que retornou do Rio de Janeiro há três meses; que conhece o Sr. Tarcízio, testemunha ouvida neste Juízo; que o Sr. Tarcízio é funcionário do clube há cerca de 30 anos; que o Sr. Tarcízio reside na sede do Tabajara. (grifos nossos)

E a terceira testemunha trazida a juízo pelo reclamado disse:

que chegou a ser jogador do clube reclamado de 1978 e durante 15 anos e depois foi para o Rio de Janeiro e lá permaneceu até a idade de 52 anos; que o depoente nasceu em 08/10/1957; que chegou antes da enchente da Barragem de Camará na cidade Alagoa Grande-PB; (...) que conhecia o *de cujus* desde que este estava lá no Tabajara; que o de *cujus* tomava conta dos jogos de carta; que além disso, o de *cujus* não fazia mais nada; que quem fazia a limpeza era o Sr. Tarcízio; que o dinheiro proveniente dos jogos era entregue ao de *cujus*; que este alugou apenas o local onde funcionavam os jogos de carta; (...) que o depoente chegou a participar de jogos de cartas na sede do clube reclamado; (...) que o depoente frequentou o clube antes e depois de ter ido e retornado ao Rio de Janeiro; (grifos nossos)

As testemunhas apresentadas pelo reclamado, diversamente das do reclamante, tinham conhecimento da rotina havida na sede social do reclamado por conhecimento próprio, pois a primeira reside na sede do clube e as duas últimas frequentam ou frequentaram o clube.

Singular também o valor da remuneração citada na inicial, isto é, R\$ 1.200,00, para o exercício da função de serviços gerais, em uma pequena cidade como Alagoa Grande, importância totalmente destoante da realidade do citado Município paraibano.

Em arremate, tem-se o documento sob sequencial 35, impugnado pelo recorrido, sob o fundamento de que o senhor Raimundo era analfabeto funcional, só sabendo escrever o próprio nome, bem assim de não conter o documento numeração de páginas, haver entrelinhas no requerimento, contando a informação de ser o imóvel alugado. Discorre ainda haver o requerente postulado indenização por perdas havidas em sua residência e que, na relação do bens perdidos, não consta nenhuma assinatura.

O documento sob sequencial 35 é um documento público e foi ofertado em cópia autenticada. Portanto, não se sustenta haver ocorrido a inserção de texto como pretendido pelo recorrido. Aliás, o texto citado, ou seja, “condição do imóvel: locado.”

tem a mesma caligrafia do restante contido no requerimento.

Outrossim, o fato de ter sido o senhor Raimundo analfabeto funcional não impede a veracidade do conteúdo do documento, pois, como disposto pelo próprio recorrido, o falecido também requereu indenização por perdas em sua residência.

O rol dos bens afetados pelas águas de Camará descrevem objetos que se associam à narrativa da defesa quanto às atividades desempenhadas pelo senhor Raimundo, na sede social do clube, e contém assinatura do aludido senhor plenamente compatível com a posta no requerimento.

A ausência de numeração das folhas, no máximo, configura mera falha procedimental, não ensejando qualquer tipo de nulidade.

Quanto ao recibo pela indenização (seq. 35 – pág. 6), nele constam o endereço Cônego Firmino Cavalcante e a assinatura do senhor Raimundo compatível com aquelas encontradas no requerimento e no rol de bens afetados.

À luz de todo o exposto, não há no processo nem nas assertivas do recorrido qualquer elemento a invalidar e contrariar o conteúdo do documento sob sequencial 35.

Ainda no campo da prova documental, os recibos e o contrato de locação juntados com a contestação também corroboram a tese da recorrente.

Como já posto por ocasião da análise da preliminar suscitada pelo recorrido, é dever constitucional, ético e legal do magistrado investigar a verdade real, para alcançar a justiça, finalidade da jurisdição, sendo oportuna a transcrição de trechos de decisão proferida pelo Desembargador Otávio Linhares Renaul, *in verbis*:

114000006252 JCLT.765 – PROCESSO VISÍVEL E PROCESSO INVISÍVEL PARTICIPAÇÃO INTEGRATIVA DO JUIZ SOCIAL DO TRABALHO NA RECONSTRUÇÃO DA VERDADE DOS FATOS – MAIOR POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA – DIMINUIÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS INFLADOS PELA PETIÇÃO INICIAL E ESVAZIADOS PELA CONTESTAÇÃO – CONSTRUÇÃO DA SENTENÇA, DESCONSTRUÇÃO DA INJUSTIÇA.– Dentro de todo processo existe outro processo, que é mais ou menos como "um bosque, que o muro alto proíbe" (Chico Buarque). Um é visível; o outro invisível. (...) O processo perceptível, real ou virtual (e-processo) é aquele em que os fatos materializam o direito à sua feição: o alimento e a vida do Direito são os fatos. Por se tratar de uma ciência social aplicada, o Direito depende da sensibilidade do aplicador, do intérprete, do juiz. (...) Por outro lado, o processo imperceptível é aquele que subjaz ao processo visível – esforça-se para convencer o julgador da necessidade dele enxergar tudo que está à sua volta: o tipo de litígio, a natureza da pretensão, as dificuldades e aptidões probatórias de cada parte, as premências e a desenvoltura dos sujeitos envolvidos no conflito, o grau de instrução e a idade das testemunhas, as necessidades das partes, além de tantos outros fatores. No fundo, o que não está expressamente figurado no processo não significa necessariamente que esteja fora dele. O juiz é a mão e a alma do

Estado na realização da justiça. A imparcialidade exige do juiz grande virtude: total isenção. Tal virtude não deve ser confundida com a neutralidade, pois um juiz neutro seria um juiz passivo, sem movimentos na busca da reconstituição histórica dos fatos, sem os quais ele não diz o Direito como deveria ser dito. (...) Uma justiça com olhos não significa uma justiça parcial. Parcial ela só será se uma das partes for privilegiada. Ver a verdade não é ser parcial; é ser justo. (...) (TRT 03ª R. – RO 935/2009-137-03-00.0 – Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault – DJe 14.12.2009 – p. 102) Grifos nossos

Citam-se ainda os seguintes julgados:

128000014835 – PROVAS – PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. No processo do trabalho, vige o princípio da busca da verdade real, corolário do princípio da primazia da realidade, norteador do direito material do trabalho. Por tal princípio processual a prova documental pode ser elidida, desconstituída pela prova testemunhal, que tem mais força no processo trabalhista. Em outras palavras, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos. (TRT 17ª R. – RO 89800-92.2009.5.17.0012 – Rel. Des. Carlos Henrique Bezerra Leite – DJe 25.11.2010 – p. 23)v86

123000042782 – PROVA – PRODUÇÃO NO PROCESSO TRABALHISTA – PRINCÍPIOS NORTEADORES. Prevalendo, na Justiça do Trabalho, o princípio da primazia da realidade, é razoável admitir o desapego a aspectos formais das provas em favor das situações fáticas estabelecidas. Isso porque a prova nos autos não está a serviço das partes, mas sim, do juiz para a formação de seu livre convencimento, já que incumbido da prolação da sentença, tendo por isso justo motivo para perseguir a verdade real. (TRT 12ª R. – RO 00996-2009-008-12-00-5 – 1ª C. – Relª Águeda Maria Lavorato Pereira – J. 14.09.2010)v87

Dessarte, considerado o conjunto probatório e tendo como alicerce a verdade real dele extraída, está com razão o recorrente, pois a história encerrada no processo é aquela narrada na contestação. Logo, improcedente a postulação exordial.

Quanto à devolução das custas, o pedido dever ser dirigido à Receita Federal, órgão destinatário da verba, refugindo à competência desta Justiça Especializada a determinação da devolução ou restituição.

Sobre o tema, cita-se:

(...) CUSTAS PROCESSUAIS – DEVOLUÇÃO. Embora tenha sido provido parcialmente o recurso da Reclamada e, conseqüentemente,

tenha sido reduzido o valor das custas processuais, o qual é calculado sobre o valor da condenação nos termos do art. 789 da CLT, não compete a esta Justiça Especializada determinar a devolução do montante excedente recolhido a esse título de custas processuais, devendo a parte interessada buscar sua restituição, administrativamente, na Receita Federal, após o trânsito em julgado da Reclamatória Trabalhista. (TRT 23ª R. – EDRO 0044800-37.2009.5.23.0 – 2ª T. – Relª Desª Leila Calvo – DJe 15.11.2010 – p. 21)v86

Isso posto, dou provimento parcial ao apelo, para julgar improcedente a postulação exordial.

Custas invertidas e dispensadas (art. 790, § 3º, e art. 790-A, CLT).

ACORDA a 2ª Turma de Julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região: REJEITAR A PRELIMINAR suscitada pelo recorrido e CONHECER do documento sob sequencial 35; e, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao apelo, para julgar improcedente a postulação exordial. Custas invertidas e dispensadas (art. 790, § 3º, e art. 790-A, CLT).

EDUARDO SERGIO DE ALEMEIDA
Desembargador Relator

PROC. Nº 0019300-97.2013.5.13.0003

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE: JOÃO MAMEDE PEREIRA JÚNIOR

EMBARGADA: INSTITUIÇÃO CULTURAL EDUCATIVA E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (COLÉGIO NOSSA SENHORA DE LOURDES)

T e s e V e n c e d o r a

Vistos os autos.

Discutem-se nestes embargos de declaração duas matérias: 1) alegada contradição na fundamentação relativa ao deferimento das diferenças salariais e 2) suposto equívoco, quando do cálculo dos honorários advocatícios, por haverem as contas excluído dessa contabilização a verba previdenciária, que, na visão do embargante, integra a base de cálculo dos referidos honorários.

Da alegada contradição nos fundamentos relativos às diferenças salariais

As diferenças salariais foram deferidas por esta Turma, que confirmou a ocorrência efetiva da redução dos salários do reclamante. Foi devidamente explicado que a redução salarial não se mostrava, à primeira vista, contrária à disposição constitucional, porque “o artigo 320 da CLT reza que a remuneração será fixada pelo número de aulas semanais, na conformidade dos horários”. Pontuou-se que, “a teor da OJ nº 244 da SDI-1 do TST, verificada a diminuição do número de alunos e, por conseguinte, o número de turmas, é permitida a redução da carga horária e, por consequência, da remuneração do professor”. Registrou-se ainda que apenas não era possível a redução do valor da hora-aula, hipótese que, nos termos da decisão, “também é contemplada pela cláusula 25ª das normas coletivas” (seq. 59, p. 1).

O embargante entende que há contradição na interpretação dada à cláusula normativa em confronto com a mencionada orientação jurisprudencial.

Entretanto, a contradição passível de alegação, em sede de embargos declaratórios, diz respeito à existência de teses contrárias dentro da própria decisão, como se, numa parte, o juiz afirmasse um fato e, em seguida, o

negasse. Assim, no caso, a interpretação dada pelo Órgão Julgador às normas coletivas contidas nos autos e à aludida orientação jurisprudencial não apresenta contradição, uma vez que o texto da decisão está coerente, de conformidade com o entendimento adotado pela Turma.

Sob esse aspecto, portanto, os embargos não merecem guarida.

Da preclusão

A segunda parte dos embargos diz respeito a suposto equívoco, quando do cálculo dos honorários advocatícios, por haverem as contas excluído dessa contabilização a verba previdenciária, que, na visão do embargante, integra a base de cálculo dos referidos honorários.

O e. Relator entende que a matéria está preclusa, porque não há manifestação sobre o tema no seu recurso ordinário.

É preciso deixar claro que o processo tem seus momentos, suas fases, devendo as partes suscitar as matérias que entenderem pertinentes na oportunidade procedimentalmente adequada, sob pena de preclusão, em respeito ao devido processo legal e à segurança jurídica.

Somente se admite a mudança do que foi decidido, sob o manto da preclusão, nos casos de erro material. Por oportuno, vale dizer que erro material é o equívoco perceptível, decorrente de falha aritmética e não aquele relacionado à aplicação de determinado critério de cálculo. Este permanece acobertado pelo manto da coisa julgada.

Assim, um erro meramente algébrico, numa das quatro operações aritméticas fundamentais – adição, subtração, multiplicação, divisão –, uma simples falha de digitação, um engano na aferição da evolução dos índices de atualização monetária, estes são exemplos de verdadeiros erros materiais. Todavia, a forma de cálculo da hora extra noturna e respectivos reflexos, a consideração sobre a incidência de tais e quais reflexos sobre a parcela principal deferida, a data de incidência de juros, por aplicação da *actio nata*, tudo isso são exemplos de temas que envolvem apreciação jurídica e critérios de cálculos, que não constituem erro material.

No caso em análise, ao proferir a sentença (seq. 24), o Juiz de primeiro grau o fez de forma líquida, apresentando de logo os cálculos pertinentes aos títulos então deferidos (seq. 24, p. 8), na mesma data.

Contudo, nessas contas, não existe parcela previdenciária, de modo que, quando do cálculo dos honorários advocatícios, não houve dedução da exação fiscal. Afinal, os únicos títulos deferidos na sentença foram a multa da convenção coletiva

e indenização por dano moral. Portanto, o reclamante não tinha, até então, interesse de recorrer quanto ao cálculo da remuneração do advogado.

Nesse raciocínio, não existe preclusão neste caso, devendo-se conhecer dos embargos de declaração do reclamante, a fim de, no mérito propriamente dito, examinar a matéria concernente aos cálculos, porque é a última oportunidade que ele terá para discutir o tema.

Do cálculo dos honorários advocatícios

Na sentença, a reclamada foi condenada a pagar honorários advocatícios à base de 15% (seq. 24, p. 7). O respectivo cálculo não apresentou nenhum problema nesse aspecto, porque a conta considerou o valor bruto devido ao reclamante, uma vez que não havia dedução fiscal ou tributária a ser feita (seq. 24, p. 8).

Já nos cálculos que acompanham a decisão desta 2ª Turma, os honorários foram contados pelo valor líquido devido ao reclamante, não pelo valor bruto (seq. 59, p. 3).

O embargante entende que “a **condenação** ao pagamento da **parcela previdenciária**, apurada na liquidação, deve servir também de **base de cálculo** para os **honorários** advocatícios”, requerendo, por isso, a correção das contas (seq. 65, p. 3).

Por meio da OJ nº 348 da SDI-1, o TST fixou o entendimento segundo o qual os “*honorários advocatícios, arbitrados nos termos do art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060, de 05.02.1950, devem incidir sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários*”.

Uma leitura desatenta desse verbete jurisprudencial pode deixar o intérprete em dúvida, porque o texto não faz distinção expressa a que contribuição se refere, se à parte do empregador ou se à quota do empregado, ou se a ambas. Por isso, uma visão rápida pode conduzir ao errôneo entendimento de que os honorários advocatícios devem ser calculados também sobre o valor devido pelo empregador a título de contribuições previdenciárias.

De logo, há de se esclarecer que a expressão “valor líquido” contida na Lei nº 1.060/1950, art. 11, § 1º, diz respeito ao valor bruto contabilizado, depois de realizados os cálculos de liquidação pertinentes à sentença, sem a dedução de valores eventualmente devidos pelo beneficiário do crédito judicial, a título de pensão alimentícia, imposto de renda, honorários periciais, contribuições previdenciárias ou quaisquer outros. Por outras palavras, o valor líquido mencionado diz respeito à expressão numérica correspondente à soma de todos os títulos deferidos ao reclamante, na decisão judicial.

Para bem entender a questão posta a descortino, é bom lembrar que, na Justiça do Trabalho, ordinariamente, não são devidos honorários de advogado pela mera sucumbência. É necessário que a parte esteja “*assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família*”. Também são cabíveis honorários advocatícios nas ações rescisórias e nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego (Súmula nº 219 do TST).

Nos demais casos, não são devidos honorários pela parte vencida. A parte vencedora, inclusive o próprio reclamante, que normalmente é hipossuficiente, deve arcar com tal despesa, de acordo com o contrato que houver ajustado com o advogado contratado.

É importante lembrar esse fato porque o posicionamento jurídico que for adotado em relação aos honorários sucumbenciais poderá servir de esteio jurídico para cobrança, de igual forma, nos contratos celebrados diretamente pelos advogados e seus clientes – reclamantes nesta Justiça, o que os oneraria demasiadamente.

Postas essas questões iniciais, cabe realçar que o vocábulo “dedução”, inserido na OJ nº 348 da SDI-1, indica que a base de cálculo dos honorários assistenciais é o valor do crédito trabalhista bruto, sem descontar os valores devidos pelo trabalhador à Previdência Social e à Fazenda Nacional, a título de contribuição atuarial e de imposto de renda, respectivamente.

Por isso, não se inclui no cálculo dos honorários a contribuição previdenciária devida exclusivamente pelo empregador.

Afinal, como fruto da reclamação trabalhista, o reclamante tem um crédito trabalhista. Ele não possui um crédito previdenciário. Quando não há sucumbência, ele é o responsável direto pela remuneração do causídico que contratou. E seria falta de senso pensar que esse pagamento haveria de ser calculado também pelo valor devido pela empresa ao INSS. Esse mesmo raciocínio se aplica quando se trata de honorários de sucumbência.

A lógica dessa conclusão é que a cota da contribuição previdenciária devida pela empresa caracteriza um benefício para terceiros, no caso, a própria Previdência Social, o Gill RAT (antigo SAT – Seguro Acidente do Trabalho) e o chamado Sistema “S”, que é composto pelos serviços da indústria (SESI e SENAI), do comércio (SESC e SENAC), do transporte (SEST e SENAT), agricultura (SENAR), além

do SEBRAE, da DPN - Diretoria de Portos e Costas do Ministério da Marinha, do INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária e, por fim, do Fundo Aeroviário, vinculado ao Ministério da Aeronáutica.

Portanto, se os honorários advocatícios são calculados sobre o valor destinado ao empregado, o seu crédito trabalhista, por óbvio, a cota da contribuição previdenciária devida exclusivamente pela empresa, não integra a base para o cálculo de referidos honorários, pois a contribuição do empregador não traz benefício direto para o reclamante, já que visa a compor a receita da Previdência e daqueles terceiros mencionados, em prol de toda a coletividade dos segurados brasileiros.

Tanto é assim que apenas a parte efetivamente deduzida do reclamante integra, pela base de cálculo (o salário), o seu Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, que, entre outros dados, informa a relação de contribuição do empregado para futuro cálculo de qualquer benefício previdenciário.

Outro argumento para demonstrar que as contribuições patronais não integram o cálculo dos honorários sucumbenciais reside na própria OJ nº 348 do TST, que se refere a descontos fiscais e previdenciários.

Com efeito, as decisões do TST que fundamentaram a edição da multicitada OJ nº 348 levam mesmo à conclusão de que o *“vocábulo líquido indica o valor total do quantum debeat apurado em liquidação de sentença, não havendo amparo legal para excluírem-se da base de cálculo dos honorários os valores correspondentes aos **descontos fiscais e previdenciários**”* (TST – SBDI-1 – Proc. nº TST-E-RR-499/2000-027-03-00.6 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – Pub. 02/02/2007 – destaque acrescido). Ora, essa decisão enfatiza o valor bruto devido ao reclamante, sem a realização de descontos de natureza tributária ou previdenciária. Isso significa que o cálculo de honorários sucumbenciais incide apenas sobre o montante total devido ao reclamante, não sobre o crédito da Previdência Social, de exclusivo ônus do empregador. Pois a contribuição deste se dá pela folha de pagamento. Não representa um *desconto* do salário.

Observe-se ainda que a contribuição previdenciária a cargo do empregador não constitui crédito trabalhista, sendo executada nesta Justiça Especializada por força do art. 114, VIII, da CF. A União (INSS), no caso, é uma terceira parte que surge no Processo do Trabalho, de ofício, em decorrência do próprio comando judicial. O advogado da parte autora nenhuma relação jurídica tem com o ente previdenciário, de modo que não pode se beneficiar de crédito destinado, via judicial, diretamente pela empresa à autarquia previdenciária.

Essa interpretação vem sendo dada à multicitada OJ, em sede

Regional, a exemplo dos arestos a seguir:

HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. BASE DE CÁLCULO. COTA PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. NÃO INCLUSÃO. A contribuição previdenciária a cargo do empregador é devida diretamente à Previdência, não se agregando ao crédito trabalhista. Embora o deferimento de verbas trabalhistas de natureza salarial acarrete contribuição do empregador em prol do INSS, os honorários advocatícios não podem incidir sobre ela, tanto que a OJ 348 da SBDI-I do TST prevê que a incidência é sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação da sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários, e a cota patronal, diversamente da contribuição do trabalhador, não é dedutível do valor líquido da condenação, mas sim calculado com base em parcelas deferidas, sobre as quais incide. (TRT 3, 5ª T., Processo no. 01618-2010-006-03-00-9-AP, Rel. Des. José Murilo de Moraes, DJE 04.03.2013.)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. NÃO INCLUSÃO DA COTA PREVIDENCIÁRIA DO EMPREGADOR. A contribuição previdenciária a cargo do empregador não constitui crédito trabalhista, sendo executada nesta Justiça Especializada por força do art. 114, VIII, da CF. Assim, não incide na base de cálculo para apuração dos honorários advocatícios, já que este, consoante a melhor exegese do disposto na OJ 348 SDI I/TST, incide sobre o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários devidos pelo empregado. Já a cota patronal, diversamente da contribuição do trabalhador, não constitui parcela dedutível do valor líquido da condenação, sendo calculada com base nas parcelas deferidas, sobre as quais incide. (TRT 3, 4ª T., Processo nº. 01138-2010-136-03-00-8-AP, Rel. Des. Maria Lúcia Cardoso de Magalhães, Julg. 08.05.2013.)

Como antes aludido, a leitura atenta da mencionada OJ nº 348 da SDI-1 do TST faz concluir que nela há referência apenas à quota do reclamante, tanto é que ali se fala “... *sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários*”. Ora, a parte do empregado é calculada de acordo com as verbas salariais brutas, respeitado o teto de contribuição, sendo deduzida do que foi pago pelo empregador. É um desconto da remuneração do empregado. Já a parte do empregador não envolve desconto. É tributo, em sentido *lato*, calculado sobre a folha de pagamento, sobre a produção ou de acordo com normas tributárias especiais, como o Simples.

A parte do empregador não é deduzida de nenhum valor devido ao empregado. É calculada sobre a folha salarial, tratando-se de tributo, em sentido

amplo. Portanto, não há dúvida de que a OJ faz referência apenas ao crédito do reclamante, prescrevendo, em outras palavras, que **os honorários devem ser calculados sobre o valor bruto devido pelo empregador ao empregado.**

Pode-se argumentar também que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser calculados da mesma forma como são contadas as custas processuais, que, via de regra, neste Regional, são contabilizadas também sobre a parte da contribuição previdenciária patronal.

Acontece que a cobrança de custas sobre as contribuições previdenciárias fazem sentido, em especial quando se trata de custas de execução, em face da dicção da CF, art. 114, VIII, e da CLT, arts. 789-A e 876. Além do mais, o foco do cálculo das custas é débito do empregador no processo, enquanto que a base das contribuições previdenciárias é, de um lado, o salário de contribuição do empregado e, de outro, a folha de salário, a produção ou o que dispuser lei especial, como o Simples.

Há decisões de tribunais, inclusive, assim dispendo: “o art. 789, I, da CLT, é minudente ao estabelecer que as custas serão calculadas sobre o valor do acordo (quando houver) ou da condenação. Logo, considerando que as contribuições previdenciárias têm base de cálculo sobre as parcelas salariais integrantes da condenação (art. 876), parece curial concluir que as aludidas contribuições não integram, elas também, o conceito de 'condenação'.

A rigor, o tributo em questão deriva unicamente de um efeito secundário da composição do dissídio, razão pela qual a parcela não pode ser considerada no cálculo das custas processuais ou do depósito recursal”¹.

De fato, a condenação propriamente dita envolve somente aquilo que foi pedido na peça inicial e deferido no provimento jurisdicional definitivo. As verbas previdenciárias constituem apenas acessórios, decorrem da decisão e delas é credora a União (INSS), que, mesmo sem ser parte no processo, isto é, ainda quando nele não intervém, é beneficiada com aquele acessório, por força da disposição constitucional (CF, art. 114, VIII) e legal (CLT, art. 876).

Postas todas essas considerações, verificando que os cálculos que acompanharam a certidão de julgamento, no que concerne aos honorários advocatícios, fizeram a dedução, da respectiva base de cálculo, das contribuições previdenciárias do reclamante, as contas devem ser refeitas, para que os honorários advocatícios sejam contabilizados sobre o valor bruto devido ao promovente.

1 TRT da 6ª Região – Processo: RO 0000524-10.2010.5.06.0016 – Rel.: Bartolomeu Alves Bezerra – Pub.: 29/06/2011 – Disponível em <http://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19925061/recurso-ordinario-trabalhista-ro-524102010506-pe-0000524-1020105060016> – Acesso em 07/07/2013.

Conclusão

Isso posto, acolho parcialmente os embargos de declaração, para determinar a correção dos cálculos que acompanham a certidão de julgamento desta 2ª Turma, a fim de que os honorários advocatícios sejam contabilizados sobre o valor bruto devido ao reclamante, sem dedução da sua quota da contribuição previdenciária ou qualquer outro tributo.

(Assinado e datado eletronicamente.)

EDVALDO DE ANDRADE
Desembargador Federal do Trabalho

ACÓRDÃO

PROC.N.U.:0060900-44.2012.5.13.0000

DISSÍDIO COLETIVO

SUSCITANTE:

SINDICATO DOS EMPREGADOS EM
ESTABELECEMENTOS BANCÁRIOS DO ESTADO DA
PARAÍBA SEEB/PB

SUSCITADO:

BANCO SANTANDER S/A

EMENTA:

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. DISPENSA EM MASSA. MATÉRIA DE INTERESSE COLETIVO. INTERVENIÊNCIA OBRIGATÓRIA DOS SINDICATOS NOS MOLDES DO ART. 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO PRÉVIA. A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional disciplinam, ainda que de forma tímida, a dispensa sem justa causa na esfera individual, porém nada trazem acerca da despedida em massa. Importante destacar que a omissão legislativa não autoriza a dispensa em massa de empregados, de forma arbitrária e sem qualquer justificativa, até porque, como já dito, a dispensa coletiva é manifestamente diferente da individual. Na ausência de disposições legais a respeito do tema, impende ser utilizado o art. 8º da CLT, devendo o aplicador do direito buscar auxílio na jurisprudência, analogia, equidade, princípios e normas gerais do direito, especialmente de direito do trabalho, usos e costumes e no direito comparado. Ressalto que o direito comparado, bem como os princípios constitucionais como o da valorização do trabalho, função social da empresa, intervenção obrigatória dos sindicatos nas lides em que discutidos direitos coletivos e, principalmente, a dignidade da pessoa humana não respaldam a conduta patronal ora discutida. Enquanto evento que atinge as massas, a dispensa coletiva deve ser estudada e realizada à luz dos princípios e normas que regem o direito coletivo do trabalho, em especial o da intervenção obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas, consagrado no art. 8º, III, da Constituição da República e da solução pacífica dos

conflitos. É nesse sentido que vem se firmando a jurisprudência pátria, ao impor alguns requisitos para a efetivação das despedidas em massa, com a finalidade maior de proteger os empregados, um desses requisitos seria a negociação prévia. Firmada a premissa de que as demissões em massa não são regidas da mesma forma que a dispensa individual de um funcionário, exigindo-se a negociação prévia e a interveniência obrigatória dos sindicatos, além da observância de critérios ou o estudo de outras alternativas, bem como respeitadas condições legais e negociadas pelas partes envolvidas, na finalidade maior de proteger o empregado – parte mais fraca da relação – verifico que o banco SANTANDER, por ocasião da dispensa dos funcionários na Paraíba, em dezembro de 2012, não observou tais condições, pelo que sua conduta deve ser reputada como abusiva.

Vistos etc.

Trata-se de dissídio coletivo de natureza jurídica, com pedido liminar, ajuizado pelo SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DO ESTADO DA PARAÍBA SEEB/PB, em face do BANCO SANTANDER S/A.

O suscitante noticia a demissão em massa de empregados realizada pelo BANCO SANTANDER S/A, sem prévia negociação coletiva, ocorrida nos últimos meses de 2012, e requer a concessão de tutela antecipada para que o banco se abstenha de efetuar mais dispensas, nos mesmos moldes em que as já realizadas na Paraíba, assim como pugna pela reintegração dos 18 funcionários dispensados no final de 2012. Indica afronta aos princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, função social da empresa, valor social do trabalho, solução pacífica dos conflitos, como também sustenta que a conduta do suscitado viola a recomendação 163 da OIT. Traz precedentes jurisprudenciais.

Foi deferida a tutela antecipada para que “o Banco Santander S/A abstenha-se de efetuar dispensa coletiva dos seus empregados na base territorial do Sindicato Suscitante, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida em favor do Hospital Napoleão Laureano, em caso de descumprimento desta obrigação de fazer” (seq. 16, p. 02).

O suscitado apresentou contestação (seq. 50), acompanhada de documentos, com preliminares de inadequação da via eleita, ausência de pressuposto processual do comum acordo (art. 114, § 2º, da CF) e ilegitimidade *ad causam* do sindicato, por ausência de juntada do edital de convocação e ata de assembleia. No mérito, sustenta que não há demissão em massa dentro da instituição financeira e rebate os argumentos da exordial.

Realizada audiência, não foi alcançada a conciliação pelas partes (seq. 76).

O parecer do Ministério Público do Trabalho é pela procedência parcial do pedido, com a declaração da nulidade da dispensa coletiva, por reputá-la abusiva, em razão da ausência de negociação prévia, com a consequente determinação para que a empresa passe a observar o procedimento da negociação coletiva, com medidas progressivas de dispensa e fundados em critérios objetivos e de menor impacto social. (seq. 82).

É o relatório.

V O T O

Preliminar de inadequação da via eleita

O banco Santander suscita preliminar de inadequação da via eleita, ao fundamento de que, à luz da OJ nº 07 da SDC do TST, o dissídio de natureza jurídica não se presta a interpretar normas de caráter genérico. Sustenta que o presente dissídio não cuida de dissídio coletivo de natureza tipicamente econômica, nem visa a esclarecer controvérsia em torno da interpretação e/ou aplicação de normas coletivas negociadas ou sentença normativa anterior.

A preliminar não merece acolhida.

De início, é importante destacar que a matéria discutida no presente dissídio – demissão em massa dos empregados do banco Santander – não tem caráter individual, já que trata de uma conduta que atinge um considerável número de trabalhadores de uma instituição financeira, dispensados na mesma época, local, em iguais condições e sem qualquer justificativa, podendo ocasionar lesões não apenas à esfera individual de cada empregado, mas, também, gerar uma sensação de insegurança nos demais empregados, alcançando, inclusive, o equilíbrio financeiro e econômico do local onde se deu a demissão.

Nesse contexto, a questão não deve ser analisada à luz do regramento que disciplina o direito individual do trabalho, mas sim a partir das normas que

regem o direito coletivo do trabalho.

Trata-se, indubitavelmente, de matéria de interesse de um grupo de pessoas e afeta à competência desta Justiça Especializada, na forma do art. 8º, III, e 114, III, da Carta Política, a ser apreciada à luz das normas de direito coletivo do trabalho, porém a sua procedimentalização, em razão da natureza incomum já relatada, não comporta a aplicação dos requisitos formais previstos para situações diversas.

Ressalto que a inexistência de regramento específico na ordem jurídica para a forma em que a aludida pretensão deve ser levada ao judiciário e conduzida por este, não afasta a possibilidade da lide ser dirimida com a devida prestação jurisdicional.

É consabido que o dissídio coletivo de natureza jurídica visa a interpretação e delimitação do alcance das cláusulas de sentenças normativas, acordos e convenções coletivas, instrumentos normativos, assim como de disposições legais atinentes à categoria profissional ou econômica e atos normativos.

No presente caso, o dissídio posto em análise apresenta situação incomum, pois busca o suscitante a interpretação e a definição do alcance das normas que disciplinam a forma de dispensa dos empregados e os limites do poder diretivo do banco empregador quando se trata de demissão em massa, havendo de ser esclarecido pelo judiciário se devem ser observadas as mesmas normas que disciplinam a dispensa individual, razão pela qual entendo que resulta caracterizado o dissídio coletivo de natureza jurídica, eis que a questão suscitada é eminentemente jurídica e de especial relevância.

Sendo assim, na ausência de regramento específico para a forma em que a matéria deve ser levada ao judiciário, entendo como correto o manejo do dissídio coletivo, com nítido caráter jurídico, a demonstrar que não há inadequação da via eleita.

Corroborando o entendimento supra, colaciono decisão oriunda do TST, nos autos do RODC-30900-12.2009.5.15.0000:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de

funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por conseqüência (*sic*), direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em conseqüência (*sic*), fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores". DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem

constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por conseqüência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. (TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado. Seção Especializada em Dissídios coletivos, DEJT 04/09/2009).

Rejeito a preliminar.

Preliminar de ausência de pressuposto processual. Inexistência de comum acordo

O suscitado pede a extinção do processo sem resolução do mérito, ao argumento de que não foi observada a exigência do comum acordo constante no art. 114, § 2º, da CF. Afirma que não concorda com a instauração do dissídio.

A preliminar não merece ser acolhida.

O parágrafo 2º do art. 114 da Constituição Federal assim encontra-se escrito:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

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

Consabido que o preceito constitucional invocado apenas se aplica aos casos de dissídio coletivo de natureza econômica, hipótese diversa da espelhada nos autos, em que caracterizado o dissídio coletivo de natureza jurídica, não merecendo acolhida a preliminar em epígrafe.

Nesse sentido trago precedente do Colendo TST, que trata sobre o tema:

PORTUÁRIOS. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. DENUNCIÇÃO DA LIDE. INVIABILIDADE. O dissídio coletivo de natureza jurídica visa tão-somente à interpretação de texto normativo tendo por objeto prevenir, tanto quanto possível, conflito coletivo de trabalho, mediante decisão de natureza declaratória. O provimento judicial resultante não tem cunho condenatório nem define titularidade de direito material. Assim, o pedido de denúncia da lide não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 70 do CPC. **DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. -COMUM ACORDO - PARA A INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO. IMPERTINÊNCIA.**A exigência do -comum acordo- como pressuposto para o desenvolvimento válido do processo de dissídio coletivo, objeto do § 2º do art. 114 da Constituição da República, introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004, visa estimular e prestigiar a negociação coletiva como forma de composição dos conflitos coletivos do trabalho. Tendo em vista que para o Dissídio Coletivo de natureza jurídica não se exige negociação prévia, aquele pressuposto processual somente tem lugar em sede de Dissídio Coletivo de natureza econômica. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. POSSIBILIDADE

JURÍDICA DO PEDIDO. Questiona-se a possibilidade jurídica do pedido, em face da ausência de previsão constitucional, após a Emenda Constitucional 45/2004, de dissídio coletivo de natureza jurídica. Ocorre que o art. 114, inc. I, da Constituição da República trata da competência da Justiça do Trabalho para julgar litígio oriundo da relação de trabalho. Ora, o dissídio coletivo é a ação destinada a dirimir o conflito coletivo de trabalho nascido da relação empregatícia. Assim, ainda que o objeto do litígio seja mera interpretação de texto normativo, matéria própria do dissídio coletivo de natureza jurídica, competirá à Justiça do Trabalho apreciar a demanda decidindo o conflito. O art. 1º da Lei 7.701/1988, editada sob a égide da Constituição da República de 1988, contempla a modalidade de dissídio coletivo de natureza jurídica. Preliminares de extinção do processo sem resolução do mérito que se rejeitam.

LITISPENDÊNCIA COM OUTRO DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA SUSCITADO POR OPERADOR PORTUÁRIO. Uma vez revelada a identidade de pedido e da causa de pedir entre a presente ação e o dissídio coletivo de natureza jurídica, em grau de Recurso Ordinário em curso nesta Corte, proposto por operador portuário, e considerando que a decisão a ser proferida nesta ação atinge a ambos, configura-se, também, a identidade de partes, razão pela qual há litispendência. Preliminar de litispendência parcialmente acolhida para extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inc. V, do CPC, apenas em relação aos trabalhadores que prestam serviço de capatazia ao suscitante do RODC-20.174/2004-000-02-00.

LEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO COM BASE TERRITORIAL NACIONAL PARA SUSCITAR DISSÍDIO COLETIVO ORIGINÁRIO. A existência de sindicatos não impede a atuação processual da federação correspondente, com base territorial nacional, que detenha a legitimidade ativa para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica quando o conflito acerca da interpretação da disposição da lei excede a jurisdição de um Tribunal Regional do Trabalho. Preliminar de extinção rejeitada.

PORTUÁRIOS. CONTRATAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO DE TRABALHADORES DA ATIVIDADE DE CAPATAZIA NÃO REGISTRADOS NEM CADASTRADOS NO OGM. (ART. 26, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.630/1993. CONVENÇÃO 137 DA OIT). A discussão diz respeito à

possibilidade de os operadores portuários admitirem com vínculo empregatício e por prazo indeterminado trabalhadores para a atividade de capatazia selecionados livremente no mercado de trabalho, isto é, que não estejam registrados nem cadastrados no OGMO. O fundamento jurídico do pedido reside no disposto no art. 26, parágrafo único, da Lei 8.630/1993, que, diversamente do caput, não relacionou, expressamente, a atividade de capatazia dentre aquelas para cuja contratação com vínculo de emprego instituiu a reserva de mercado. A interpretação literal e solitária do dispositivo parece indicar a procedência da argumentação deduzida na petição inicial. Todavia, ante a irrecusável aplicação da Convenção 137 da Organização Internacional do Trabalho OIT, segundo a qual - Os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos-(Artigo 3, item 2), a partir de uma interpretação sistemática da norma e da compreensão da realidade vivida nos portos brasileiros sob a égide da Lei 8.630/1993, é que se pode bem equacionar a questão nesta oportunidade. A omissão da atividade de capatazia no texto do parágrafo único do art. 26 equivale a exclusão dessa atividade da exclusividade para a contratação por prazo indeterminado. Não se pode perder de vista, entretanto, que as atividades portuárias estão descritas no § 3º do art. 57 da Lei, a saber: Capatazia, Estiva, Conferência de Carga, Conserto de Carga, Vigilância e Bloco, constituindo uma só categoria profissional: a dos Trabalhadores Portuários; desses (os avulsos) somente os de capatazia e bloco foram, nos termos do parágrafo único do art. 26, excluídos do benefício da exclusividade para a contratação por prazo indeterminado pelos operadores portuários. No entanto, a partir do dia 12 de agosto de 1995, com a incorporação da Convenção 137 da Organização Internacional do Trabalho- OIT ao ordenamento jurídico brasileiro, é lícito concluir que, para proceder à contratação com vínculo empregatício e por tempo indeterminado de trabalhadores em capatazia, os operadores portuários ficaram obrigados a observar a prioridade daqueles portuários avulsos registrados e cadastrados. Em tais circunstâncias, somente se, e quando, remanescer vaga das oferecidas, poderá recrutar fora do sistema do OGMO. Dissídio Coletivo de natureza jurídica que se julga parcialmente procedente. (TST - DC: 1746116742006500 1746116-74.2006.5.00.0000, Relator: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 16/08/2007, Seção

Especializada em Dissídios Coletivos,, Data de Publicação: DJ 11/09/2007.). Negritei

Ilegitimidade *ad causam* do sindicato. Necessidade de autorização da categoria

O suscitado invoca a preliminar supra, com fundamento nos arts. 524 da CLT e nas OJ's 15, 19 e 29 da SDC. Assevera que faltam elementos essenciais a viabilizar o processamento do dissídio, quais sejam, ata de assembleia e edital de convocação.

A preliminar não merece ser acolhida.

A despeito de inexistir autorização expressa da categoria para o ajuizamento do presente dissídio coletivo, a Corte Maior de Justiça Trabalhista – TST -, já firmou seu posicionamento no sentido de que, em se tratando de dissídio coletivo de natureza jurídica, como no caso em diapasão, ante as prerrogativas expressas no artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal e no artigo 513, alínea “a”, da C.L.T., fica dispensada tal formalidade (RODC nº 604502/1999-8, que cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 06, da SDC, que antes exigia a legitimação do sindicato obreiro para exercer o mister).

Rejeito a preliminar.

Dispensa em massa. Matéria de interesse coletivo. Interveniência obrigatória dos sindicatos nos moldes do art. 8º, III, da Constituição da República. Necessidade de observância da negociação prévia e critérios progressivos

O sindicato suscitante alega que o banco SANTANDER dispensou mais de 18 funcionários, apenas na Paraíba, no mês de dezembro de 2012, tendo efetuado mais de 5.000 despedidas imotivadas em todo o Brasil, desde novembro daquele ano, sem observar a exigência de negociação coletiva prévia. Afirma que a instituição financeira teve sua gestão atingida pela crise na Europa, em especial pela crise Espanhola, o que seria um dos fatores que influenciaram as dispensas em massa. Assevera que tal conduta patronal viola a convenção 163 da OIT e princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, função social da empresa, intervenção obrigatória dos sindicatos em matéria de direito coletivo, dentre outros. Faz os seguintes pedidos:

1) – A declaração de ilegalidade da demissão coletiva procedida pelo banco Santander iniciada em 22 de novembro do corrente ano, na

base territorial do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários da Paraíba; restaurando o status quo anterior a deflagração das demissões em massa;

2) Reintegração dos funcionários demitidos na base do sindicato suscitante, com a condenação do mesmo no pagamento das custas e demais despesas processuais apuradas, bem como, no pagamento de honorários advocatícios em favor do Sindicato suscitante, em percentual a ser arbitrado por V. Exa (seq. 01, p. 19).

O banco Santander reconhece que foram efetuadas 11 dispensas dentro do universo de 255 funcionários da instituição na Paraíba, todavia insiste que inexistiu a demissão em massa. Alega que, diante da lacuna no ordenamento jurídico pátrio acerca da disciplina da demissão em massa, devem ser considerados, para fins de configuração de tal espécie de desligamento, os números totais de funcionários da empresa em todo o país, o que, *in casu*, seriam 55.000 (cinquenta e cinco mil) empregados do Santander no Brasil, tendo sido dispensados apenas 11 na Paraíba. Afirma que não há crise econômica na instituição, bem como nega a influência da crise que enfrenta a Espanha no seu desempenho dentro do Brasil. Sustenta que as matérias veiculadas pela imprensa e colacionadas aos autos não traduzem a realidade dos fatos. Aduz que o número de contratações de funcionários no Brasil superou o número de demissões, o que denotaria a inexistência de crise. Traz aos autos a conciliação firmada no TRT da 2ª Região, nos autos do dissídio coletivo ajuizado pelo sindicato dos bancários de São Paulo, que fora invocado pelo suscitante em sua peça exordial, com o argumento de que, alcançada a conciliação, desserve ao intento do suscitante de caracterizar a dispensa em massa. Insiste que não há semelhança entre o caso dos autos e o da EMBRAER, julgado pelo TST, já que neste teriam sido dispensadas mais de 4.400 pessoas em um único ato. Ressalta, mais uma vez, que devem ser considerados o número de desligamentos efetuados pelo banco na Paraíba e não os 5.000 funcionários desligados em todo o país. Pede o desentranhamento da matéria em espanhol e o acordo firmado na Espanha, pois, além de não corroborarem as assertivas da inicial, não estariam traduzidos em vernáculo, a atrair a aplicação do art. 157 do CPC. Por fim, justifica as dispensas ocorridas de uma única vez, no mês de dezembro de 2012, com o seguinte argumento: *“o mês de novembro de 2012 possui uma baixa concentração de dias úteis, em razão dos feriados dos dias 02, 15 e 20, bem como das respectivas “pontes”. Para o mês de dezembro houve o fechamento antecipado da folha de pagamento, o que contribui para a adoção dos procedimentos também de forma*

antecipada, com as dispensas ordinárias concentradas nos primeiros dias do mês”(seq. 50, p. 17).

Com razão o suscitante.

Observo que a demissão em massa dos trabalhadores do banco suscitado tem sido tema corriqueiro a ser apreciado pelo judiciário trabalhista, buscando os sindicatos de diversas localidades a abstenção da conduta patronal e a reintegração dos empregados demitidos, é o que noticiam, inclusive, os dissídios ocorridos no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª e 5ª Região colacionados aos autos.

No caso em apreço, é incontroverso que o banco Santander dispensou, sem justa causa, cerca de 5.000 funcionários em todo o Brasil, no final de 2012, é o que se depreende, também, da relação de funcionários dispensados, ora juntada aos autos (seq. 13).

Por outro lado, a crise na Europa é notória, sendo descabida a alegação patronal de que as notícias não correspondem à realidade, eis que diariamente as imagens em jornais televisivos dão conta da crise e das manifestações populares em alguns países da Europa, a exemplo da Espanha, tendo o índice de desemprego neste país alcançado o incrível percentual de 50%.

Com relação ao documento de seq. 43, que traz uma matéria jornalística veiculada em espanhol, noticiando que o banco SANTANDER fez acordo coletivo com seus funcionários na Espanha para se abster de dispensá-los, deixo de considerá-lo para a formação do meu convencimento, em razão de não atender ao disposto no art. 157 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT. Ademais, o aludido documento não teria o condão de influenciar no entendimento do juízo, no presente caso, uma vez que trata de hipótese com conjecturas diversas daquelas vivenciadas no nosso país.

Acerca da caracterização da dispensa em massa na hipótese dos autos, entendo que há de ser considerado o número de dispensas em todo o Brasil, uma vez que 5.000 funcionários demitidos em massa, conforme reconhece o suscitado, num universo de 55.000, representa cerca de 9% do quadro de pessoal da empresa, número alarmante, superior, inclusive, ao relatado nos autos do RODC-309/2009-000-15-00.4, que envolveu a EMBRAER, o que enseja um maior cuidado do judiciário na apreciação da contenda.

Destaco, por oportuno, que, no universo dos 255 funcionários do banco Santander na Paraíba, a dispensa de 11 funcionários, como reconhecido pelo

banco, em um único mês, caracteriza cerca de 4,31% do seu quadro de pessoal, número relevante e que, sem dúvida, indica a existência de dispensa em massa.

Não há como acolher o fundamento do suscitado no sentido de que as demissões se concentraram no mês de dezembro, dada a proximidade do mês de novembro, repleto de feriados e “pontes”, a possibilitar a confecção da folha de pagamento e a dispensa no mês seguinte, tendo em vista o elevado número de funcionários da instituição. Entendo que, na verdade, a concentração das despedidas no final do ano evidenciam, mais uma vez, o intuito de realizar a dispensa em massa e iniciar o ano seguinte com um número reduzido de funcionários.

Também não socorre ao suscitado o argumento de que o número de contratações durante o ano superou o de demissões, posto que, além de não comprovada a contratação de novas pessoas para a substituição daquelas demitidas no apagar das luzes de 2012, o mero fato de efetuar novas contratações não justifica e sequer autoriza a dispensa em massa.

Destaco, ainda, que as bases do acordo firmado no TRT da 2ª Região, consoante consta na defesa do suscitado (seq. 50, p. 31), demonstram que foram ajustadas indenizações compensatórias a serem pagas pelo SANTANDER aos funcionários desligados em massa, a evidenciar que as dispensas não foram efetivadas nos mesmos moldes em que prevê a legislação para as despedidas individuais, nas quais exigido apenas o pagamento das verbas rescisórias.

O acordo supra, ao contrário do que pretende o suscitado, demonstra, mais uma vez, a necessidade de negociação prévia nas dispensas em massa a fim de que sejam destinados aos empregados que perdem seus postos de trabalho uma indenização ou benesse compensatória.

Também é incontroverso nos autos que as dispensas realizadas não foram precedidas de negociação prévia junto ao sindicato dos empregados, fator que, tendo em vista o grande número de desligamentos, deveria ter sido observado.

Ora, a dispensa coletiva difere completamente da dispensa individual, uma vez que possui efeitos, dimensões, profundidade e impactos maiores, não se limitando apenas ao âmbito individual do empregado e sua família, mas repercute, também, na comunidade do local atingido, podendo gerar reflexos sociais e econômicos, causando alterações no mercado interno e no mercado de trabalho da localidade.

A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional disciplinam a dispensa sem justa causa na esfera individual, porém nada trazem acerca

da despedida em massa.

Importante destacar que a omissão legislativa não autoriza a dispensa em massa de empregados, de forma arbitrária e sem qualquer justificativa, até porque, como já dito, a dispensa coletiva é manifestamente diferente da individual.

Na ausência de disposições legais a respeito do tema, impende ser utilizado o art. 8º da CLT, devendo o aplicador do direito buscar auxílio na jurisprudência, analogia, equidade, princípios e normas gerais do direito, especialmente de direito do trabalho, usos e costumes e no direito comparado.

Ressalto que o direito comparado, bem como os princípios constitucionais como o da valorização do trabalho, função social da empresa, intervenção obrigatória dos sindicatos nas lides em que discutidos direitos coletivos e, principalmente, a dignidade da pessoa humana não respaldam a conduta patronal ora discutida.

Enquanto evento que atinge as massas, a dispensa coletiva deve ser estudada e realizada à luz dos princípios e normas que regem o direito coletivo do trabalho, em especial o da intervenção obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas, consagrado no art. 8º, III, da Constituição da República e da solução pacífica dos conflitos.

É nesse sentido que vem se firmando a jurisprudência pátria, ao impor alguns requisitos para a efetivação das despedidas em massa, com a finalidade maior de proteger os empregados, sendo que um desses requisitos, e talvez o mais importante, seria a negociação prévia.

Sobre o tema, peço vênica para transcrever trecho do voto do Ministro Maurício Godinho Delgado, ao julgamento do RODC-309/2009-000-15-00.4

Ao contrário do Direito Individual, em que o próprio ordenamento prevê as sanções para o caso de dispensa sem justa causa, não existe juridicamente dispensa meramente arbitrária e potestativista de natureza coletiva. As conseqüências de um ato de tal natureza devem possuir como parâmetro a proteção prevista no art. 7º, I, que veda despedida arbitrária ou sem justa causa. Em que pese o texto constitucional mencionar que tal proteção se dará nos termos da lei complementar, está claro que a Constituição delegou ao legislador infraconstitucional apenas a eleição de sanções decorrentes da despedida arbitrária. A proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do

aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo. Vale lembrar que, conforme afirmado, por se tratar de evento diverso da ruptura meramente individual, a previsão simplista e isolada do art. 6º, "caput", e § 1º da Lei nº 5.107/66 apenas é aplicável no âmbito das dispensas individuais.

Cabe destacar que o art. 7º, I, da Constituição Federal, aplicado às dispensas coletivas, contém norma de eficácia contida, ou seja, regra constitucional cuja eficácia é redutível ou restringível por diploma infraconstitucional, conforme autorizado pela própria Constituição. Essas regras jurídicas têm aplicabilidade imediata, mas podem ter seu alcance reduzido (por isso fala-se em eficácia contida) pelo legislador infraconstitucional, segundo comando oriundo da própria Constituição. São, em geral, as normas que enunciam direitos com o preceito suplementar, '... na forma que a lei estabelecer', ou, no hipótese normativa em análise, '...nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos'. Observe-se: não sendo editada a legislação complementar regulamentadora (e restritiva), a norma constitucional (e seu princípio subjacente) firma-se em vigor.

Ressalte-se, finalmente, que a norma de eficácia contida possui, ainda, importante efeito esterilizante negativo sobre as normas infraconstitucionais que lhe sejam antitéticas ou incompatíveis - efeito não percebido pelo critério teórico tradicional. A simples circunstância de esse tipo de norma invalidar a continuidade ou emergência de preceitos antagônicos ou incompatíveis já lhe confere substantiva eficácia no contexto da ordem jurídica global envolvida.

Nesse quadro, a inércia do legislador em regulamentar as conseqüências e sanções previstas no caso de dispensa coletiva não pode impedir a aplicação de direitos previstos constitucionalmente, como estabelecido no já citado art. 7º, I, além de outros, como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que são fundamentos da República. A Carta Magna prevê, ainda, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, e tem, entre seus princípios, a busca do pleno emprego.

Como forma de solucionar conflitos, a CLT prevê, em seu art. 8º, que, na falta de disposições legais ou contratuais, a Justiça do

Trabalho decidirá, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade, por princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito do Trabalho, usos e costumes e pelo direito comparado, ressaltando em seu parágrafo único que o Direito Comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho no que lhe for compatível.

Além dos já citados princípios gerais de direito, e do estudo de direito comparado, já bem pormenorizado no citado acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho, outros aspectos jurídicos merecem destaque.

Um ponto relevante é que a dispensa coletiva é questão grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, a qual exige, pela Constituição Federal, em seu art. 8º, III e VI, a necessária participação do sindicato. Trata-se de princípio e regra constitucionais trabalhistas, e, portanto, critério normativo integrante do Direito do Trabalho (art. 8º, III e VI, CF).

Por ser matéria afeta ao direito coletivo trabalhista, a atuação obreira na questão está fundamentalmente restrita às entidades sindicais, que devem representar os trabalhadores, defendendo os seus interesses perante a empresa, de modo que a situação se resolva de maneira menos gravosa para os trabalhadores, que são, claramente, a parte menos privilegiada da relação trabalhista.

Nesse sentido, segundo este Relator (que, neste aspecto, ficou vencido), até que surja negociação coletiva trabalhista regular ou, alternativamente, o processo judicial trabalhista correspondente (dissídio coletivo), o ato potestativo e unilateral empresarial de dispensa coletiva seria inábil a produzir efeitos jurídicos, por não haver no direito coletivo trabalhista semelhante ato coletivo sem a participação do sindicato.

Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes. Neste ponto, para os casos futuros, a

d. Maioria da SDC fixou tal premissa (embora a d. Maioria, para o caso vertente nestes autos, não reconheça abusividade ou falta de boa-fé objetiva na dispensa massiva perpetrada - até mesmo porque a premissa aqui fixada não era ainda acolhida na Jurisprudência até então dominante).

A premissa ora fixada é: "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores".

É que a negociação coletiva ou a sentença normativa fixarão as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-a da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela observação de outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas.

Além disso, para os casos em que a dispensa seja inevitável, critérios de preferência social devem ser eleitos pela negociação coletiva, tais como a despedida dos mais jovens em benefício dos mais velhos, dos que não tenham encargos familiares em benefício dos que tenham, e assim sucessivamente. Evidentemente que os trabalhadores protegidos por garantias de emprego, tais como licença previdenciária, ou com debilidades físicas reconhecidas, portadores de necessidades especiais, gestantes, dirigentes sindicais e diretores eleitos de CIPAs, além de outros casos, se houver, deverão ser excluídos do rol dos passíveis de desligamento.

Nas dispensas massivas, a prática (costume trabalhista, art. 8º da CLT) tem criado os PDVs, PDIs e similares, os quais estabelecem valores indenizatórios pagos segundo o tempo de serviço, a manutenção, ainda que temporária, de certas vantagens adicionais criadas pela empresa (planos de saúde, por exemplo).

Por todo exposto, conclui-se que as dispensas coletivas realizadas de maneira desregrada somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado *hobbesiano* na vida econômica, inclusive entre empresas e

trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Tal ato/fato é inviável, porém, dentro da regência constitucional de 1988” (TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado. Seção Especializada em Dissídios coletivos, DEJT 04/09/2009 - Destaques).

No mesmo sentido, o seguinte julgado:

“DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. DISPENSA COLETIVA. ENCERRAMENTO DA UNIDADE FABRIL. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. 1. Ao interpretar o sistema constitucional vigente, como também as Convenções da OIT, firmou-se a jurisprudência desta Seção de Dissídios Coletivos no sentido de que a dispensa coletiva não constitui mero direito potestativo do empregador, uma vez que, para sua ocorrência e a definição de seus termos, tem de ser objeto de negociação com o correspondente sindicato de trabalhadores. 2. Na hipótese vertente, a empresa suscitada encerrou suas atividades no município de Aratu-BA, procedendo à dispensa de todos os empregados dessa unidade industrial, alegando questões de estratégia empresarial e redução dos custos de produção. 3. Nesse contexto, a negociação coletiva prévia com a entidade sindical dos trabalhadores fazia-se ainda mais necessária, tendo em vista que não se tratava de mera redução de pessoal, mas de dispensa da totalidade dos empregados do estabelecimento, com consequências mais graves para os trabalhadores desempregados. 4. Impõe-se, portanto, a manutenção da decisão recorrida que declarou a ineficácia da dispensa coletiva, e suas consequências jurídicas no âmbito das relações trabalhistas dos empregados envolvidos. Recurso ordinário a que se nega provimento”. (TST-RO-6-61.2011.5.05.0000, SDC, Relator Walmir Oliveira da Costa, Publicação 22/02/2013 - Destaques)

Nesse contexto, firmada a premissa de que as demissões em massa não são regidas da mesma forma que a dispensa individual de um funcionário, exigindo-se a negociação prévia e a interveniência obrigatória dos sindicatos, além da observância de critérios ou o estudo de outras alternativas, bem como respeitadas condições legais e negociadas pelas partes envolvidas, na finalidade maior de proteger o

empregado – parte mais fraca da relação – verifico que o banco SANTANDER, por ocasião da dispensa dos funcionários na Paraíba, em dezembro de 2012, não observou tais condições, pelo que sua conduta deve ser reputada como abusiva.

Nessa linha, declaro a ilegalidade da demissão coletiva procedida pelo banco Santander iniciada em 22 de novembro de 2012, na base territorial do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários da Paraíba, impondo ao mesmo a obrigação de abster-se de efetuar novas dispensas, sem a observância da prévia negociação coletiva, sob pena de aplicação de multa de R\$ 10.000,00 por trabalhador demitido, a ser revertida para o Hospital Napoleão Laureano.

No que diz respeito ao pedido de reintegração dos funcionários, é descabida a medida pleiteada, pois o art. 7º, I, da Carta Política, em que pese vedar a dispensa arbitrária, determina que a Lei complementar preverá a indenização compensatória, sem, todavia, nada mencionar acerca do direito à reintegração, razão pela qual, resulta inviável acolher o pedido.

Efeitos da tutela antecipada

Declarada a ilegalidade da demissão coletiva procedida pelo banco Santander, iniciada em 22 de novembro de 2012, na base territorial do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários da Paraíba, impondo ao mesmo a obrigação de abster-se de efetuar novas dispensas, sem a observância da prévia negociação coletiva, sob pena de aplicação de multa de R\$ 10.000,00 por trabalhador demitido, entendo prejudicada a análise do pedido de reconsideração da liminar antes deferida, já que descabe a discussão dos pressupostos para a concessão da liminar, uma vez que exaurido o processo cognitivo e julgado o mérito da questão, com a manutenção da obrigação de não fazer do banco patronal, porém com fixação de multa diversa.

Multa diária. Obrigação de não fazer

Pretende o suscitado afastar a multa diária fixada por ocasião da concessão da liminar, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida em favor do Hospital Napoleão Laureano, em caso de descumprimento desta obrigação de abster-se de efetuar novas dispensas em massa. Argumenta que tal penalidade tem natureza de astreinte e não seria admitida na seara trabalhista. Sustenta, ainda, que eventual fixação da multa não poderá ser excessiva e deverá ter limite, observada a incidência apenas após o trânsito em julgado da decisão.

Sem razão o suscitado.

No caso em apreço, imposta obrigação de não fazer ao banco suscitado, admite-se a aplicação do art. 461, § 4º, do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT e em observância aos princípios da efetividade e da plena justiça.

Em igual sentido vem se firmando jurisprudência pátria, entendendo que cabe a aplicação de astreinte, consistente na multa prevista no art. 461, § 4º, do CPC, quando ocorrer descumprimento da obrigação patronal determinada em sentença.

Nesse sentido, vale mencionar os seguintes precedentes:

"RECOLHIMENTO DE DEPÓSITO DO FGTS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA INIBITÓRIA. *ASTREINTES*. POSSIBILIDADE. A obrigação de fazer constitui dever de exercer determinada conduta, in casu, de recolher os depósitos do FGTS. Portanto, é imperioso reconhecer que a obrigação de comprovar o recolhimento dos valores relativos ao FGTS na conta vinculada do empregado constitui obrigação de fazer e, por conseguinte, é legítima e adequada a aplicação da multa prevista no art. 461, § 4.º, do CPC. Destaco, ainda, que o art. 26, parágrafo único, da Lei 8.036/90 reconhece, expressamente, que a obrigação de recolher os depósitos do FGTS constitui obrigação de fazer. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e não provido" (RR-205500-79.2005.5.09.0562, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT de 18/03/2011).

"[...]. FGTS. *ASTREINTES*. A jurisprudência admite a imposição de multa diária - astreintes - como meio de compelir o Reclamado à satisfação de obrigação de fazer constituída na determinação de depositar diferenças na conta de FGTS do Reclamante. Precedentes. Não conhecido" (RR-22600-94.2006.5.09.0562, 5ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT de 05/08/2011).

"*ASTREINTE. JULGAMENTO EXTRA PETITA*. A fixação de multa pelo descumprimento da obrigação de fazer,

independentemente de pedido do reclamante, encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, precisamente no artigo 461, § 4º, do CPC, de aplicação subsidiária no processo do trabalho, nos termos do artigo 769 da CLT, e busca vencer a possível resistência do devedor ao cumprimento da obrigação que lhe foi imposta, infirmando-se, portanto, a afronta apontada aos artigos 128 e 460 do CPC. Os arestos colacionados são inservíveis ao fim pretendido, pois um é oriundo de órgão não previsto na alínea "a" do artigo 896 da CLT e os demais são inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296, item I, do TST. Recurso de revista não conhecido" (TST- RR 99500-12.2005.5.15.0005, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 19/12/2011).

A multa, entretanto, não se confunde com aquela perseguida em sede de ação civil pública, que se destina a um fundo a ser constituído para a reparação dos bens lesados (art. 11 da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública). Aqui, a multa eventualmente apurada se destinará aos exequentes.

Mantem-se, em sede de o provimento final, a declaração da ilegalidade da demissão coletiva procedida pelo banco Santander, iniciada em 22 de novembro de 2012, na base territorial do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários da Paraíba, impondo ao mesmo a obrigação de abster-se de efetuar novas dispensas, sem a observância da prévia negociação coletiva, sob pena de aplicação de multa de R\$ 10.000,00 por trabalhador demitido, determinando-se a reintegração dos empregados demitidos.

Honorários advocatícios

No presente caso, o sindicato atua como substituto processual, vê-se que foram atendidos os pressupostos de configuração da assistência sindical, consagrados nas Súmulas 219 e 329 do TST.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

“ HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A atual jurisprudência desta Corte

estabelece que ao sindicato, nas causas em que atuar como substituto processual, são devidos os honorários advocatícios. Eis o teor da Súmula nº 219 desta Corte, com a recente modificação que acrescentou o item III, publicada no DJE de 27/5/2011: SÚMULA N.º 219. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego”. (TST-RO-13955-13.2010.5.15.0000, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, DEJT 05/10/2012)

“RECURSO ORDINÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 219, III, DO TST. No Direito Processual do Trabalho, a percepção de honorários advocatícios não decorre da mera sucumbência, mas da demonstrada insuficiência financeira e da necessária assistência de entidade sindical. Nada obstante, no caso de ação trabalhista em que o sindicato atua como substituto processual, compreende-se que ambos os requisitos encontram-se atendidos, seja porque a substituição configura um plusperante a simples assistência sindical, seja pela circunstância de a hipossuficiência ser presumida nessas situações. Nesse sentido, esta Corte superior consolidou, na Súmula 219, III/TST (aprovada pelo Pleno, na sessão do dia 24/05/2011), a compreensão de que é cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em processo trabalhista, no qual o sindicato atuou na qualidade de substituto processual. No presente caso, portanto, o sindicato tem direito ao pagamento de honorários advocatícios, incidindo a parcela classicamente adotada pela ordem jurídica (Lei 5.584/70; Súmula 219/TST). Recurso ordinário desprovido”. (TST-RO-39140-67.2008.5.17.0000, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, DEJT 03/02/2012).

No caso, entretanto, como a tutela jurisdicional perseguida no processo em tela não é propriamente condenatório e como não há previsão legal para arbitramento da verba honorária a incidir sobre o valor da causa, impõe-se o arbitramento dos honorários por equidade, nos termos do art. 20, § 4º do CPC, e art. 14 da Lei 5.584/1970.

Desta forma, fixa-se o valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil

reais) a título de honorários.

Conclusão

DIANTE DO EXPOSTO, DECIDO: a) rejeitar as preliminares de inadequação da via eleita, ausência de observância do pressuposto processual do comum acordo, ilegitimidade *ad causam*; b) Julgar procedentes, em parte, os pedidos, para declarar a ilegalidade da demissão coletiva procedida pelo banco Santander, iniciada em 22 de novembro de 2012, na base territorial do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários da Paraíba, impondo ao suscitado a obrigação de abster-se de efetuar novas dispensas, sem a observância da prévia negociação coletiva, sob pena de aplicação de multa de R\$ 10.000,00 por trabalhador demitido, a ser revertida em favor dos mesmos, em caso de descumprimento desta obrigação, na forma do art. 461, § 4º, do CPC; c) Determinar a imediata reintegração dos empregados demitidos; e d) Condenar o suscitado no pagamento de honorários de advogado, no valor de R\$ 35.000,00, em favor do sindicato suscitante.

Custas pelo suscitado, no importe de R\$ 700,00 (setecentos reais).

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região REJEITAR a PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, arguida pelo Banco Suscitado; REJEITAR as PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL DO COMUM ACORDO e DE ILEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM', arguidas pelo Banco Suscitado; MÉRITO: por maioria, contra os votos de Suas Excelências os Senhores Desembargadores Francisco de Assis Carvalho e Silva, Ana Maria Ferreira Madruga e Leonardo José Videres Trajano, JULGAR PROCEDENTES EM PARTE os pedidos, para: a) declarar a ilegalidade da demissão coletiva procedida pelo Banco Santander, iniciada em 22 de novembro de 2012, na base territorial do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários da Paraíba, impondo ao suscitado a obrigação de abster-se de efetuar novas dispensas, sem a observância da prévia negociação coletiva, sob pena de aplicação de multa de R\$ 10.000,00 por trabalhador demitido, em caso de descumprimento desta obrigação, na forma do art. 461, § 4º, do CPC, em favor dos trabalhadores substituídos; b) Determinar a imediata reintegração dos empregados demitidos na base territorial citada (seq. 65); c) Condenar o suscitado ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 35.000,00

em favor do sindicato suscitante. Custas pelo suscitado, no importe de R\$ 700,00 (setecentos reais).

(datado e assinado eletronicamente)

PAULO MAIA FILHO
Desembargador Relator

GDPM/YKG

SENTENÇA



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 13ª REGIÃO
1ª VARA DO TRABALHO DE SANTA RITA – PB**

PROC. Nº 0002100-39.2012.5.13.0027

Reclamante: **ROSÂNGELA DE ARAÚJO NUNES**

Reclamada: **BANCO BRADESCO S/A**

Vistos etc.

I. RELATÓRIO

ROSÂNGELA DE ARAÚJO NUNES, qualificada na inicial, ajuizou ação trabalhista em face do **BANCO BRADESCO S/A**, igualmente qualificado, postulando os títulos constantes na petição inicial.

Valor de alçada fixado conforme o valor dado à causa.

Regularmente notificada, a reclamada compareceu à audiência inaugural, e, após ter sido rejeitada a primeira proposta de conciliação, apresentou defesa através de petição eletrônica e documentos. A reclamante apresentou manifestações aos documentos juntados em audiência.

O juízo ouviu o depoimento pessoal da autora, bem assim, o do preposto do reclamado. O juízo indeferiu a ouvida das testemunhas trazidas pela reclamante, considerando a declaração de que teriam interesse na solução da causa em favor da autora. A reclamada dispensou a ouvida de sua prova oral.

As partes apresentaram razões finais remissivas, sendo que o reclamante renovou seus protestos e ratificou o pedido de prova emprestada. Conciliação novamente rejeita. Encerrada a instrução e designado julgamento.

É o relatório.

Decido.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 13ª REGIÃO
1ª VARA DO TRABALHO DE SANTA RITA – PB

II. FUNDAMENTOS

Impugnação ao Valor da Causa

À teor do art. 2.º, § 1.º, da Lei 5.584/70, somente ao aduzir razões finais é que as partes podem impugnar o valor fixado à causa pelo juiz. Na hipótese, a reclamada impugnou o valor da causa ao contestar a ação.

Assim, por não ter a demandada cumprido a exigência mencionada, impõe-se o não conhecimento da impugnação.

Definida a alçada consoante o valor indicado pela parte reclamante, restou resguardada, para ambas as partes, a possibilidade de exercer o direito ao duplo grau de jurisdição. Ademais, o Juízo, ao julgar os pedidos, não fica vinculado ao valor fixado à causa.

Rejeito.

Prescrição

A reclamada suscita em defesa a prescrição quinquenal.

O art. 7.º, inciso XXIX, da Constituição Federal estabelece que o direito de ação, relativamente aos créditos resultantes das relações de trabalho, tem prazo prescricional de cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de emprego.

Considerando que o contrato de trabalho não foi encerrado não há que se falar em prescrição a ser declarada nos termos do artigo 7º, XXIX da Constituição Federal.

Rejeito.

Mérito

Assevera a reclamante que iniciou sua prestação laboral em 24/08/1987, exercendo, inicialmente, a função de escriturária, sendo promovida à função de Caixa em 1989. Diz que no ano de 1998 assumiu o cargo de diretora do conselho fiscal efetivo do sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Mamanguape e Região e hoje exerce a função de Diretora de Assuntos Trabalhistas. Afirma que a partir de então passou a sofrer condutas antissindicais, tais como vedação a participação em cursos e estagnação funcional. Aduz que apesar da sua plena capacidade não foi albergada com promoções funcionais, permanecendo na função de caixa há 23 anos, unicamente por ser dirigente



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 13ª REGIÃO
1ª VARA DO TRABALHO DE SANTA RITA – PB

sindical, diferentemente do que ocorreu com outros empregados, os quais embora apresentem tempo de labor inferior na reclamada, restaram promovidos.

Em sua peça de bloqueio, a reclamada nega a ocorrência de condutas antissindicais, afirmando que a reclamante não sofreu discriminação por ser Dirigente Sindical, tampouco sofreu redução salarial ou mesmo deixou de ser promovida. Pugna pela improcedência da ação, eis que ausentes os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil.

A prova carreada aos autos, demonstra que a reclamante foi eleita em 22/07/1998 para Diretor Titular do Conselho Fiscal a fim de representar a categoria obreira perante o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Mamanguape e Região, findando-se o mandato em 21/07/2001. Novamente em 22/07/2004 a reclamante foi eleita Diretora do Conselho Fiscal, com mandato estabelecido até 21/07/2007. Através de eleição ocorrida em 22/07/2010 a demandante assumiu o cargo de Diretora de Assistência (titular), cujo término ocorrerá em 21/07/2013.

A reclamante em seu depoimento alegou que o reclamado não lhe oferece condições idênticas aos de outros empregados, quanto a realização de cursos presenciais e promoções, em virtude da sua qualidade de dirigente sindical. Afirmou que inexistia regra que garantisse o seu direito a participar de cursos presenciais ou mesmo alçar promoções. Disse que já treinou funcionários do banco e estes já foram promovidos, embora apresentem tempo de serviço inferior ao dela reclamante. Aduziu que sofre discriminações de outros funcionários da reclamada. Disse que para algumas funções faz-se necessária a realização de cursos presenciais, afirmando inicialmente que não existia norma escrita para isso, contudo, posteriormente, afirmou a existência de lei que obriga os empregados a fazerem curso presencial, acaso tenham interesse em ocupar certos cargos no banco. Afirmou que fez alguns cursos *on line*, contudo, estes não são obrigatórios.

O preposto da reclamada disse que laborava para a empresa ré desde 2002. Afirmou que o curso presencial é necessário para o exercício da função de gerente e que qualquer funcionário pode ser escolhido para fazê-lo. Afirmou que não existe vedação para que dirigentes sindicais sejam escolhidos a fazer o curso de gerente. Disse que já participou de cursos presenciais, juntamente com dirigentes sindicais, contudo, não recordandose o nome destes. Disse que ocupa o cargo de gerente da agência na qual a reclamante labora e que esta tem desempenhado suas funções de forma a satisfazê-lo, contudo, não a considera apta a exercer cargo superior ao que exerce no momento.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 13ª REGIÃO
1ª VARA DO TRABALHO DE SANTA RITA - PB

As testemunhas trazidas pela reclamante foram inservíveis ao deslinde da questão posta em juízo. Em depoimento nos autos do Processo N°00293.2007.006.13.00-7, acostado aos autos, como prova emprestada, o Srº Zill Bezerra da Silva disse que existia ordem direta emanada da diretoria do banco reclamado para não permitir que nenhum dirigente sindical realizasse qualquer curso oferecido pelo banco, contudo, esclareceu que tais ordens eram verbais, não lembrando sequer o nome da pessoa que as tenha repassado.

A reclamante não juntou aos autos qualquer prova de que tenha solicitado sua inscrição em algum curso presencial, ou mesmo, a recusa da empresa ré.

A prova carreada aos autos comprova a existência de um hiato temporal de quase dez anos entre a data em que a reclamante assumiu a função de caixa (ano de 1989) e a sua primeira eleição sindical

(22/07/1998). Denota-se, ainda, que a demandante não passou todo o período em que exerceu a função de caixa na qualidade de dirigente sindical, eis que, para alguns períodos não houve comprovação da posse para cargos do Sindicato. É o que se observa analisando a documentação trazida aos autos.

Com efeito, atente-se que mesmo quando não ocupava cargo de dirigente sindical, a autora não foi promovida, já que por quase dez anos, exerceu a função de caixa, antes de se ter notícia da primeira eleição da qual tenha participado (é o que comprova a documentação). Assim, questiono-me: Como explicar a falta de promoção naquela época? Resta caracterizada a existência de condutas antissindicais no presente caso? Quais outros fatores foram analisados e que decisivos para a não promoção já naquele período?

Analisando a questão de outra forma, tenho que a reclamante na qualidade de membro do conselho fiscal, sequer estava albergada pela estabilidade prevista no art. 8º, VIII da Constituição Federal/88 (Nos termos da OJ. 365 da SDI-1 do TST). Desta feita, o reclamado poderia até desligá-la dos seus quadros, se assim desejasse, entretanto, não o fez. Outro questionamento importante surge: Se a reclamante não gozava de estabilidade, por que então não demiti-la? Por que permanecer com uma funcionária, a qual não possuía estabilidade, aplicando-lhe as supostas condutas antissindicais, as quais poderiam sujeitar o empregador a ser demandado em juízo, como de fato ocorreu?



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 13ª REGIÃO
1ª VARA DO TRABALHO DE SANTA RITA - PB

Tal situação, apresenta-se, ao meu ver, sem sentido algum.

No presente caso, entendo que o reclamado agiu nos limites do seu poder diretivo, eis que não promoveu a reclamante, por não considerá-la apta a exercer outros cargos. Veja-se o depoimento do preposto. O trabalhador a partir do momento que ingressa nos quadros do reclamado submete-se ao poder diretivo deste, devendo enquadrar-se dentro das normas e regulamentos ali existentes. É certo que o reclamado, por sua vez, não pode praticar atos que extrapolem tal limite, sob pena de cometer abuso, contudo, esta não é a hipótese dos autos.

É atribuição do reclamado avaliar os seus empregados e verificar se estes estão em condições de serem aproveitados em outras funções. Do contexto probatório, tenho que a reclamante não atendeu aos requisitos exigidos pela reclamada, para assumir funções mais elevadas, e tanto é assim, que se bem verdade não foi promovida, também não foi dispensada, já que a demandante bem exerce o seu ofício atual.

O dever de indenizar está estabelecido nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O regulamento da responsabilidade civil está prevista no Código Civil, artigo 186.

A responsabilidade civil apenas será caracterizada, quando presentes os seus requisitos, quais sejam: ato comissivo ou omissivo do causador do dano; nexos de causalidade; culpa em sentido amplo; dano experimentado pela vítima.

A prova carreada aos autos não foi suficiente para confirmar a tese apresentada na inicial, de que a empregada estava jungida a constantes práticas de condutas antissindiais.

Segundo Oscar Ermida Uriarte citado por Alice Monteiro de Barros (Curso de Direito do Trabalho, 6ª ed. - Ltr) os atos antissindiais podem ser definidos como aqueles que *“prejudicam indevidamente um titular de direitos sindicais no exercício da atividade sindical ou por causa desta ou aqueles atos mediante os quais lhe são negadas, injustificadamente, as facilidades ou prerrogativas necessárias ao desempenho da ação coletiva”*.

A reclamante não provou suas alegações no sentido de que foi vítima das condutas descritas, em face das condições existentes no local de trabalho, ou mesmo que o ambiente laboral favorecesse as pretensões deduzidas em juízo. Não restou provado se realmente a reclamada impedia de participar de cursos presenciais ou mesmo que vetou suas promoções em virtude da sua ocupação sindical. Não comprovado ainda, que

Proc. Nº 0002100-39.2012.5.13.0027 fl. 5



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 13ª REGIÃO
1ª VARA DO TRABALHO DE SANTA RITA - PB

a demandante tenha sofrido qualquer lesão a sua liberdade sindical, até porque, a autora em todo o contrato de trabalho exerceu a sua plena liberdade de associação profissional. Em sendo assim, devidamente comprovada a inexistência de condutas antissindicais atribuídas a reclamada.

Destarte improvado o dano alegado e ainda o nexo de causa e efeito, a fim de responsabilizar a demandada pelas respectivas consequências indenizatórias. Nesse sentido, face ao ônus da prova ser da reclamante, isto é, de quem alegou, **indevido** resta o pleito de indenização por danos morais no importe de R\$200.000,00.

III. DISPOSITIVO

Ante o exposto, e considerando o mais que dos autos consta, resolve a Juíza Titular da 1ª Vara do Trabalho de Santa Rita-PB, rejeitar as preliminares suscitadas pela reclamada e, no mérito, julgar **IMPROCEDENTES**, os pedidos formulados na ação trabalhista autuada sob o número **0002100-39.2012.5.13.0027**, ajuizada por **ROSÂNGELA DE ARAÚJO NUNES** em desfavor do reclamado **BANCO DO BRADESCO S.A.**

Tudo em fiel observância aos termos da fundamentação supra naquilo que esclarece o presente dispositivo, passando a fazer parte do *decisum*.

Defiro o benefício da justiça gratuita a reclamante, com fulcro no art. 5º, LXXIV, Constituição Federal e art. 790 § 3º, CLT e conseqüentemente dispenso a demandante das custas processuais.

Na Justiça do Trabalho, em face do entendimento sedimentado nas Súmulas 219 e 329 do Colendo TST, para o deferimento dos honorários advocatícios é necessário, além do benefício da justiça gratuita, que o autor esteja assistido pelo sindicato de sua categoria profissional. Contudo, ante a sucumbência da autora, nesta demanda, não há que se falar em deferimento de honorários advocatícios.

Custas processuais no valor de R\$4.000,00 ônus da reclamante, calculadas sobre R\$200.000,00, valor dado à causa, dispensadas na forma da lei.

Intimem-se as partes.

Desnecessária a ciência desta decisão à União (INSS), em virtude da Portaria nº. 176/2010 do Ministério da Fazenda.

Santa Rita (PB), 16 de fevereiro de 2012.

Adriana Sette da Rocha Raposo

Juíza do Trabalho

Proc. Nº 0002100-39.2012.5.13.0027

fl. 7



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
VARA DO TRABALHO DE SOUSA - PARAÍBA

Processo n.º 0071900-05.2012.5.13.0012

SENTENÇA EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS

Embargante **Luciênio Dantas Pereira**.
Embargada: **Maria Florentina de Araújo**.

I – RELATÓRIO

LUCIÊNIO DANTAS PEREIRA, Embargante, já qualificada nos autos do presente processo, opôs **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** em face de **MARIA FLORENTINA DE ARAÚJO**, Embargada, também já qualificada, afirmando que houve contradição e omissão na decisão proferida por este Juízo, conforme petição do recurso. Autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

Decide-se.

Decide-se.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Opostos a tempo e modo, há de ser conhecido os embargos declaratórios.

Desnecessária que a parte contrária seja notificada para se manifestar acerca do mesmo.

Autos conclusos para julgamento.

1.2. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
VARA DO TRABALHO DE SOUSA - PARAÍBA

Processo n.º 0071900-05.2012.5.13.0012

Afirmou o Embargante que na sentença atacada (s61), destacou-se a necessidade de se enfrentar acerca de qual a responsabilidade civil a ser observada, pelo que foi definido que seria a objetiva e não a subjetiva, sendo que o Juízo que prolatou a decisão, quando da análise do pedido de pagamento de pensão à Embargada, entendeu existir a responsabilidade subjetiva.

Razão não assiste ao Embargante. Na decisão atacada foi observada que a responsabilidade civil seria a objetiva, pelos fundamentos jurídicos ali expostos, tendo, tanto os pedidos de pagamento de indenização por danos morais como por danos materiais, sido embasados pela teoria do risco.

Não há, assim, qualquer contradição a ser sanada no aspecto apontado pelo Embargante.

Também mencionou o Embargante a omissão na mesma decisão, quanto a preliminar de ilegitimidade passiva arguida por aquele, na sua contestação, e o cerceamento de defesa exposto na petição de manifestação do laudo médico pericial em face do local do Acidente, a propriedade do imóvel onde ocorreu o acidente ser da Sr^a. Edna Dantas Pereira, e não do Embargante, assim como que este não foi intimado para apresentar o laudo técnico do assistente, conforme determina o parágrafo único do art. 433 do CPC, além do laudo pericial não ter sido juntado ao processo “pelo menos com 20 (vinte) dias de antecedência da audiência de instrução e julgamento”

Não há omissão ou contradição a ser sanada.

A decisão ora atacada se posicionou, de forma clara e baseada nas provas produzidas nos autos, dentro do princípio do livre convencimento motivado.

A decisão atacada encontra-se devidamente fundamentada, bem como teceu comentários às alegações contidas na defesa e repetidas no recurso de embargos de declaração.

A preliminar arguida foi devidamente apreciada.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
VARA DO TRABALHO DE SOUSA - PARAÍBA

Processo n.º 0071900-05.2012.5.13.0012

Não importa se a propriedade da construção era ou não do Embargante. É incontroverso nos autos do processo, inclusive pela defesa do próprio Embargante que a obra pertencia ao mesmo, bem como que era ele quem havia contratado o trabalhador que veio a falecer.

Com relação às situações envolvendo o laudo pericial produzido nos autos se tem que o Embargante foi devidamente notificado para apresentar quesitos e indicar assistente técnico, mas não o fez, bem como que o fato do laudo pericial não ter sido apresentado no exato prazo determinado pelo Juízo não tem qualquer relevância.

Ademais, não há quaisquer protestos do Embargante, quando da instrução probatória ou em sede de razões finais.

Facilmente percebe-se que não merece prosperar as alegações apontadas no recurso oposto pelo Embargante, vez que a sentença não reclama qualquer medida integrativa, já que não detectada qualquer omissão ou contradição quanto aos aspectos apontados.

O que pretende o Embargante, quanto a algumas das alegações, é o reexame dos fatos e provas, o que não é possível em face dos estreitos contornos do apontado recurso, que encontra residência no art. 897-A da CLT c/c o art. 535 do CPC, este aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista (art. 769 da CLT).

Ao contrário, o que se observa, na verdade, é o nítido interesse manifesto do Embargante em procrastinar o feito a qualquer custo.

Desta forma, em face do que dispõe o parágrafo único do art. 538 do CPC, de aplicação subsidiária, conforme os ditames do art. 769 da CLT, condena-se o Embargante a pagar, ao Embargado, multa de 1% (um por cento) sobre o valor da condenação.

III – CONCLUSÃO.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
VARA DO TRABALHO DE SOUSA - PARAÍBA

Processo n.º 0071900-05.2012.5.13.0012

Pelo exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, conhece-se dos embargos declaratórios opostos por **MACIEL CONSTRUÇÕES TERRAPLANAGENS LTDA** em face de **ANTÔNIO SEVERINO DA SILVA**, para **NEGAR PROVIMENTO** aos argumentos nele expostos, condenando, aquele, em multa de 1% (um por cento) sobre o valor da condenação, tudo na forma da fundamentação supra que passa a ser parte deste dispositivo como se nele estivesse transcrito.

Notifiquem-se as partes através do DJe.

Sousa, 27 de fevereiro de 2013.

FLÁVIO LONDRES DA NÓBREGA

Juiz do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
 4ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO PESSOA – PB

AÇÃO TRABALHISTA

Número TRT: [REDACTED]

Número CNJ: [REDACTED]

I – Relatório:

[REDACTED], assistido por seu advogado, ajuizou Ação Trabalhista, de Rito Ordinário, em face da Reclamada BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA, devidamente qualificada, formulando os pedidos elencados na inicial, a saber:

Diante dos fatos narrados e expostos acima, o Reclamante requer que Vossa Excelência se digne a: 1) Conceder o benefício da justiça gratuita por não ter condições de arcar com as despesas da presente reclamação sem comprometer o seu sustento e de sua família; 2) Citar a parte Reclamada, no endereço contido no preâmbulo, para, querendo, contestar o pedido da parte Reclamante, sob pena de revelia e confissão quanto à matéria de fato; 3) Julgar Procedente a presente reclamação, condenando a empresa Reclamada em danos morais, em valor a ser arbitrado por este MM. Juízo, em decorrência do inequívoco ASSÉDIO MORAL sofrido pelo Reclamante, por toda humilhação, desrespeito e abalo psicológico vivido ao longo de toda a contratualidade, notadamente em decorrência da redução de sua função, acusação de sabotagem, metas e de todas as ofensas narradas. 4) Requer também a condenação do Reclamado ao pagamento das custas processuais e nos honorários advocatícios a base de 20% (vinte por cento).

Valor da causa fixado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Regularmente citada, a parte Reclamada compareceu à audiência inaugural por seus prepostos, e, após, recusada a conciliação e dispensada à leitura da inicial, foi apresenta defesa suscitando prejudicial de prescrição quinquenal e atacando o mérito da ação.

Mirella D'arc de Melo Cahú Arcoverde de Souza

Juíza do Trabalho Substituta

Número TRT: 00522.2012.004.13.00-8

Número CNJ: 0052200-67.2012.5.13.0004



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
4ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO PESSOA – PB

Produzida prova documental. Depoimento Reclamante.
 Prova testemunhal. Prova pericial. Sem mais provas, foi declarada encerrada a instrução.
 Razões Finais prejudicadas pelo Reclamante e em memorial pela Reclamada.
 Prejudicada a segunda tentativa de conciliação.
 É o relatório.

Passo a decidir.

II – Fundamentação:

(DAS QUESTÕES PROCESSUAIS)

1. Das notificações:

De plano, defere-se o pedido de que as notificações da Reclamada [REDACTED] sejam direcionadas ao endereço indicado na peça contestatória, em nome do Dr. [REDACTED], no SUAP, para que conste de todas as publicações relativas a esta ação, sob pena de nulidade. Atente-se a Secretaria para as providências de praxe.

(DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS À ANÁLISE DO MÉRITO)

2. Da prescrição quinquenal:

A Reclamada suscita a aplicação da prescrição ao caso. Em observância ao art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, a ação que tenha por objeto créditos trabalhistas prescreverá em cinco anos no decorrer do contrato do trabalho, e em um prazo de dois anos após a extinção do contrato.

A presente ação foi proposta em 09/05/2012 objetivando o reconhecimento de direitos à indenização por danos de ordem moral decorrentes do suposto assédio moral – *bulling* sofrido a partir de dezembro de 2011, pelo que não há que se falar em aplicação da prescrição quinquenal ao caso.

(NO MÉRITO)

3. Do Assédio Moral:

Cuida-se de ação ajuizada por trabalhador que pretende ver reconhecidos direitos decorrentes do contrato de trabalho mantido com a Reclamada, especificamente o direito à indenização por danos de ordem moral sofridos pela vivência de suposto assédio moral pelo seu superior hierárquico. Afirma que até dezembro de 2011 era responsável pelo setor de perecíveis – Frios/Salgados/Deli. Contudo, a partir de dezembro de 2011, os membros da equipe do Reclamante foram dispensados sem justa causa pela empresa Reclamada, com a exceção do Reclamante que faz parte do sindicato dos comerciários, gozando de estabilidade.

Mirella D'arc de Melo Cahú Arcoverde de Souza

Juíza do Trabalho Substituta

Número TRT: 00522.2012.004.13.00-8

Número CNJ: 0052200-67.2012.5.13.0004



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
4ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO PESSOA – PB

Afirma ter sido perseguido pelo Gerente Geral da Loja [REDACTED], que perseguindo o Reclamante teria mudado o seu horário de trabalho, retirando as atribuições de função, bem como excluindo das reuniões do setor. O referido senhor teria informado ao Reclamante que o mesmo não se encaixaria em nenhuma função de Líder, devendo apenas ser repositor dos produtos (cargo inicial da empresa). Aduz que teria sido punido com exclusão de participação no treinamento de segurança alimentar, em que pese ter recebido convocação para participação do mesmo.

Ainda, afirma que no dia 30 de março de 2012, o computador do setor de perecíveis apresentou defeito (vírus), momento em que o [REDACTED], noticiou, na presença de várias pessoas do setor, que o nome do vírus que contaminou o computador se chamava “Weber”, e que não apenas contaminou o computador, mas todo o setor de perecíveis. Por fim, registra que passava mensalmente por pressão e terrorismo psicológico ao ter que bater as metas do setor, tendo que se submeter a sessões de terapia por ter sido diagnosticado com quadro depressivo.

A Reclamada refuta a tese afirmando que jamais atuou em desconformidade com os parâmetros legais, refutando a tese da existência de assédio moral no ambiente de trabalho.

É importante ser observado que para que seja deferida a indenização por danos, sejam de ordem moral ou patrimonial, se faz necessária à comprovação da ocorrência de ato ilícito praticado pelo empregador, e que o referido ato tenha invadido a esfera extra patrimonial do Reclamante.

Na definição de Xisto Tiago de Medeiros, o dano moral diz respeito:

o dano moral ou extra patrimonial consiste na lesão injusta imprimida a determinados interesses não materiais, sem equipolência econômica, porém concebidos como valores jurídicos protegidos, integrantes do leque de proteção interna (por exemplo: o bem estar, a intimidade, a liberdade, a privacidade, o equilíbrio psíquico e a paz) ou externa (como o nome, a reputação e a consideração social) inerente à personalidade do ser humano (abrangendo todas as áreas de extensão de sua dignidade), podendo também alcançar os valores extra patrimoniais reconhecidos pelo sistema legal à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas¹.

Ocorrerá quando violados os direitos de personalidade, como quando violada a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada das pessoas, em desrespeito ao art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. Para que haja reconhecimento da responsabilidade civil se faz necessária, conforme disposições do art. 927, do Código Civil Brasileiro, subsidiário da legislação trabalhista, que alguém tenha causado dano a outrem pelo cometimento de ato ilícito. Somente haverá responsabilidade independente de culpa nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos ao direito de outrem.

¹MEDEIROS, Xisto Tiago de. *Dano Moral Coletivo*, 2004. Ltr, SP, pp. 54/55

Mirella D'arc de Melo Cahú Arcoverde de Souza

Juíza do Trabalho Substituta

Número TRT: 00522.2012.004.13.00-8

Número CNJ: 0052200-67.2012.5.13.0004



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
4ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO PESSOA – PB

Vejamus que, no caso em concreto, o reclamante declinou ter sofrido assédio moral pelo seu superior hierárquico, contudo não comprovou em juízo a tese, na medida em que as testemunhas trazidas em juízo não descreveram os fatos articulados na Petição Inicial. Não foi comprovada a modificação de horário de trabalho, modificação de função exercida, pressão no desempenho das funções ou qualquer tipo de terror psicológico.

Ao contrário, as testemunhas foram seguras e convincentes no sentido de que as determinações em reuniões ocorriam de forma não discriminatória com o Reclamante e que a alusão a sua condição de representante do sindicato com caráter pejorativo foi realizada pelos próprios colegas de trabalho.

Na verdade, restou evidenciado pelo próprio depoimento do Reclamante que o mesmo se sentiu desvalorizado pela empresa Reclamada em virtude de não ter sido assegurada a função de líder com a saída de diversos trabalhadores, momento em que o Reclamante seria, no seu entender, o trabalhador mais experiente do ambiente de trabalho. Contudo, essa frustração pessoal, por si só, não induz a caracterização de conduta assediada pela Reclamada, na medida em que dentro do poder diretivo compete à Reclamada a direção dos serviços prestados por seus trabalhadores (art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho), devendo o Reclamante arcar com a frustração decorrente de não ter sido indicado ao cargo que almejava, como qualquer outro trabalhador que não alcança a realização de suas expectativas.

Ademais, em que pese o laudo pericial ter relatado que o Reclamante submeteu-se a tratamento médico de saúde em virtude de ter sido acometido com quadro de depressão, não concluiu necessariamente pela relação entre o adoecimento e o ambiente de trabalho na medida em que atribuiu ao juízo a competência para analisar em confronto com as provas dos autos. Isso porque, nos termos do laudo pericial apresentado, a depressão possui como característica ter sua causa marcada por elementos multifatoriais, tendo como principais precipitantes da crise a confluência dos fatores estressores psicossociais, fatores genéticos, fatores neuroquímicos e distorções cognitivas.

E desses elementos chama a atenção do juízo dentre os fatores estressores psicossociais a **resiliência psíquica**, que é definida pelo Sr. perito como a capacidade que cada indivíduo tem de suportar eventos estressores cotidianos em maior ou menor intensidade sem que isso lhe traga o adoecimento psiquiátrico. O depoimento do Reclamante demonstrou em juízo que justamente sua resiliência não se encontra dentro de um parâmetro de razoabilidade, na medida em que atribui apenas a Reclamada a causa do seu adoecimento sem levar em consideração a existência de outros fatores como o acometimento pela Espondilite Anquilosante, enfermidade que acarreta dor na colunavertebral, causadora de sucessivos afastamentos dos serviços (atestados médicos colacionados aos autos), ou mesmo a percepção de ter direito à promoção no ambiente de trabalho, em que pese não ter sido aprovado em qualquer tipo de seleção ou lhe ter sido prometida função pelos superiores.

Por assédio moral no ambiente de trabalho conceitua Marie-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13ª REGIÃO
4ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO PESSOA

France Hirigoyen2.

“... toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à *dignidade* ou à *integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho*”.

Evidencia-se por uma conduta com repetição sistemática, tomada pelo empregador, com intencionalidade de forçar o trabalhador a abrir mão do emprego, direcionada a um trabalhador ou a um grupo de trabalhadores, com temporalidade (durante a jornada, por dias e meses), ocorrendo degradação deliberada das condições de trabalho.

Não vislumbro evidenciado o assédio moral no caso posto, pelo que nada mais resta ao juízo do que reconhecer que não houve cometimento de ato ilícito capaz de justificar a condenação em indenização por danos morais pleiteada, pelo que o juízo indefere a pretensão.

4. Dos Honorários Advocatícios:

Quanto ao pedido de honorários advocatícios, o juízo modifica o seu entendimento para indeferir a pretensão por mera sucumbência, afastando a aplicabilidade do Princípio da Retribuição Integral dos direitos do trabalhador, por considerar que a decisão contrária à Sumula do TST gera insegurança jurídica às partes beneficiadas.

Desta feita, aplico ao caso o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219, do TST, no sentido de que, na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Não estando o Reclamante assistido pelo sindicato da categoria, indeferem-se os honorários sucumbenciais.

III – Dispositivo:

Ante o exposto, e considerando o mais que dos autos consta, decide este juízo:

Mirella D'arc de Melo Cahú Arcoverde de Souza
 Juíza do Trabalho Substituta
 Número TRT: 00522.2012.004.13.00-8
 Número CNJ: **0052200-67.2012.5.13.0004**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13ª REGIÃO
4ª VARA DO TRABALHO DE JOÃO PESSOA

Repelir a aplicação de prescrição ao caso.

Julgar IMPROCEDENTES os pedidos formulados por JOSÉ WEBER RODRIGUES DE OLIVEIRA em face de BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA. Tudo em fiel observância da fundamentação supra, a qual passa a integrar o presente dispositivo, como se nele estivesse transcrita.

Concedem-se ao Reclamante os benefícios da gratuidade judicial, em face da declaração constante da inicial e contestação de fls., e nos termos do artigo 790, § 3º, da CLT, e da Orientação Jurisprudencial n. 304, da SDI-I, do C. TST.

Ainda, pelo Reclamante, pagamento de honorários periciais arbitrados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), dada à complexidade da matéria e o grau de zelo observado no laudo apresentado, que deverá ser suportado pelo fundo destinado pelo TRT da 13ª Região, em virtude da concessão dos benefícios da justiça gratuita ao Reclamante.

Custas processuais, pelo Reclamante, no montante de R\$ 1000,00 (um mil reais), incidente sobre o valor dado à causa na petição inicial de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Dispensadas na forma da lei.

Intimem-se as partes pelo DJ.

João Pessoa,
(assinado eletronicamente)

Mirella D'arc de Melo Cahú Arcoverde de Souza
Juíza do Trabalho Substituta



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 13ª REGIÃO
VARA DO TRABALHO DE SOUSA

S E N T E N Ç A

Alison Henrique de Sá Braga – Reclamante
Banco Bradesco S/A – Reclamado

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação trabalhista interposta entre as partes acima identificadas e qualificadas nos autos, pretendendo o autor, basicamente, pagamento das seguintes verbas: diferença salarial durante o período de setembro de 2009 até fevereiro de 2010, com reflexos e retificação da CTPS; adicional de transferência quando passou a exercer as atividades em Marcelino Vieira-RN e Marizópolis-PB; indenização por danos morais em face do transporte de numerário; honorários advocatícios. As verbas decorrem do do alegado contrato de trabalho firmado entre as partes de 03.06.2002 a 11.05.2012.

Com a inicial, vieram documentos.

Regularmente notificado, o banco acionado compareceu à sessão inaugural. Após frustrada a tentativa de acordo, apresentou a contestação escrita, seguida de vários documentos, de logo impugnados.

Valor da causa para efeito de alçada fixado com a inicial.

Em seguida, as partes foram interrogadas e não foram ouvidas testemunhas.

Sem mais provas, nada mais sendo requerido, encerrou-se a instrução.

Razões finais remissivas, por ambas as partes.

Não houve acordo.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Do contrato de trabalho e da prescrição

Juiz Paulo Roberto Vieira Rocha
Proc. 0016200-10.2013.5.13.0012 Fl. 1

Incontroverso nos autos o início do pacto laboral entre as partes

03.06.2002 a 11.05.2012, bem como dispensa sem justa causa.

Constam nos assentamentos funcionais do autor o exercício das seguintes funções: 03.06.2002 a 05.11.2002 (escriturário); 06.11.2002 a 05.04.2005 (Caixa A); 06.04.2005 a 31.07.2008 (Chefe de Serviço B); 01.08.2008 a 28.02.2010 (Gerente PAB); 01.03.2010 a 10.05.2012 (Gerente PAA).

Ajuizada a ação em 04.03.2013, prescritos estão eventuais créditos nascidos anteriormente a 04.03.2008, nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988.

II.2 – Das diferenças salariais

Informa o demandante que, antes de ter sua promoção para Gerente de PAA formalmente registrada, a partir de 01.03.2010, já vinha exercendo tal função desde setembro de 2009. Requer o pagamento das diferenças salariais pelo desvio de função (diferença entre Gerente de PAB e Gerente de PAA), com reflexos nas demais verbas.

Pleito acolhido.

O preposto, quando interrogado, admitiu que o banco mantém a prática só formalizar as promoções após um determinado período, e não de imediato, como manda a legislação. Presume-se que tal omissão/atraso é deliberado, pois só prejudica a empregado e tornando abusivo o poder diretivo do empregador, que pode se valer de uma mão de obra mais qualificada, para um posto avançado, com uma remuneração inferior.

Observe-se as declarações do preposto:

Que não sabe dizer a função do reclamante antes da chegada do depoente em Sousa; que logo após a promoção o Banco formaliza o ato rapidamente não demorando nem um mês.

Neste contexto, não atrai qualquer credibilidade os termos da defesa, ao negar peremptoriamente que o postulante tenha passado à condição de Gerente de PAA desde 01.09.2009.

Devidas, portanto, as diferenças da gratificação de função entre o Gerente de PAA (R\$ 1.756,02) e o Gerente de PAB (R\$ 1.340,90), conforme evidenciam os documentos de seq. 20, pag. 6 e pag. 7. A diferença mensal do interstício, portanto, é de R\$ 415,12, com reflexos nas parcelas de 13º salários proporcionais, férias proporcionais e FGTS + 40% do interstício.

Igualmente devida a retificação da CTPS.

Em face da base de cálculo mensal da diferença, indevidos os reflexos no repouso semanal remunerado.

Indevidos os reflexos no aviso prévio, em face da vantagem deferida não alterar a maior remuneração do obreiro para fins rescisórios.

II.3 – Do adicional de transferência

Diz o postulante que foi transferido provisoriamente em duas oportunidades, sendo a primeira no mês de setembro de 2009, da cidade de Sousa-PB para a cidade de Marcelino Vieira-RN; a segunda, em abril de 2011, da cidade de

Marcelino Vieira-RN para Marizópolis-PB. Requer o pagamento do adicional de transferência, nos termos do art. 469, § 3º, da CLT.

Sem qualquer razão o pedido.

Os elementos colhidos evidenciam que o demandante, ocupando cargo de Gerente de PAA, mantém em seu pacto laboral cláusula implícita que autoriza a sua transferência, o que faz presumir que tal se deu com sua total anuência, até mesmo porque se tratou de uma promoção.

Ademais, o postulante permaneceu cerca de um ano e meio na primeira localidade e 01 ano na segundo, o que autoriza o raciocínio de que, em ambos os casos, a transferência tenha inicialmente ocorrido com o ânimo definitivo.

Por fim, tem-se que, a rigor, não se demonstrou nos autos, por qualquer meio, que o postulante tenha mudado de domicílio, requisito necessário para se avaliar se houve, de fato, uma transferência. O próprio autor, quando interrogado, afirmou *“que não chegou a alugar/comprar imóveis nas cidades de Marcelino Vieira e Marizópolis; que às vezes dormia em Hotel; que na maioria das vezes, pernoitava em Sousa”*.

Indevida, portanto, a vantagem prevista no art. 469, § 3º, da CLT.

II.4 – Indenização por danos morais (transporte – numerário)

Informa o postulante que o banco acionado, ao arrepio da legislação pátria, passou a exigir do autor, desde meados de 2008, que transportasse (em quantias que podiam variar e atingir o patamar de R\$ 200.000,00) numerário em veículo próprio ou alugado (táxis), para agências do Banco Postal (correios), Bradesco Expresso, Banco do Brasil, em diversas cidades da Região. Aponta descumprimento da lei 7.102/83 e busca indenização por danos morais.

Pleito acolhido.

A narrativa contida na exordial foi ratificada de forma incisiva pelas provas verbais colhidas nos autos, ficando evidenciado que o transporte de numerário pelos empregados bancários se dava entre as agências do Bradesco e os correspondentes bancários (Bradesco Expresso), entre PAA (Posto de Atendimento Avançado) e os correspondentes bancários, ou mesmo entre as agências e os PAAs.

Verificou-se também que tal ocorria em virtude da dinâmica de tais eventos, sendo que o empresário envolvido (correspondente bancário, vinculado ao Bradesco Expresso), não tinha interesse no referido transporte, pois poderia se sujeitar a elevado grau de risco, com geração de custo adicional, sem qualquer vantagem econômica. Na prática, o serviço era e é feito pelos próprios bancários. O documento de seq. 6, pag. 2, é contundente neste sentido e foi reconhecido pelo preposto, quando do seu interrogatório.

Transcreve-se as declarações do preposto, Gerente Geral da Agência de Sousa:

Que trabalha no Banco Bradesco desde maio de 2005; que é Gerente Geral da agência; que trabalha em Sousa desde novembro de 2010; que quando chegou em Sousa o reclamante trabalhava em Marcelino Vieira, como Gerente de PAA; que a agência de Sousa trabalhava em 2010 com 32 Bancos Postais (Correios) em cidades diferentes e 14 PAAs; que na época a empresa Nordeste Segurança de Valores mantinha na região dois veículos para transporte entre as unidades referidas; que tal transporte segue sempre um roteiro; que a partir de janeiro de 2012, com o fim do banco Postal o Bradesco passou operar com o sistema de correspondente Bancário, conhecido como Bradesco Expresso; que quando o transporte

de numerário é feito pela empresa Nordeste para o correspondente bancário, o documento que acompanha é conhecido como Junção; que os dois veículos citados não dava conta do transporte e os locais ficavam sem dinheiro; que não existe transporte de numerário feito por funcionário do Banco; que exibido o documento de seq.6 pág. 2, informa que o reclamante como sempre pernoitava em Sousa, aproveitava para ganhar um dinheiro extra, transportando numerário para o banco; que o referido documento trata-se de pagamento de despesa de transporte de numerário pelo autor, paga pelo Banco; que reconhece a assinatura no referido documento; que se o banco soubesse que o gerente estava mandando dinheiro pelo reclamante os dois seriam demitidos; que o transporte de numerário, a exemplo do autor, ocorria também com Eugênia, que trabalhava em Pau dos Ferros.

As declarações deixam evidentes que a empresa contratada para transportar valores não conseguia atender 32 Bancos Postais (Correios) em cidades diferentes, 14 Postos de Atendimento Avançado, bem como os correspondentes do Bradesco Expresso. Seria um desafio ao princípio da primazia da realidade imaginarmos o inverso.

Demonstrado, portanto, que o transporte de numerário, na prática, é feito por funcionário do próprio banco, seja por comodidade do banco/empregador, seja por comodidade do empresário destinatário (correspondente bancário), seja até por interesse do próprio empregado, em ganhar alguns trocados com o “frete” (o autor, em seu interrogatório, menciona a retribuição de R\$ 0,65 por quilômetro rodado).

A situação deveria exigir providências enérgicas do banco empregador, por vários motivos. Deveria este velar pelo cumprimento da Lei (lei nº 7.102/83), que veda o transporte de numerário sem o acompanhamento de vigilantes ou funcionários especializados; deveria o banco assumir todo o risco do seu empreendimento, e não relegá-lo a seus funcionários (art. 2º, *caput*, da CLT); deveria cumprir o seu dever de segurança, nos termos do art. 7º, XXII, da CF/88 e art. 157 da CLT. O transporte de numerário era feito por bancário sem treinamento para tal, tampouco acompanhado por segurança, vigilante ou qualquer outra pessoa ou suporte técnico.

A ordem, ou a mera tolerância, de transporte de numerário por empregado bancário, sem qualquer preparo para tanto, é uma gravíssima afronta à sua integridade física; é um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoal humana. É uma agressão ao princípio geral da Ordem Econômica, que encontra fundamento justamente na valorização do trabalho humano – e não na sua degradação. A omissão do banco/empregador, nesta hipótese, é uma violação ao Estado Democrático de Direito – e não pode ser admitida. A situação vivida pela postulante, além de colocá-la sua vida em risco, acarretou-lhe prejuízos psicológicos pelo receio de assalto, gerando apreensão e medo. A indenização também ganha suporte no evidente desvio de função do empregado bancário, que não tem em suas atribuições normais o transporte de numerário.

Evidenciado o ato lesivo, o nexo causal e o dano, patente a obrigação de indenização do empregador, nos termos dos artigos 186 do Código Civil. A indenização fica de logo arbitrada em R\$ 43.269,50. Arbitrou-se o referido valor aplicando-se analogicamente o adicional de periculosidade previsto no art. 193, II, § 1º, da CLT, com redação dada pela lei 12.740/2012 (que trata justamente sobre a vantagem conferida àqueles que trabalhem em atividades de risco acentuado, em virtude de exposição permanente do trabalhador a roubos), observando-se o número de meses de trabalho do postulante (50,27 meses – período laborado não prescrito) e o seu salário básico (R\$ 1.434,57) observado o adicional de 30%, aplicada a dobra, pelo desvio de função. Tem-se

se, portanto: 50,27 meses x 30% de R\$ 1.434,57 x 2 (pelo desvio de função) = R\$ 43.269,50. O valor arbitrado refere-se à época da rescisão.

O valor foi arbitrado levando-se em consideração as seguintes variáveis: considerável porte econômico do empregador; a elevado grau de participação culposa do empregador; o não enriquecimento da vítima; o caráter pedagógico para o acionado; a grave exposição da integridade física da pessoa do empregado; a duração do contrato de trabalho; o salário básico do empregado e desvio de função ocorrido.

Por fim, reforça-se o caráter pedagógico da reprimenda. Esta procura atuar no vasto campo da prevenção de acidente de trabalho. O comportamento do Banco Bradesco, na qualidade de empregador de milhares de bancários, é fundamental neste sentido. O caráter pedagógico, após a ocorrência do acidente, com danos irreversíveis, por mais das vezes, é medida inócua; inexistente; ineficaz.

Sem razão os argumentos no sentido de que não houve “dano concreto” ao postulante. A sua mera exposição ao risco, por si, já se configura o dano concreto.

Eram os bens jurídicos vida, integridade física e psíquicas que foram desprezados. Isso não é pouco. Não é só a lesão que deve ser reparada; a ameaça ao direito também. É o que preceitua o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. Esperar que ocorra um assalto, um sequestro ou um homicídio, para tentar se fazer a reparação depois, é uma conduta pequena, mesquinha e egoísta.

II.5 Dos demais pleitos e considerações finais

Os valores devidos ficam de logo apurados, conforme cálculos em anexo, que são parte integrante desta sentença.

Não reconhecido o pagamento sequer parcial das verbas objeto de condenação, não há em que se falar em dedução/compensação invocada pela defesa.

Reconhece-se, em favor do obreiro, os benefícios da Justiça Gratuita, em face do permissivo legal, conforme requerido.

Os honorários advocatícios são indevidos. Não restaram configuradas, *in casu*, as hipóteses previstas na Lei nº 5.584/70, bem como na Súmula 219, ratificada pela Súmula 329, ambas do TST.

III – CONCLUSÃO

Isto posto, decide o Juiz Titular da Vara do Trabalho de Sousa/PB **ACOLHER PARCIALMENTE** os pedidos formulados por **ALISON HENRIQUE DE SÁ BRAGA** em face do **BANCO BRADESCO S/A**, para condenar este a pagar àquele, no prazo legal, a quantia constante no demonstrativo de cálculos em anexo.

O demonstrativo em anexo é parte integrante desta sentença e deste dispositivo, inclusive no tocante à correção monetária, juros de mora e incidências fiscais e previdenciárias.

Devidas as retenções fiscais e previdenciárias, nos termos da Súmula 368 do TST.

O devedor fica desde já intimado para o pagamento da condenação, no prazo de 15 dias após o trânsito em julgado desta sentença, sob pena de multa no percentual de 10% sobre o montante e constrição de bens, independentemente de mandado de citação (art. 880, CLT, c/c o art. 475-J, CPC).

Após o trânsito em julgado, o reclamado fica ainda condenado a retificar CTPS do autor, para que nela conste a sua condição de Gerente PAA a partir de 01.09.2009, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 pelo descumprimento da obrigação de fazer, nos termos do art. 461 do CPC, até o limite de 30 dias.

A multa deverá ser computada a partir de dia e hora agendado pela Secretaria para a providência do banco, após apresentação do documento pelo demandante.

Intimem-se.
Sousa/PB.

Paulo Roberto Vieira Rocha
JUIZ TITULAR DA VARA DO TRABALHO DE SOUSA-PB

PROC. nº 0076900-42.2014.5.13.0003

PARTE AUTORA: RODRIGO MOURA DA SILVA

PARTE RÉ: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS

SENTENÇA

RELATÓRIO

Vistos etc.,

Trata-se de reclamação trabalhista proposta por RODRIGO MOURA DA SILVA em face de EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, na qual alega e requer o exposto no seq. 1, atribuindo à causa o valor de R\$ 30.000,00.

Realizada audiência inaugural, estiveram presentes as partes juntamente com seus respectivos advogados, ocasião na qual se realizou a primeira proposta conciliatória, que restou frustrada.

A parte reclamada apresentou defesa requerendo a improcedência dos pedidos formulados.

Juntaram-se documentos aos autos.

Encerrada a instrução foram apresentadas razões finais remissivas.

Prejudicada a segunda proposta conciliatória.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Estabelece o § 3º do art. 790 da CLT, que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte interessada, quando preenchidos os requisitos legais, conceda o benefício da justiça gratuita.

Cabe ressaltar que a declaração de miserabilidade pode ser efetuada até o prazo de interposição do recurso, podendo subscrevê-la a parte interessada ou o causídico que lhe representa. E mais, o procurador assim pode agir sem que tenha poderes específicos para tanto, conforme já pacificado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, nas Orientações Jurisprudenciais de nº 269 e 331 da SBDI-1.

Ademais, a parte contrária não trouxe ao feito nenhum elemento ou prova capaz de invalidar o pedido. A revogação do benefício da justiça gratuita ocorrerá somente após a prova da inexistência ou do desaparecimento do estado de pobreza. Sobre os artigos 4º e 7º da LAJ (Lei nº 1.060/1950), comentam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Comentários ao Código de Processo Civil, 8ª edição, RT, p.1582:

“§ 1º: 5. Prova contrária. A prova em contrário, que derruba a presunção juris tantum de pobreza, que milita em favor do interessado, deve ser cabal no sentido de que pode prover os custos do processo sem

comprometer seu sustento e o de sua família. Deve ser comprovada pela situação atual do interessado e não por ilações acerca de sua pretérita situação de empresário, proprietário ou pessoa de posses (...)

Frise-se que a contratação de advogado particular não demonstra por si só a capacidade econômica da parte e nem mesmo consta como excludente leal do benefício da gratuidade de justiça, sendo este entendimento amplamente reconhecido na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

“AÇÃO RESCISÓRIA. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA REGULARMENTE APRESENTADA. CONCESSÃO.

Ao indeferir o pedido de gratuidade judiciária do reclamante porque assistido por advogado particular, e não por entidade sindical, a decisão rescindenda exigiu requisito não constante dos dispositivos legais que regulam a matéria. Ressalte-se que não se pode confundir a concessão do benefício da justiça gratuita com o direito de auferir honorários advocatícios. Para estes, sim, é que se exige a prova de miserabilidade cumulada com a assistência sindical, nos termos da Súmula nº 219 do TST. Já em relação à exigência da expressão "sob as penas da lei" na declaração de hipossuficiência firmada pela parte ou por seu advogado, infere-se da leitura dos próprios dispositivos tidos por violados que sua ausência não inviabiliza a concessão do benefício da justiça gratuita. Reforma-se o entendimento adotado na sentença rescindenda para conferir ao autor o benefício da gratuidade judiciária, e, por consequência, isentá-lo do recolhimento das custas processuais”. (Processo: ROAR - 1011500-26.2007.5.02.0000 Data de Julgamento: 14/10/2008, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 24/10/2008).

A gratuidade da justiça limita-se à isenção do pagamento de custas processuais e depósito recursal pela simples declaração da parte de que não pode arcar com as despesas processuais por ser pobre na forma da lei.

Concedo o benefício de gratuidade da justiça.

DA IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA

Rejeito a irresignação no que pertine ao valor atribuído à causa, porquanto o momento oportuno para a sua impugnação, no processo trabalhista, é quando da adução das razões finais, conforme estatuído no § 1º, do art. 2º, da Lei 5584/70. No presente caso, silenciou a demandada no momento processual em que deveria manifestar o seu descontentamento. Houve, portanto, a preclusão temporal. Por esta razão, resta mantido o valor atribuído na exordial, rejeitando-se o inconformismo da suplicada.

Ademais, oportuno destacar que o conteúdo da impugnação ofertada pela reclamada não esclarece a sua razão de ser e nem diz respeito a uma inadequação de valores entre o que fora alegado na petição inicial e no pedido nela contido, sendo o valor apontado na petição inicial compatível com os pedidos formulados.

DA LICENÇA PARA ESTUDOS (CONTORNOS DA LIDE)

O reclamante, admitido pela empresa demandada em 18/08/2006 para exercício da função de carteiro, requereu licença sem vencimentos para fins de estudos, uma vez que foi aprovado em processo seletivo do programa de Doutorado em Engenharia de Processos da UFCG, comprovando o alegado através de documentos carreados com a exordial. Apresentou como suporte ao pleito o Manual de Pessoal da ECT (MANPES – Módulo 15, capítulo 2, item 13), a seguir transcrito:

13 SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO A PEDIDO

13.1 Concessão

13.1.1 A suspensão do Contrato de Trabalho, a pedido do empregado e sem ônus para a ECT, é concedida pelo prazo de 1 (um) ano, podendo ser prorrogada por no máximo igual período até o limite de 2 (dois) anos, respeitado o interstício mínimo de 2 (dois) anos para a concessão de outra licença dessa natureza.

13.1.2 Para a concessão da suspensão do Contrato de Trabalho, a pedido, o empregado deverá ter no mínimo 2 (dois) anos de serviço na ECT e apresentar requerimento dirigido ao Diretor Regional, nas Regionais, e ao Chefe de Departamento/Órgãos do mesmo nível, na Administração Central, contendo o período da suspensão e as razões alegadas, de forma fundamentada.

Por sua vez, a empresa demandada alega que a suspensão do contrato para fins de estudos não é direito do autor, constituindo-se em faculdade do empregador (âmbito discricionário). Aduz, ainda, que o indeferimento do pleito está em consonância com princípios que regem a Administração Pública (impessoalidade, moralidade, indisponibilidade do interesse público, supremacia do interesse público) e destaca, além disso, não poder contratar pessoa que não ocupe o cargo de carteiro para realizar a função. Por fim, menciona como defesa a ingerência entre Poderes da República e afronta ao princípio da isonomia em relação a outros empregados da empresa.

Passo, então, ao exame detalhado.

DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

O Direito à Educação constitui-se como um dos mais importantes elementos para o desenvolvimento humano, pois possibilita o crescimento do indivíduo, com desenvolvimento da personalidade, bem como traz em seu âmago uma conotação social, uma vez que repercute em prol de toda a sociedade, sendo esta também verdadeira beneficiária do desenvolvimento pessoal.

Por essas razões, diversas declarações e pactos internacionais cristalizaram o acesso à educação como um direito humano fundamental. Nesse sentido destaca-se o art. XXVI da **Declaração Universal dos Direitos Humanos** ao destacar que toda pessoa tem direito à instrução.

Na mesma esteira, seguem os diplomas:

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948

Art. XII - Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana.

Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade.

O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado.

Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária.

Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais

Art. 13. I - Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Na senda dos tratados internacionais, foi contínuo o processo de adequação dos ordenamentos nacionais aos novos influxos trazidos pelo processo de universalização dos direitos fundamentais. À guisa de ilustração, vale mencionar o exemplo espanhol, cuja Constituição, em seu art. 27, dispõe que:

"1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los derechos y libertades fundamentales. 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. 4. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. (...)."

A Constituição da República Federativa do Brasil, também alinhada ao tema, destacou a educação como Direito Social (art. 6º), inclusive compondo o rol de direitos e garantias fundamentais (Título II), além de dedicar seção especial quando dispõe sobre a ordem social, introduzindo o tema no art. 205 da seguinte forma:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Portanto, verifica-se que um dos valores sociais que revelam maior preocupação do constituinte é a educação, pois somente através dela é possível o crescimento de toda a sociedade.

Sobre o tema, cabe a transcrição do introito do artigo “O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade”, de Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Emerson Garcia, in verbis:

“O substantivo educação, que deriva do latim *educatio, educationis*, indica a ação de criar, de alimentar, de gerar um arcabouço cultural. A educação, longe de ser um adorno ou o resultado de uma frívola vaidade, possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito indispensável à concreção da própria cidadania. Com ela, o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa. Em essência, educação é o passaporte para a cidadania. Além disso, é pressuposto necessário à evolução de qualquer Estado de Direito, pois a qualificação para o trabalho e a capacidade crítica dos indivíduos mostram-se imprescindíveis ao alcance desse objetivo.

Em linhas gerais, o presente estudo busca contextualizar o direito à educação como um direito verdadeiramente fundamental e como parcela indissociável do denominado mínimo existencial. Demonstrada a essencialidade dos direitos sociais, dentre os quais se inclui a educação, discorre-se sobre a sua imutabilidade - insuscetível de reforma, inclusive, pelo Poder Constituinte Derivado -, tratando-se de um exemplo característico de cláusula pétrea.

Os contornos básicos do direito à educação são identificados a partir de uma breve enumeração das convenções internacionais relativas ao tema e, no âmbito interno, com o estudo dos textos constitucionais, atual e pretéritos, além de algumas normas infraconstitucionais. Esse singelo apanhado normativo almeja sedimentar uma visão cosmopolita do direito à educação, o que em muito contribuirá para a sua definitiva inclusão nos fluidos limites do mínimo existencial.

Avançando, é traçado um paralelo do instituto do direito subjetivo nas searas pública e privada, o que visa a demonstrar a imediata exigibilidade do direito à educação fundamental e o dever jurídico do Poder Público em atendê-lo. Ainda sob a ótica da efetividade do direito à educação, são tecidas algumas considerações sobre o princípio da divisão das funções estatais, não raras vezes a pedra angular do entendimento que tenta obstar o poder de coerção a ser exercido pelos órgãos jurisdicionais, bem como a prestigiada tese da reserva do possível, que busca legitimar a postura abstencionista do Poder Público com a constante alegação de insuficiência de recursos para o atendimento de todos os direitos consagrados no texto constitucional.”

Assim consagra-se o direito à educação como direito fundamental, afirmado, inclusive, como um mínimo existencial.

DOS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Afirma o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello que os princípios considerados como pedras de toque do ordenamento jurídico são a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, segundo os quais é proclamada a superioridade do interesse da coletividade, firmando sua supremacia em relação ao interesse particular.

Contudo, modernamente, tal interesse público não se encontra ligado apenas ao interesse da Administração. Nesse prisma, Luís Roberto Barroso explica que os interesses públicos primários compreendem os interesses efetivos, reais, a razão de ser do Estado, sintetizando-se nos fins que cabem a ele promover, como a justiça, a segurança, o bem-estar social, dentre outros. Já os interesses públicos secundários são aqueles tidos pelo Estado enquanto pessoa jurídica (incluindo União, Estado-membro, Município ou autarquias), o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

Desta maneira, verifica-se que o interesse público não é compreendido de forma dissociada dos interesses dos indivíduos, pois o interesse do todo, do conjunto social, também corresponde, necessariamente, aos interesses de cada indivíduo, ou seja, a coletividade se beneficia com a efetiva tutela dos interesses de seus membros.

No ponto, Barroso afirma que em um Estado Democrático de Direito, marcado pela centralidade e supremacia hierárquica da Constituição, pela consagração da teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, a realização do interesse público compreende também a preservação e satisfação de determinados interesses privados, ou seja, quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão.

Portanto, ponderando o interesse público na manutenção das atividades de um carteiro com a possibilidade de afastamento deste para a realização de curso de Doutorado em Engenharia de Processos, considero prevalecer o interesse, estatal inclusive, na qualificação de seus cidadãos, considerando, ademais, que a suspensão do contrato de trabalho do autor certamente não acarretará grande prejuízo à população em relação aos benefícios que serão trazidos a esta mesma com o desenvolvimento pessoal do autor.

A qualificação por meio dos estudos, como já ressaltado acima, é direito fundamental que deve ser tido como prioritário em todas as esferas da Administração Pública por estar em consonância com a pauta axiológica trazida pela Carta Cidadã, não havendo que se falar em afronta à moralidade administrativa.

DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A parte reclamada alega que o atendimento do pleito do autor acarretaria afronta ao princípio da moralidade administrativa na medida em que implicaria em prejuízo à população face à impossibilidade de contratação de substituto.

Nesta senda, cabe ressaltar que Direito e Moral são elementos distintos, aquele imbuído do estudo e aplicação de normas de Direito. Esta, a Moral, é relacionada à ideia de fixação de padrões de comportamento cujo descumprimento desencadearia uma repercussão social, não necessariamente uma reprimenda jurídico-normativa.

Na seara administrativa, doutrinadores mais antigos consideravam que o controle da moral do ato administrativo seria possível apenas mediante introspecção, ou seja, conferia relevo ao aspecto subjetivo, cabendo somente ao controle interno a aferição da moralidade, já que esta seria integrante do mérito do ato. O primado era o da legalidade.

Contudo, a Constituição da República, ao erguer a moralidade como princípio que rege a administração pública, inclusive elencando ao lado do princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal), permitiu a avaliação e ponderação de valores quando da análise do ato administrativo.

Especificamente em relação à alegação de que haveria prejuízo à população em razão do afastamento de um trabalhador, atentando contra a moralidade, considero inviável o acolhimento da alegação da defesa, pois que a liberação do reclamante somente teria o condão de gerar efeitos negativos em caso de imprevidência da reclamada. Considerar que toda liberação ocasionaria prejuízo eivaria de nulidade o próprio regimento interno da reclamada, pois que prevê a possibilidade do afastamento.

Se o próprio regimento interno dos Correios permite o afastamento para o trato de interesse particular, não há que se falar em imoralidade ou amoralidade. Ademais, não demonstrou a reclamada a insuficiência no quadro de pessoal e conseqüente prejuízo ao interesse da população.

Por fim, vale destacar, nesta senda, que a estrutura da demandada permite e certamente deve contar com quadro de reserva para o atendimento de situações de redução temporária do efetivo. Pensar do contrário é que implicaria em atentado à moralidade administrativa, uma vez que poderia ser considerada falha na gestão (persecução do fins com uso racional dos meios), já que áreas prioritárias estariam sendo relegadas a segundo plano em detrimento de investimentos que, ponderando a relevância social, promovem menor retorno aos cidadãos, como é o caso do investimento de aproximadamente R\$ 42 milhões pela demandada para realização de mudança da logomarca da empresa, conforme noticiado recentemente pelos diversos meios de comunicação nacionais.

DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Alega a parte ré que o atendimento do pleito do autor atentaria, ainda, contra o princípio da isonomia, pois que não seria prestado tratamento equânime em relação a empregados que pediram demissão para a realização de curso de doutorado, o que não foi comprovado nos autos, não se desincumbindo a empresa demandada do ônus da prova quanto ao ponto (art. 818 da CLT c/c o art. 333, II, do CPC).

Ainda que assim não fosse, tenho que pedidos de demissão nesse sentido partiram de manifestação de vontade livre e espontânea do empregado que virtualmente estava em situação similar, o que não obsta que outros trabalhadores persigam direitos que entenderem pertinentes.

Ressalte-se que o precedente firmado pela presente decisão judicial não cria norma jurídica geral e abstrata apta a vincular a demandada em futuros casos, pois que a ponderação dos princípios analisados depende de cada caso concreto.

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Sobre o tema, destaco interessante artigo produzido pelo advogado e administrativista Ricardo Cesar Ferreira Duarte Junior:

“O atual momento do Direito administrativo suscita uma série de novas discussões, debates e análises, dentre as quais se insere a importância dos princípios, normas, ou melhor, do ordenamento jurídico, na nova sistemática proposta pela doutrina e jurisprudência administrativista.

Dentre tais discussões, não podemos deixar de considerar um princípio de fundamental relevância para a sistemática acima mencionada, qual seja, o princípio da proporcionalidade, como um dos limites do poder discricionário em prol dos direitos fundamentais.

A idéia central desse princípio baseia-se que a autoridade administrativa, em seu poder discricionário, não poderá ater-se apenas a lei formal, mas também a outros conceitos, normas e princípios que devem ser observados em cada caso concreto, partindo de uma ponderação, dentro de um critério de razoabilidade, para encontrar a melhor solução ao interesse público.”

Na mesma esteira, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Di Pietro (2007, p.194):

“Sobremodo no Estado de Direito, repugnaria ao senso normal dos homens que a existência de discricção administrativa fosse um salvo conduto para a administração agir de modo incoerente, ilógico, desarrazoado e o fizesse precisamente a título de cumprir uma finalidade legal, quando - conforme se viu - a discricção representa, justamente, margem de liberdade para eleger a conduta mais clarividente, mais percuciente ante as circunstâncias concretas, de modo a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou esta liberdade. Também não se poderiam admitir medidas desproporcionadas em relação às circunstâncias que suscitaram o ato - e, portanto, assintônicas com o fim legal - não apenas porque conduta desproporcional é, assim mesma, comportamento desarrazoado, mas também porque representaria um

extravazamento de competência.”

Vê-se, portanto, que o ato administrativo, mesmo que discricionário, deve observar e preservar, na maior medida possível, os direitos fundamentais.

Como visto acima, a supremacia do interesse público é a razão de ser do Estado, cabendo a este a promoção do bem-estar social, o que corresponde, no caso vertente, ao interesse do indivíduo que busca a qualificação através do estudo, direito fundamental que edifica a dignidade.

A faculdade do administrador, portanto, cede lugar ao dever de concretização do direito fundamental de acesso à educação.

DA INÉPCIA DO REQUERIMENTO DO AUTOR EM SEDE ADMINISTRATIVA

O fato de o autor ter requerido, na esfera administrativa, o afastamento por prazo superior ao estabelecido no normativo interno dos correios não torna inepto o pedido, pois que poderia ser concedido o pleito nos limites do regulamento. Ademais, em nada interfere no processo judicial, haja vista ter sido demonstrado pela ré que o real motivo do indeferimento não está vinculado ao período de afastamento, mas ao atendimento de serviços que entende a demandada ser prioritário.

DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

O art. 273 do Código de Processo Civil, dispondo sobre a antecipação dos efeitos da tutela, dispõe:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

No caso vertente, a demora no processo pode acarretar graves prejuízos ao autor inclusive com a impossibilidade de prosseguimento no curso de doutorado. Ademais, a medida antecipatória não provoca o exaurimento do processo, pois que, a qualquer momento, poderá ser revogada por instância superior, caso entenda-se pertinente.

Outrossim, incabível a alegação de que o instituo da antecipação não pode ser aplicável aos Correios face ao disposto no art. 475 do CPC (duplo grau de jurisdição obrigatório), sendo tal entendimento amparado nos princípios já destacados acima e ainda pelo fato de que o reexame necessário tem natureza diversa da antecipação de tutela, pois aquele é apenas impede o trânsito em julgado. Assim caminha a jurisprudência, senão vejamos:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE COLIDÊNCIA ENTRE OS DOIS INSTITUTOS,

DEVENDO PREVALECER A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM DETRIMENTO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO (QUE VISA A PROTEGER O INTERESSE PÚBLICO)”. (TRF-2 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EDAG 19506 97.02.04225-9).

“PROCESSO CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ALEGAÇÃO DE INFRINGÊNCIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO. SATISFATIVIDADE DA MEDIDA. POSSIBILIDADE. MULTA DIÁRIA. 1. O entendimento de que não pode haver antecipação de tutela contra a Fazenda Pública está ultrapassado, pois fere os comezinhos princípios de direito, o direito que todos têm de um tratamento igualitário. Inclusive o Supremo Tribunal Federal entende que, em questões previdenciárias, não se aplica o que foi decidido na ADC 4, . Ainda que a decisão esteja sujeita a remessa, uma excrescência processual, diga-se de passagem, não impossibilita a antecipação da tutela. À tutela antecipada e às liminares, não se aplica o art. 475 do CPC . 2. À mingua à mingua de argumentação a desafiar os fundamentos da decisão impugnada, e dos documentos nos quais a Magistrada a quo fundamentou sua decisão, inclusive, para apreciar a presença de dano irreparável ou de difícil reparação, não há como dar provimento ao agravo de instrumento. 3. A aplicação de multa é para fazer com que o INSS respeite as decisões judiciais, cumprindo-as. Se com a decisão não se conforma deve recorrer, pedindo a suspensão, mas enquanto a decisão não for suspensa há o INSS de cumpri-la. Tenha-se, por fim, que as astreintes podem ser fixadas de ofício, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (cf . REsp 267.446/SP, acórdão publicado no DJU de 23.10.2000).” (TRF-1 – AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 11128 MG 2002.01.00.011128-1)

“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL . AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA. EFEITOS DA APELAÇÃO. - A decisão está em absoluta consonância com o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. - A doutrina é pacífica no sentido de que o inciso VII do artigo 520 do Código de Processo Civil também é aplicável nas hipóteses em que a sentença concede a tutela antecipada e não apenas quando confirma a antecipação anteriormente deferida. - O duplo grau de jurisdição obrigatório impede o trânsito em julgado antes da confirmação da sentença pelo tribunal, não sua execução provisória. Sendo assim, a apelação deve ser recebida, tão-somente, no efeito devolutivo na situação dos autos, com execução provisória da sentença quanto à parte do "decisum" que concede ou confirma provimento antecipado. - Agravo legal improvido.” (TRF-3 – AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 29834 SP 0029834-09.2012.4.03.000 - Data de publicação: 12/03/2013).

Defiro, portanto, a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a suspensão do contrato de trabalho do reclamante, mediante concessão de licença sem vencimentos, nos moldes admitidos na cláusula 13 do Manual de Pessoal da ECT (MANPES – Módulo 15, Cap. 2, Item 13), isto pelo período de um ano, prorrogável por mais um ano, caso mantidas as condições fáticas de participação do autor no programa de doutorado.

DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Alega a parte autora que sofreu danos morais por ter sido tratado com descaso pela demandada. De outra banda, a empresa ré infirmou os fundamentos do autor em sua defesa.

Nos termos do art. 818 da CLT e art. 333, I do CPC, caberia ao reclamante comprovar suas alegações, ônus do qual não se desincumbiu, pois que não foram trazidos aos autos quaisquer elementos que demonstrem ter sofrido o reclamante abalo em sua honra e dignidade.

Por conseguinte, não comprovado o dano, impõe-se a rejeição ao pedido de responsabilização da empresa demandada, uma vez ausente um dos requisitos para a configuração da obrigação de reparar.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

De acordo com a Lei nº 5.884/70, são devidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho nos casos em que o empregado estiver assistido pelo respectivo sindicato da categoria e não tiver condições de demandar sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.

Dessa forma, preenchidos os pressupostos legais, defiro o pedido de honorários no importe de 15% sobre o valor da condenação.

DISPOSITIVO

Isto posto, nos autos da Reclamação Trabalhista ajuizada por RODRIGO MOURA DA SILVA em face de EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS, nos termos da fundamentação supra, decido:

- 1) rejeitar a preliminar suscitada;
- 2) conceder antecipação dos efeitos da tutela para determinar a suspensão do contrato de trabalho do reclamante, mediante concessão de licença sem vencimentos, nos moldes admitidos na cláusula 13 do Manual de Pessoal da ECT (MANPES – Módulo 15, CAP. 2, Item 13), isto pelo período de um ano, prorrogável por mais um ano, caso mantidas as condições fáticas de participação do autor no programa de doutorado;
- 3) julgar procedente em parte a demanda para converter a tutela antecipada em tutela definitiva, para determinar a suspensão do contrato de trabalho do reclamante, mediante concessão de licença sem vencimentos, nos moldes admitidos na cláusula 13 do Manual de Pessoal da ECT (MANPES – Módulo 15, CAP. 2, Item 13), isto pelo período de um ano, prorrogável por mais um ano, caso mantidas as condições fáticas de participação do autor no programa de doutorado;
- 4) julgar procedente o pedido de honorários advocatícios no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa;
- 5) julgar improcedentes os demais pedidos.

Cumprimento da obrigação de fazer consistente no cumprimento da antecipação

dos efeitos da tutela no prazo de 02 (dois) dias após notificada a reclamada da presente decisão, sob pena de multa diária no importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso (§ 5º do art. 461 do CPC).

Custas pela reclamada no importe de 2% sobre o valor da causa.

Intimem-se as partes.

[assinada eletronicamente]
RODRIGO ANDERSON FERREIRA OLIVEIRA
Juiz do Trabalho

TRABALHOS APRESENTADOS NA XII SEMANA DO JUDICIÁRIO

A UTILIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA INFANTIL NAS CADEIAS PRODUTIVAS DO AGRONEGÓCIO: descascando o abacaxi.

Igor Isídio Gomes da Silva

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba
e-mail: igor.isidio@gmail.com

Nathan Bezerra Wanderley

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba
e-mail: nathanbwanderley@gmail.com

Pedro Simões Pereira Dália

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba
e-mail: pedro.1990.d@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as relações empregatícias ilegais no meio rural envolvendo menores de idade, em faixa etária abaixo do permitido por lei, e em condições sub-humanas, configurando exploração de mão de obra infantil. Como parâmetro, utilizamos as lavouras de abacaxi para representar os grandes agronegócios, tendo em vista os elevados índices de produção do fruto no estado da Paraíba. Partindo da espécie para o gênero, dissertamos sobre o modo como tais empreendimentos agrícolas sustentam suas exportações em massa, transpondo qualquer tipo de legislação trabalhista. Por fim, apresentamos as legislações incidentes sobre a responsabilização desse empregador, de natureza penal e cívico-trabalhista.

Palavras-chave: Trabalho infantil. Agronegócio. Cultura do abacaxi. Exploração. Responsabilização.

1 INTRODUÇÃO

A exploração de mão de obra infantil ainda é uma das grandes chagas do Brasil e, de modo geral, dos países em desenvolvimento. Não por acaso, os mais acurados estudos sobre o trabalho infantil denunciam-no como fenômeno social de máxima correlação com a estrutura econômica hodierna. Tal estrutura, claramente delineada com a globalização capitalista e a divisão internacional do trabalho, estabelece o papel de cada país no mercado mundial, cabendo ao Brasil a posição de país exportador de commodities (minérios, grãos, açúcar) e gêneros agropecuários mais específicos (frango, suco de laranja, abacaxi).

Em paralelo, da mesma forma que os fatores econômicos definem a posição do Brasil no mercado mundial, são também por traços econômicos estruturais que a mão de obra infantil se insere na cadeia produtiva do agronegócio. A partir desta premissa, trataremos aqui do papel exercido pela mão de obra infantil no ciclo de produção de uma cultura tipicamente nordestina e, ao específico, mormente paraibana: o abacaxi.

A Paraíba posiciona-se hoje como o estado com maior produção de abacaxi do país, concentrando cerca de 20% (vinte por cento) de toda a produção nacional, sendo

boa parte da produção destinada à exportação. Nesse contexto, procuramos examinar de que forma e em que circunstâncias o trabalho infantil participa do ciclo de produção do abacaxi, tomando por referência os estudos realizados pela OIT (Organização Internacional do Trabalho) sobre essa cultura na cidade de Santa Rita – PB. Trata-se de estudo, portanto, totalmente doutrinário, porém com forte acento estatístico por assentar-se sobre as bases do minucioso relatório da OIT.

A partir do identificar da posição do trabalho infantil na cadeia produtiva do abacaxi, pretende-se avaliar as semelhanças do modo como se a utiliza em outros nichos do agronegócio. Tornar-se-á possível, assim, apontar quais conclusões sobre a exploração da mão de obra infantil no abacaxi são aplicáveis a quaisquer das cadeias produtivas do atual modelo agropecuário brasileiro.

O presente estudo é balizado pelos dados trazidos a lume pela Secretaria Internacional do Trabalho, repartição da OIT, em minucioso relatório intitulado “O trabalho infantil na cultura do abacaxi no município de Santa Rita – PB: um diagnóstico rápido à luz das piores formas de trabalho infantil no Brasil”. Analisando os dados desse diagnóstico estatístico, que leva em consideração um espaço amostral relativamente restrito (crianças e adolescentes trabalhadores da cultura do abacaxi em um único município paraibano), procuraremos estabelecer correlações com a genérica fórmula econômico-estrutural do agronegócio brasileiro, identificando quais traços socioeconômicos revelados pelo relatório replicam-se em quaisquer das cadeias produtivas do agronegócio nacional.

Assim, pela profundidade da análise a que se submeteu um microsistema (trabalho infantil na produção de abacaxi de Santa Rita – PB), procura-se identificar um padrão genérico circunstante a todas as situações de exploração do trabalho infantil pelo agronegócio. Além disso, dá-se importância à identificação do papel exercido pelo contingente de mão de obra infantil na cadeia produtiva do agronegócio; e à repercussão dessa perniciosa interdependência entre o trabalho infantil e a produção agrícola no cenário socioeconômico em que ela se desenvolve.

O presente artigo está dividido em quatro partes inter-relacionadas. Primeiro, pretende-se lançar luz sobre o histórico da exploração do trabalho infantil nas raias do agronegócio, sem prescindir de expor a evolução dos diplomas legais e das normas de proteção da criança e do adolescente no tocante à exploração do trabalho, realçando os sucessivos esforços da criatividade jurídica para conter as situações de vulnerabilidade a que a infância esteve submetida ao longo dos anos.

Em sua segunda parte, procura-se estudar a problemática em comento pelo viés da economia de mercado, que situa a mão de obra infantil como um dos

sustentáculos do modelo de produção nacional voltado para o agronegócio (agroindústria e agroexportação). Em terceiro tópico, é feita uma explanação mais detida à exploração da mão de obra infantil no caso específico da cultura do abacaxi no município de Santa Rita. Investigam-se todos os aspectos e condições peculiares a que se submete o menor trabalhador na cultura do abacaxi.

Por fim, incursiona o presente artigo na seara legal para examinar os aspectos da responsabilização do empregador de mão de obra infantil. Procura-se, ao fim do estudo, avaliar a aplicabilidade não só das normas que conferem proteção à criança e ao adolescente, mas também – e sobretudo – àquela atinente à responsabilização do sujeito explorador da mão de obra infantil.

2 TRABALHO INFANTIL NO AGRONEGÓCIO: breve histórico e evolução jurídica.

Atraídos por uma mão de obra barata e por uma forma de trabalho onde não há reclamações ou formação de grupos que lutem por seus direitos, muitos empresários viram no trabalho infantil uma forma de lucrar mais com uma mão de obra barata e maleável. Com isso, eles retiram da vida de pequenos cidadãos os direitos a um convívio social adequado, digno de qualquer pessoa, impossibilitando-os de ir à escola ou participar de atividades lúdicas próprias à infância.

O ciclo da cana de açúcar que já foi a principal atividade agrícola do país e vigora até hoje, remonta aos tempos da escravidão, onde crianças e adolescentes negros com família escrava já eram precocemente inseridas em engenhos e plantações da cana de açúcar. Quanto mais hábeis fossem estas, maior seria a valorização de seus pais e os lucros de seu senhor, o dono da mão de obra. Além disto, ao ter um escravo com filho menor, o senhor possuía mais força de trabalho para a realização de trabalhos árduos, sendo as crianças inseridas no trabalho desde seus doze anos de idade, expostas a riscos inerentes à função desempenhada.

Segundo estudos da OIT – Organização Internacional do Trabalho - o número de crianças em situação de trabalho infantil no agronegócio é aproximadamente dez vezes maior que o de crianças que trabalham em fábricas, o que traz um dado alarmante: a medida do lucro está sendo diretamente proporcional à exploração do trabalho de crianças - pois o lucro é fruto da exploração desta mão de obra, que muitas vezes recebe remuneração insignificante, mas trabalha por um homem e meio. Além disso, também tem efeitos perniciosos no mercado pela concorrência desleal, uma vez que produz mais com menos custos.

A agricultura familiar também contribuiu para a disseminação do trabalho infantil, pois muitos jovens, ao verem seus pais trabalhando, os ajudam em suas plantações, acarretando o precoce e perigoso manuseio de materiais que expõem a perigo a saúde do menor. Ademais, há de se registrar a contribuição de parcela da sociedade, ainda conservadora, dada através da antiquada ideologia no que diz respeito ao trabalho infantil, ilustrada nas alegações: “é melhor para o menor estar trabalhando do que está roubando” ou “é melhor trabalhar desde cedo para dar valor ao dinheiro conquistado com muito suor”, bem como “tem que trabalhar para não matar a família de fome e aprender a ser gente”.

A primeira tentativa de abolir o uso da mão de obra infantil foi em 1871 ao ser aprovada uma lei abolicionista conhecida como a Lei do Ventre Livre ou Lei Rio Branco. A partir dela, todos os filhos de escravos nascidos após sua entrada em vigor seriam livres para todos os efeitos legais, cabendo a estes decidirem se continuavam a trabalhar para o seu senhor até atingirem a maior idade ou se eram entregues ao governo para tentar a sorte na vida. Esta lei inicialmente encontrou dificuldade para ser aprovada, isto porque os senhores de escravos donos das plantações de café não queriam perder mão de obra escrava. Apesar de sua plena vigência, a maioria das crianças que se tornavam livres não conseguiam se desligar dos laços paternos continuando como escravas. Sendo assim, esta não passou de uma tentativa frustrada de erradicar o trabalho escravo, especialmente o trabalho infantil.

Desde então o Brasil nada havia feito para tentar combater as formas de exploração infantil no trabalho pesado até surgir o Decreto nº 1.313 de 1891, o qual tratava do trabalho dos menores nas fábricas situadas no Distrito Federal, o qual não chegou a ser aplicado por falta de regulamentação. Apesar deste atraso, o país foi o primeiro da América Latina a se preocupar com o trabalho infantil.

Apenas em 1927 é que, finalmente, o decreto nº 17.943-A aprovou o Código de Menores, proibindo o trabalho de menores de doze anos e o trabalho noturno aos menores de dezoito anos. Após este primeiro passo é que passou a ser voltada uma maior, muito embora ainda insuficiente, atenção aos direitos da criança e do adolescente.

Como forma de reforçar ainda mais a batalha contra a exploração de mão de obra de menores em trabalhos árduos, as constituições federais posteriores ao decreto de 1927 passaram a legislar a respeito desta matéria. Foi o caso da Constituição Federal de 1934 que o ratificou, alterando apenas a idade mínima para quatorze anos, podendo crianças de idade inferior a esta trabalhar apenas com permissão judicial. Além desta retificação, foi proibido o trabalho noturno a menor de dezesseis anos e o insalubre a

menor de dezoito anos, bem como a proibição da diferenciação de salários para o desempenho de funções iguais por motivo de idade.

As constituições seguintes ratificaram o que foi imposto pela Constituição Federal de 1934, porém a Constituição Federal de 1988 – CF/88 foi mais ampla que as anteriores em relação aos serviços insalubres, proibindo-o de forma geral, não ficando restrito apenas aos serviços desenvolvidos nas indústrias consideradas insalubres.

As Constituições Federais anteriores a de 1988 colocavam a idade mínima para o início da vida de trabalho como sendo quatorze anos, permitindo-se excepcionalmente a partir dos doze anos, caso seja em regime de aprendizagem. Tudo isto era porque a sociedade acreditava que cabia aos pais o dever de decidir o que seria melhor para seus filhos, sendo a idade mínima de doze para a inserção no mercado de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 foi a mais ampla em relação aos direitos humanos de uma forma geral, ficando conhecida como Constituição Cidadã. Foi nela que foram ratificados as Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT de números 138 e 182, das quais o Brasil foi signatário, determinando as piores formas de trabalho e a idade mínima para o exercício de funções laborais. Portanto, a partir da pressão internacional, a Constituição tratou logo de proibir toda e qualquer criança e adolescente de desempenhar funções laborais. Além disto, proibiu o exercício de crianças e adolescentes nas atividades funcionais descritas como as piores formas de trabalho infantil elencadas, na qual se incluem a agricultura de uma forma geral e outros trabalhos pesados.

Em 1943, com a promulgação da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT - que trouxe em seu capítulo IV uma parte destinada apenas ao trabalho do menor foi dado um importante avanço na luta para pôr um basta à exploração de crianças e adolescentes nas atividades laborais, ficando elencado o que é permitido ou não ao trabalho do menor, a delimitação da idade permitida para o trabalho, a duração da jornada de trabalho permitida para os jovens, os deveres dos responsáveis legais e dos empregadores de mão de obra infantil e penalidades para quem transgride uma dessas normas.

Os legisladores, atendendo a clamores da sociedade e organizações internacionais, movidos por um sentido de proteção integral da criança e do adolescente, em 13 de setembro de 1990, reforçaram ainda mais a matéria através da criação da Lei 8.069 ou Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Este surge como uma forma de assegurar à população infanto-juvenil o direito básico de viver, a ter uma educação e formação digna, colocando a infância e a juventude como necessitados de uma atenção e

cuidados especiais para que alcancem um desenvolvimento pleno. No que se refere ao trabalho infantil, o ECA designou o capítulo V exclusivamente para esse tema, ratificando o que já havia sido proposto em outros diplomas legais no que diz respeito à idade mínima para emprego de força laboral. Isto significa que tem de ser respeitado um limite espacial para propiciar ao jovem o acesso à educação, bem como uma melhor distribuição do tempo para não atrapalhar os horários escolares. Outra importante contribuição deste Estatuto foi a definição de criança e adolescente, sendo este compreendido pelo intervalo etário dos doze aos dezoito anos de idade e aquele composto pelos menores de doze anos, conforme o seu art. 2º.

Porém, apenas dez anos após a promulgação da Carta Magna brasileira foi fixada a idade mínima para o trabalho comum em dezesseis anos, sendo permitido o contrato de aprendizagem a partir dos quatorze anos, contanto que sejam respeitadas as normas trabalhistas contidas na CLT inerentes a qualquer atividade laboral. Isto se deu graças a Emenda Constitucional de nº 20 de 1998 e permanece até hoje.

3 PELO VIÉS DA ECONOMIA DE MERCADO: a mão de obra infantil como um dos sustentáculos do agronegócio

Os mais comprometidos estudos sobre o trabalho infantil se preocuparam, nas últimas décadas, em especificar as causas do problema do trabalho infantil. Dentre tais fatores, alguns denunciam sua clara natureza de falha estatal: as deficiências do sistema educacional, a ineficácia das normas protetivas, a ausência de fiscalização estatal. Outros, porém, têm sede mais sociológica: os fatores culturais e ideológicos que sustentam uma crença indiscriminada na dignidade do trabalho, a estrutura familiar (mães solteiras, por exemplo), além do status ocupacional dos chefes de família.

Não se pôde afastar, porém, em quaisquer das produções científicas que já se debruçaram sobre a problemática do trabalho infantil, a incidência de fatores essencialmente econômicos: a pobreza, a desigualdade social e a exploração de mão de obra na economia de mercado.

Os dados do último Censo Demográfico são claros: 45% da população infanto-juvenil pertence a famílias com renda *per capita* de até meio salário mínimo. Esse percentual faz-se ainda mais eloquente quando tratamos de um estado do Norte ou Nordeste brasileiro, em regra mais empobrecidos (UNICEF *apud* CARVALHO, 2004). Muito embora a região Nordeste corresponda a menos de 30% da população do país, essa região concentra 47,4% da mão de obra infantil empregada no Brasil, prova inequívoca de que a pobreza socioeconômica de uma região está intrinsecamente ligada

à ocorrência de exploração de menores trabalhadores (MTE, 2005). Obviamente, tal conclusão não obsta a indicação de outros fatores determinantes ou potencializadores do problema, mas nos permite indicar com firmeza a correlação diretamente proporcional entre pobreza e trabalho infantil, realçando os contornos econômicos expostos neste capítulo.

Ainda mais perversa que a pobreza, por ser seu pilar de sustentação, é a desigualdade social, endêmica nos países em desenvolvimento. E aqui não falamos apenas em má distribuição de renda, mas também da má distribuição de terras como componente específico do estudo sobre trabalho infantil no meio rural.

Existe a compreensão equivocada – que não é traço sociocultural exclusivo das camadas menos abastadas da população brasileira – de que o trabalho infantil não só é benéfico para a criança, mas também para toda a família, que passa a ter a sua renda incrementada pela força de trabalho da criança. Já está claro, porém, que o trabalho infantil não é solução para a baixa renda ou antídoto à penúria pela qual muitas famílias brasileiras passam. Ao contrário. O trabalho infantil não “ameniza” a pobreza de uma família, mas sim a empobrece ainda mais, dada sua influência negativa no desenvolvimento físico, intelectual e emocional das crianças, pelo que se configura como entrave ao desenvolvimento humano e até às oportunidades de ascensão socioeconômica entre as gerações.

Os relatórios da Organização Internacional do Trabalho (2001, p. 34) corroboram a explanada tese. É conclusão de um de seus relatórios :

Portanto, o combate a essa forma de exploração não pode ser dissociado de outras políticas que tenham como objetivo intervir na diminuição da pobreza. E uma das maneiras de incidir sobre a pobreza é propiciar mais e melhor educação às camadas mais pobres. Estudos recentes demonstram que o baixo índice de escolaridade da população gera e realimenta as desigualdades sociais e a concentração de renda.

A exploração de mão de obra infantil passa a ser compreendida com maior clareza quando correlacionada à lógica estrutural da economia de mercado. Há várias décadas o cenário rural incorporou a competitividade antes restrita aos centros industriais e comerciais. A necessidade do setor produtivo de atender às exigências do mercado - oferecendo maior qualidade pelo menor preço – ganhou intensidade no meio rural no acompanhar da transição do modelo de produção no campo. Passou-se da pequena agricultura (geralmente familiar, de policultura, voltada ao abastecimento geograficamente restrito de gêneros alimentícios) para o atual modelo do agronegócio, empreendimento como qualquer outro através do qual se pretende auferir lucros máximos. Tal transição

acentuou a má distribuição de riquezas e, por conseguinte, a pobreza.

Sendo a pobreza o vetor-chave do trabalho infantil, é fácil constatar que nas localidades rurais em que ela predomina é farta a oferta da mão de obra de crianças e adolescentes, cuja exploração acaba por ser mais vantajosa ao empreendedor rural. Crianças e adolescentes geralmente recebem menos de que um adulto receberia para executar o mesmo trabalho. Além disso, são mais ágeis e se submetem mais docilmente a trabalhos penosos. Tais características fazem com que exista uma perniciosa preferência do empregador-explorador pela mão de obra infantil, posto que ela garantirá, ao final do ciclo produtivo, maior margem de lucro e preços mais competitivos – resultados definidores do “sucesso” do empreendimento.

No caso específico da cultura do abacaxi na Paraíba, sem que se fuja à regra, sinalizam-se aspectos econômicos determinantes à utilização da mão de obra infantil. Uma agricultura presa a uma estrutura produtiva arcaica, em termos técnicos e organizacionais, resulta em baixa produtividade e precariedade nas relações sociais de produção (POLARI, 2006). Nesse cenário, para que os círculos produtivos do abacaxi paraibano possam se inserir em mercados de grande competitividade, desponta como única alternativa a superexploração da força de trabalho. E é por essa superexploração que acabam atingindo crianças e adolescentes, tão precocemente lançadas às rudes engrenagens produtivas da abacaxicultura.

A exploração de mão de obra infantil se configura, nos cenários mais perversos, como um dos sustentáculos do agronegócio. A partir do momento que se tem o trabalho infantil como peça fundamental da cadeia produtiva no campo, os mais nefastos efeitos socioeconômicos se avolumam: primeiro, pode-se prever o aumento do desemprego, uma vez que os postos de trabalho passam a ser ocupados pelas crianças e adolescentes que trabalham mais por remuneração menor, claro desestímulo à contratação da mão de obra adulta. Ademais, são incalculáveis os prejuízos ao desenvolvimento econômico, posto que se estabeleça um círculo vicioso de trabalho infantil – baixa escolaridade e baixa qualificação – desemprego – pobreza – trabalho infantil. Os prejuízos educacionais, mais especificamente, têm como efeito o aprisionamento de sucessivas gerações a condições socioeconômicas imutáveis, uma vez que podam qualquer possibilidade de ascensão social.

4 UMA ANÁLISE MAIS DETIDA SOBRE A PRODUÇÃO DO ABACAXI E A INSERÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: aspectos sócio-econômicos, culturais e estruturais

O Brasil encaixa-se como o 5º país mais extenso do mundo, tendo sua área

territorial total de 8.514.876 Km² que inclui 55.455 Km² de água e 8.456.510 Km² de terra, ocupando 47% da América do sul, segundo dados do IBGE. Desse montante, excluindo-se os polos urbanos e as áreas preservadas, grande parte do solo é utilizada, historicamente, em sistemas de monocultura de determinado tipo exportador.

Conforme será averiguado, na Paraíba não é diferente. O pequeno agricultor, desprovido de seu meio de trabalho – a terra – acaba tendo de sujeitar-se ao labor exaustivo em grandes lavouras, transformando seu suor em doce de exportação. Nessas regiões chega-se a formar colônias agrícolas (ou colônias de exploração) onde esta torna-se a base de sustentação dos agronegócios, sobrepujando direitos individuais e coletivos, desrespeitando qualquer forma de dignidade da pessoa humana em razão do modelo agrícola de exportação em massa.

Começamos com a escravidão e estamos no auge do analfabetismo, da evasão escolar, da exploração do trabalho rural infanto-juvenil. Por incrível que pareça, grande parte da força motriz que leva os produtos para exportação, sai de brasileiros com idade abaixo da faixa etária permitida por lei.

Os principais agronegócios no sistema de monoculturas instalados atualmente no Estado Paraíba trabalham com grandes lavouras de: Cana-de-açúcar; Algodão; Sisal; Coco-da-Baía; Abacaxi. Quanto a este último fruto – abacaxi – merece o registro de sermos, nos últimos anos, o maior produtor nacional. A Paraíba lidera na produção nacional do abacaxi, colhendo em média 270 milhões de unidades, conforme indicam pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Não seria razoável que tal título viesse do uso de trabalho irregular, com a participação de crianças e adolescentes nas mais árduas tarefas relacionadas ao plantio e cultivo do fruto.

Por tal motivo faremos nossa análise tendo os olhos voltados para o abacaxi cultivado no Estado da Paraíba, servindo de referência para evidenciar a exploração do trabalho infanto-juvenil nos agronegócios como um todo.

4.1 PRODUÇÃO DO ABACAXI NA PARAÍBA

De origem brasileira, o abacaxizeiro (*Ananas comosus L. Merrill*) é uma planta característica de clima tropical, da família das bromeliáceas na qual crescem folhas estreitas, compridas e resistentes, quase sempre rodeadas por espinhos. Produz um fruto saboroso e de aroma intenso, rico em cálcio, potássio, fibras e vitamina C.

O Estado da Paraíba é referência no cultivo do abacaxi, com foco de produção nas cidades de Itapororoca, Santa Rita, Araçagi, Pedras de Fogo e Lagoa de Dentro,

sendo essas as responsáveis pela liderança da Paraíba no cultivo do fruto, contribuindo para deixar o Brasil entre os primeiros produtores no ranking mundial.

Infelizmente, a liderança na produção não é motivo de tanta comemoração, pois, depende da utilização de mão de obra barata, explorada de crianças e adolescentes que veem no cultivo do abacaxi o único meio viável de complementar a renda da família, além de outros fatores como a cultura local, a infraestrutura (ou falta dela) das colônias rurais, falta de interesse político, fatos esse que passamos a decorrer a seguir.

4.2 DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTO-JUVENIL NA CULTURA DO ABACAXI PARAIBANO

Escolhendo o município de Santa Rita (um dos municípios onde há a maior produção nacional) como parâmetro para a caracterização do trabalho infantil na produção do abacaxi, chegamos a dados alarmantes que infelizmente são repetidos em todos os municípios onde há tal produção.

Em pesquisa realizada pela Organização Internacional do Trabalho, em parceria com outras instituições relacionadas ao trabalho do menor, intitulada “O Trabalho Infantil na Cultura do Abacaxi no Município de Santa Rita – PB: um diagnóstico rápido à luz das piores formas do trabalho infantil”, chegamos a triste informação de que nesses locais, o trabalho na lavoura começa entre os oito e quatorze anos, havendo registros de iniciação aos seis anos de idade ou menos. No entanto a faixa etária mais vulnerável à iniciação é entre os dez e doze anos, havendo maior incidência do trabalho de crianças do que de adolescentes.

Nessa idade (dez a doze anos) a criança começa a entrar na adolescência, ganhando certa autonomia, desenvolvendo massa muscular e outros fatores inerentes a essa idade. De posse de tais circunstâncias, o grupo sócio-cultural do qual faz parte, passa a concebê-lo como dotado de capacidades laborais. Principalmente nas classes mais pobres da população, a construção histórica da noção de infância é relacionada ao trabalho como forma de dignificar a pessoa, evitando o processo de marginalização. Desse modo, a criança passa à vida adulta precocemente, ou pelo menos adquire as responsabilidades de tal.

Merece o registro identificado na pesquisa que do espaço amostral estipulado, 68,5% das crianças e adolescentes entrevistados eram afrodescendentes, configurando um recorte racial, advindo desde a época colonial com o cultivo da cana de açúcar que era significativa na região onde hoje é cultivado o abacaxi (Santa Rita, Sapé etc.).

Como a pesquisa foi realizada no município de Santa Rita, área metropolitana

de João Pessoa, resta responder a pergunta sobre o que leva a essas crianças e adolescentes entrar no cansativo e mal remunerado trabalho das lavouras de abacaxi.

4.3 O QUE ATRAI AS CRIANÇAS E OS ADOLESCENTES A TAL TIPO DE TRABALHO?

De posse dos dados numéricos da pesquisa acima referida constata-se que o principal motivo que leva a criança a procurar o trabalho no cultivo do abacaxi são as necessidades financeiras que assolam a grande maioria das famílias que sobrevivem do meio rural.

Devido ao grande número de integrantes, em média de seis a nove, sendo grande parte crianças que não têm idade propícia para o trabalho, as condições de vida das famílias acaba sendo deplorável, com insuficiência financeira para suprir as necessidades básicas. Tendo em vista tais circunstâncias as crianças acabam sendo obrigadas a manter o vínculo de subordinação, trabalhando independentemente ou ajudando seus pais no preparo e cultivo do abacaxi. Nesse meio há sempre alguém disposto a oferecer trabalho a essas crianças, uma vez que a remuneração, quando paga em dinheiro, é bem inferior à devida a um adulto, e na maioria das vezes é paga em outros gêneros (roupas, alimentos etc.).

As formas de remuneração variam entre dinheiro, comida, presentes. Das crianças entrevistadas na pesquisa no município de Santa Rita, 19,4% não recebiam nada, pois trabalhavam para si ou para a família, complementando o trabalho do pai ou da mãe. Verifica-se que existe uma relação significativa entre o trabalho infantil e o tipo de ganho. Das crianças e adolescentes que responderam afirmativamente sobre a percepção de uma remuneração, 92,9% deles recebem-na em dinheiro e mantêm subordinação a um só patrão. O restante a recebe de outra forma (alimentos, vestiários etc.). Importa destacar que se mostra relevante o fato de que essas crianças e adolescentes tenham uma relação de trabalho ou emprego, e que estejam subordinados a um patrão, o que é revelador da exploração a que estão submetidos e da violação dos direitos da criança e do adolescente.

De pronto, conclui-se que na cultura do abacaxi há uma relação de emprego havendo subsunção ao artigo 2º da CLT, caracterizando as crianças e adolescentes como empregados formalmente assalariados, devendo subordinação a um empregador.

Obviamente, não há que se equiparar esse tipo de trabalho ao advindo de um contrato de aprendizagem, uma vez que não atende aos requisitos legais discriminados no artigo 428 da CLT, e chega a opor tal artigo quando este dispõe que o empregador tem

o dever de conceder ao jovem menor de quatorze anos, um trabalho “[...] compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação” (BRASIL, 2011, p. 74). Segundo os dados da pesquisa, não há, por óbvio, esse tipo de relação contratual. O empregador se aproveita da condição e do trabalho de jovens menores de quatorze anos (faixa etária não permitida por lei), sendo esse tipo de relação empregatícia a mais comum entre os jovens empregados na cultura do abacaxi.

Outro fator que condiciona o jovem a trabalhar nos abacaxizeiros é justamente a cultura local que relaciona a iniciação precoce da criança no trabalho árduo como um antídoto à marginalidade.

É comum em todas as partes do Brasil, principalmente nas classes mais pobres, dizer-se: “É melhor trabalhar do que roubar!”. Com essa mentalidade, utiliza-se do trabalho infantil de forma desregrada, sem conferir nenhuma chance de perspectivas melhores para nossos jovens, contribuindo sim, para a marginalização e para a manutenção da massa de mão de obra barata que garante grandes vultos de exportação.

Aliado a esse problema, adentramos em outro de igual gravidade que é a falta de políticas públicas eficazes que retire a criança da lavoura e a coloque em seu lugar de direito. Faltam espaços lúdicos que proporcionem, ao menos, a capacidade imaginável de sonhar com um futuro melhor. Falta educação de qualidade, a criança da zona rural não tem acesso a escolas bem estruturadas (quando há escola), não há incentivo. Enfim, a infância é perdida pelo trabalho e a adolescência não vê outra expectativa senão a de inserir-se no meio laboral que o oportuniza.

Resultado disso são os índices de reprovação e de evasão escolar. No município de Santa Rita, das crianças e adolescentes que trabalham com o abacaxi, 79,6% estudam e 20,4% responderam que não estudam. Do percentual dos que estudam, verifica-se uma defasagem escolar de um a oito anos, predominando quatro anos de defasagem. Desses, 65,1% já foram reprovados comprovando o quão é onerosa a inserção precoce no trabalho. Isso significa que o trabalho infantil na cultura do abacaxi atrapalha o processo de escolarização, fazendo com que haja altos índices de reprovação escolar. Há que considerar também, como dito acima, a falta de estrutura escolar que não ajuda essas crianças e adolescentes “adultizados” precocemente a encontrarem no modelo de escola a que têm acesso, o acolhimento de que necessitam para progredir nos estudos.

Dessa forma, fecha-se o ciclo onde a má condição financeira das famílias junta-se com a oferta barata de emprego e a falta de estrutura educacional voltada para o

menor, vivente na zona rural.

4.4 PERSPECTIVA DE FUTURO

Um fato nos chamou atenção sobre as perspectivas dos jovens que trabalham nos abacaxizeiros. Verificou-se que dentre outras ocupações que pretendem ter no futuro, percentual relevante optou por profissões relacionadas às atividades agrícolas: 11% desejam ser motorista/tratoreiro; 6,5% desejam ser trabalhador; 3,7% querem ser agricultor.

Dos que escolheram outras ocupações, 73,1% afirmaram que o meio de atingir as expectativas para um futuro melhor é através do estudo. Verifica-se o papel importante que a escola exerce sobre esse grupo, possibilitando a concretização de seus desejos.

4.5 CONDIÇÕES DE TRABALHO

A pesquisa revela que as crianças trabalham em média de quatro a cinco dias, representando 72% dos entrevistados, já outros trabalham de seis a sete dias. Constatou-se que 99,1% trabalham no turno diurno. Apesar de baixo o índice, merece ser relevante, pois, 0,9% deles trabalham no horário da noite, estando sujeitos a vários males à sua saúde, comprometendo o rendimento psíquico, além do fato de estarem vulneráveis aos perigos inerentes ao horário. A nossa Constituição Federal proíbe tal prática, velando em seu artigo 7º, inciso XXXIII a proibição de trabalho noturno a menores de dezoito anos. O estatuto da criança e do adolescente faz a mesma proibição legal sobre o horário noturno, em seu artigo 67, parágrafo 1º.

Infelizmente, os dados sobre a jornada na cultura do abacaxi são ainda mais significativos quando se constata as horas trabalhadas. A maioria, 64,8%, trabalha entre nove e doze horas diárias. Fazendo-se a distribuição etária nesse horário, verificamos que das crianças entre onze e quatorze anos, 53,3% trabalham nesse expediente, dos adolescentes de quinze a dezesseis anos, 73,3% têm essa jornada e dos adolescentes de dezessete a dezoito anos, 72,2% o fazem. Além desse fato, temos conta que a maioria desses trabalhadores acorda entre quatro e seis horas da manhã, dormindo muito pouco, fato que também atrapalha o desenvolvimento psíquico da criança.

Daí, complementam-se as violações. Conceder trabalho a menores não é o estopim do abuso cometido pelos grandes exportadores de abacaxi. Submetê-los a tal jornada, bem superior ao que determina as legislações trabalhistas para o adulto é um

afronte às condições humanas.

Além de todos esses fatores, levemos em consideração os riscos da atividade, uma vez que as crianças estão em constante contato com agentes químicos e com máquinas e instrumentos de trabalho considerados perigosos. Se não bastasse, a atividade também prejudica o desenvolvimento físico das crianças, uma vez que seu trabalho consiste em atividades pesadas como carregar e descarregar caminhão, fazer a colheita do abacaxi, (que é rodeado de espinhos), capinar, manusear agrotóxicos, dentre outras atividades penosas, insalubres ou perigosas.

Os danos são os decorrentes de qualquer atividade agrária, não sendo minimizados em nada quando comparados aos de um adulto. Pelo contrário, agrava-se por se tratar de indivíduos sem o completo desenvolvimento biológico. Daí a principal reclamação das crianças ao final do dia de trabalho: dores no corpo, cansaço, sono, etc.

A convenção 182 da OIT estipula as irregularidades em relação às formas de trabalho infantil, em seu artigo 3º, configurando como tal a alínea “d”, que dispõe que as piores formas de trabalho infantil abrangem: “d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças” (OIT, Convenção Nº 186, 2000, art. 3º). Percebemos aqui que o trabalho no cultivo do abacaxi encaixa-se como uma das piores formas de exploração do trabalho infanto-juvenil.

Portanto, está configurada a grave violação aos direitos da criança e do adolescente, além do mais aqui, há grave desrespeito aos direitos humanos e, de forma mais objetiva e atenta aos diplomas emanados do seio da sociedade brasileira, há afronte à vigente Constituição Federal, à Consolidação das leis do Trabalho e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, além da Lei Penal. Usando de uma linguagem bem popular e dita por muitos quando indagados sobre os direitos que lhes eram conferidos no cultivo do abacaxi, repetimos : “ – Aqui é uma terra sem lei, moço!”.

4.6 INEFICÁCIA DOS PROGRAMAS SOCIAIS

Os programas assistenciais do Governo Federal, a exemplo do Bolsa Família, Pro Jovem e outros do gênero, não se configuram como políticas públicas com o intuito direto de erradicar o trabalho infantil, mas sim, há a intenção de complementar a renda das famílias para que a criança não necessite deixar as atividades escolares para ter que procurar emprego. De toda sorte, não há efeito algum sobre as crianças representadas na cultura do abacaxi. Segundo os dados da pesquisa, 43,5% dos entrevistados participam

de programas como os acima citados. Da análise desses dados, percebemos que tais programas não possuem eficácia contra o trabalho infantil. Era de se esperar que o fato de estar na escola e receber um auxílio do Governo impedisse que a criança tivesse a necessidade de contribuir financeiramente com o sustento do lar através de seu trabalho.

No entanto, na nossa análise a partir do trabalho infantil no abacaxi, percebemos que isso não é verdade. Apenas “dar dinheiro” não revolve a questão do trabalho precoce a que estão submetidos tais crianças e adolescentes. Os dados revelam ainda que a maior concentração de trabalhadores é justamente neste grupo de famílias beneficiadas pelos programas.

O Estado como garantidor do bem estar social deve promover políticas públicas que possibilitem a inserção do menor na educação, com possibilidades plausíveis de terem formação de qualidade. O remédio encontrado até agora, como pudemos perceber não vem tendo eficácia, pois as lavouras estão sendo a única opção possível para a sobrevivência das famílias.

Utilizamos a cultura do abacaxi como modelo, sendo os resultados daqui obtidos inteiramente ligados a qualquer outra forma de grandes agroempreendimentos no Brasil, a exemplo da cana-de-açúcar, da farinha de mandioca, etc. A mão-de-obra ágil e barata das crianças e adolescentes proporciona grandes índices de exportação das nossas colheitas, motivo de orgulho para alguns. Estamos de parabéns? Talvez essa não seja a palavra correta a ser usada após sabermos tamanhas atrocidades e desrespeito cometidos contra crianças em estado de vulnerabilidade.

Dessa forma, liderar a produção e somar milhões em exportações acaba tornando-se fácil. Cabendo o trocadilho consagrado pela expressão popular: “é tão fácil quanto roubar doce das mãos de criança”.

5 RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR DE MÃO-DE-OBRA INFANTIL: aspectos gerais.

O ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente em relação às proteções trabalhistas passou por um concentrado processo de evolução, principalmente com o advento da década de 30, na política trabalhista de Vargas, influenciado pelo modelo corporativista italiano. Com esse avanço, a proteção ao trabalho infantil ganhou especial destaque nos novos diplomas legislativos, a exemplo do Decreto nº 22.042 do presidente Getúlio Vargas, onde se fixava em 14 anos a idade mínima para o trabalho nas fábricas.

Com o decorrer dos anos a legislação pátria sobre a proteção do menor

ganhou novos contornos. Em 1943, toda a legislação trabalhista foi organizada em um só compendio, trazendo à vigência, portanto, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nesta, ratificou-se a idade mínima para o trabalho, sendo aos quatorze anos. Tal diploma cuida de normas de tutela e proteção ao trabalho infanto-juvenil nos artigos 402 a 441.

Já sob a égide da Constituição Cidadã de 1988, que também traz diversos dispositivos sobre o tema, a proteção ao menor culmina com uma moldura específica instituída pela Lei nº 8.069 de 1990. Publica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo vários institutos de proteção às formas de exploração do menor.

Iremos nos ater nesse tópico, a estudar as formas de incidência na responsabilização do empregador, parte hipersuficiente na relação, em caráter penal e em caráter cívico-trabalhista, tendo como fonte os ilícitos trabalhistas cometidos, conforme discorreremos durante todo este trabalho.

5.1 RESPONSABILIZAÇÃO NO CÓDIGO PENAL

O diploma referência na conceituação jurídica de um ordenamento pátrio – logicamente fazendo parte de um todo sistematizado e interdisciplinar – é, sem dúvidas, o Código Penal. Nele resguardam-se os bens jurídicos mais importantes para a harmonia do seio social. Nos dizeres do penalista Greco (2010, p.22) “a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”. Ainda o mesmo autor, citando Prado (1996, p. 02) aduz que “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”.

Dessa forma, como não poderia deixar de ser o Código Penal tratou de proteger através de seu arcabouço normativo e nas legislações especiais que lhe dão complemento, as condutas consideradas inaceitáveis e das mais repugnadas e prejudiciais à sociedade.

No atual diploma, temos vários artigos destinados a criminalizar as condutas relacionadas à exploração do trabalho infantil. Além dessas, o artigo 12 do mesmo Código estende à legislação especial, as suas regras gerais.

Descreveremos, de forma esquemática, a aplicação desse regramento que visa coibir o poderio exaustivo sobre na exploração do trabalho infantil.

5.1.1 Frustração de direito assegurado por lei trabalhista (Art. 203 do Código Penal)

Art. 203. Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

Pena – detenção, de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”.

§1º (...) *Omissis*

§2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. (BRASIL, 2011, p. 357)

Parte do Título IV que trata dos crimes contra a organização do trabalho, este artigo tem por escopo proteger a legislação trabalhista, configurando crime, sua infringência.

Como detido no decorrer deste trabalho, a legislação trabalhista proíbe o trabalho para menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze (art. 403, CLT; art. 7º, XXXIII, CF/88; art. 60, ECA).

Urgindo-se da presente análise na cultura do abacaxi, percebemos que os agronegócios (mais detidamente no nordeste) utilizam da mão de obra infantil, explorando-a e se beneficiando com o labor de menores. De forma nenhuma, enquadra-se em qualquer das hipóteses legais de trabalho do menor. Nesses casos, há o desrespeito à legislação trabalhista, incidindo no fato típico descrito no artigo sob análise.

Portanto, cabe aos órgãos de fiscalização fazer cumprir as exigências legais, punindo o infrator com a pena correspondente, aumentada na proporção prevista nos parágrafos do artigo citado.

5.1.2 Maus tratos (Art. 136 do Código Penal)

Art. 136. Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena – detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

(...) – *Omissis*

§3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menos de quatorze anos. (BRASIL, 2011, p. 351).

Percebe-se que, a exploração do trabalhador menor, na forma utilizada pelos agronegócios, configura maus-tratos.

A partir do momento em que o empregador assume um empregado menor de idade (como visto, a partir da análise dos abacaxizeiros, a maioria desses trabalhadores têm idades que requerem cuidados especiais – crianças de dez a doze anos), sob sua

subordinação e vigilância, trazendo, na maioria das vezes, as famílias para sua propriedade rural, transpondo o permissivo legal, incide em maus-tratos ao utilizar desse tipo de trabalho, que como vimos é em condições subumanas. Daí a tipificação penal, ainda, com a causa de aumento de pena, na proporção indicada no §3º.

5.1.3 Redução a condição análoga à de escravo (Art. 149 do Código Penal)

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

(...) – *Omissis*

§2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - Contra a criança ou adolescente;

II – *Omissis* (BRASIL, 2011, p. 352)

Como se depreende da análise do transcrito artigo, podemos configurar o uso da mão-de-obra infantil, principalmente nas condições dispostas sob análise do presente trabalho, como sendo uma situação análoga ao trabalho escravo. Como arremata tal artigo, submeter o trabalhador a condições degradantes de trabalho, em jornada exaustiva, como esquematizamos aqui, é crime, tendo como sanção a pena de reclusão de dois a oito anos e multa. Aplica-se no caso, tema de nossa discussão, o disposto em seu parágrafo segundo, aumentando a pena pela metade.

É evidente o cometimento do fato típico, antijurídico e culpável, pelos empregadores que relatamos no presente trabalho.

5.1.4 Abuso de incapazes (Art. 173 do Código Penal)

Art.173. Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro.

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa. (BRASIL, 2011, p. 355)

Na análise detida do Código Penal, percebe-se que o legislador preocupou-se em regradar as atividades plausíveis para os menores. De porte desse fato, o artigo em comento dispõe sobre o uso da mão de obra infantil, utilizando-se, no caso, da inexperiência e da própria necessidade a que estão submetidas essas crianças e adolescente em condições já comentadas nesse trabalho.

Dessa forma, abusar de tal circunstância visando única e exclusivamente, força

motriz para sustentar exportações, configura crime. O efeito jurídico produzido, nesse caso, seria o contrato de trabalho, manipulado em proveito da lucratividade do empregador, havendo plena subsunção ao fato típico.

5.2 DESAPROPRIAÇÃO COMO FORMA DE RESPONSABILIZAR EMPREGADOR PELOS DANOS CAUSADOS ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES

Um dos princípios regentes da atual Constituição Federal de 1988 e que é também conhecido como princípio constitucional do trabalho é o da função social da propriedade, o qual recorre a outros princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana e o da justiça social para buscar seu conceito. Ele está descrito explicitamente no art. 170 da Carta Magna, a qual o coloca como sendo princípio geral da ordem econômica. Neste princípio, fica ainda mais evidente a propriedade como instrumento de realização do bem-estar comum, cumpridora de seu papel econômico e social. Ele a coloca não só como um direito individual do proprietário a tê-la, mas impõe regras para o direito individual seja assegurado sem que, com isso, fira os interesses coletivos.

Voltado para as questões do trabalho infantil no campo, tema central do presente trabalho, o artigo 186 da lei federal suprema elenca os critérios e graus de exigência que devem ser atendidos simultaneamente para que a propriedade rural seja considerada produtiva e cumpra sua função social, evitando, assim, a desapropriação. São eles: aproveitamento racional e adequado da propriedade, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Conforme já foi explicitado, o trabalho infantil em condições análogas a escravidão pode constituir situação agravante da penalização imposta aos empregadores que reduzem seus trabalhadores a situações degradantes. Além disso, a submissão de crianças e adolescentes a empregadores produtores rurais que não propiciam amplas condições de trabalho dignas intensifica ainda mais a conjuntura por constituir um tipo de trabalho proibido por lei. Com isso, torna-se cabível a desapropriação como forma de sanção ao empregador rural que mantém menores em condições análogas a de escravo, ferindo a função social da propriedade.

5.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DE MÃO DE OBRA INFANTIL

Entre os estudiosos do Direito Civil é ampla a concordância de que o dano é preexistente à responsabilidade civil. Portanto, para que alguém tenha responsabilidade civil é imprescindível que este cause algum dano a terceiro. Sendo assim, é extremamente necessário, antes de começar a explanar o assunto em questão, conceituarmos o dano.

Com absoluta propriedade acerca do tema, Maria Helena Diniz coloca o dano como “a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” (DINIZ, 2004, p.66). Ainda mais sucinto é Venosa (2004, p. 33) ao conceituar o dano de uma forma geral como sendo o prejuízo sofrido pelo agente, além de colocá-lo como indenizável apenas quando houver lesão a um interesse .

No caso em comento, os danos causados na utilização de mão de obra infantil na execução de trabalhos pesados são os mais diversos, destacando-se pela doutrina aqueles de ordem moral e material. Este – dano material - muitas vezes, também é colocado como dano patrimonial e, segundo Alice Monteiro de Barros (2011, p. 511), é:

aquele que implica lesão aos bens materiais de alguém, sujeitos à avaliação econômica. Compreende o dano emergente traduzido pelos gastos feitos pela vítima que deverão ser ressarcidos pelo autor do dano e o lucro cessante constituído de vantagens que a vítima deixou de auferir durante certo período em virtude do dano.

Portanto, pela apreciação dos conceitos trazidos por estimados doutrinadores, chegamos à conclusão de que os danos, de ordem moral e material (estes últimos de natureza cívico-trabalhista), são devidos às crianças e adolescentes, incidindo em ato ilícito os empregadores que exploram tal tipo de trabalho. De toda sorte, passemos a analisar pormenorizadamente tais infrações, tendo por base as condutas aquinhoadas no decorrer do presente artigo.

5.3.1 Dos danos morais causados à criança e ao adolescente

Conforme foi exposto ao longo do trabalho, ao se submeter precocemente a trabalhos árduos, muitas vezes em situações precárias, seja em atividades agrícolas, comerciais ou industriais, o menor fica exposto a riscos salutarres, problemas educacionais e danos psicológicos de difícil reparação. Com a prematura entrada no

mercado de trabalho, a criança é impedida de desfrutar da infância, de frequentar a escola e tem interrompido seu desenvolvimento e formação.

O Código Civil, em seu art. 186, enquadra como praticantes de atos ilícitos aqueles que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. É notória a ilicitude cometida pelos empregadores aqui discutidos, uma vez que violam a legislação trabalhista e a própria Constituição Federal e demais tratados internacionais correlatos, causando, como vimos e como é de se imaginar por óbvio, danos aos menos apossados da relação.

O dano de soma extrapatrimonial, especificamente o dano moral possui caracterização vasta na doutrina, sendo mais comum conceituá-la como:

o ato ilícito praticado contra os direitos personalíssimos, a afronta a dignidade da pessoa humana, bem como a apuração de sensações e emoções negativas tais como a angústia, o sofrimento, a dor, a humilhação, sentimentos estes que não podem ser confundidos com o mero dissabor, aborrecimento, que fazem parte da normalidade¹(CAVALIERI FILHO, 2006, p. 105).

Não necessita tanta fundamentação teórica para saber que as atividades em atividades laborais descritas dentre as piores formas de trabalho pela Organização Internacional do Trabalho – OIT em suas convenções, as quais o Brasil é signatário causam dano irreparáveis. Sendo assim, aquele que emprega mão de obra infantil, está infringindo a lei por se tratar de uma ação causadora de danos ao menor.

Por se tratar de ato ilícito, o referido código civilista brasileiro na parte que tange as responsabilidades civis, mais especificamente em seu artigo 927, diz que é dever daquele que causar o dano a outrem, repará-lo e indenizá-lo.

Passemos a analisar os danos materiais, de natureza cívico-trabalhista, que o empregador em comento deve àqueles, ilegalmente, sob sua subordinação. Vejamos.

5.3.2 Dos danos materiais causados ao menor

Em relação aos danos patrimoniais de natureza cívico-trabalhista, cumpre esclarecer que os valores devidos a título de dano material são as verbas equivalentes às auferidas por qualquer trabalhador em condições normais de contratação.

Dissemos que as condições em que o trabalhador infantil labora no cultivo do abacaxi, eram bem afastadas do permissivo legal, havendo exploração e em excesso (frise-se a redundância). Dessa forma, com base no que dispõe a lei trabalhista, deve-se fazer os cálculos referentes a cada caso concreto, a cada trabalhador atingido pela falta

¹Entendimento esposado pelo ilustre desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

de bom senso dos empregadores.

Diniz (2004, p. 70) conceitua o dano material como uma:

(...) lesão concreta , que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável

Aqui, relatamos o dano material como o valor devido, enquanto verbas trabalhistas, ao empregado, como se regularizado fosse. A natureza das atividades, conforme decorremos nesse trabalho, são estabelecidas por inúmeras irregularidades como a incapacidade do agente em assinar o contrato, além da própria essencialidade das atividades desenvolvidas. Nesse tipo de atividade laborativa, o vínculo será anulável e o empregado receberá as verbas indenizatórias a ele cabíveis, em cada situação, incidindo aí o dano material devido.

Dessa forma, a relação trabalhista, nas condições aqui estudadas, será passível de nulidade, garantindo-se ao menor todas as verbas rescisórias. Numa análise bem superficial, vemos os seguintes danos materiais devidos: horas-extras; férias; décimo terceiro; repouso semanal remunerado; além de várias outras.

Portanto, configura-se a incidência dos danos materiais, devendo, como dito, ser analisado cada caso concreto, fazendo-se o empregador responder por tais indenizações.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De porte no presente artigo chegamos à constatação de que, infelizmente, os grandes índices de exportação de gêneros agrícolas no Brasil, e mais especificamente, nas culturas regionais implementadas no nordeste, são mantidos sob custódia de formas desumanas de trabalho, onde submetem crianças e adolescentes aos mais árduos serviços nas lavouras. Constata-se que tais trabalhadores, são privados de seu normal desenvolvimento, sofrendo danos irreparáveis, tendo tal tipo de relação laboral, como meio que o oportuniza.

Portanto, devemos as primeiras posições no ranking mundial de produção de gêneros agrícolas ao suor de trabalhadores infante-juvenis, explorados mediante exacerbação de suas atividades, o que não é motivo para orgulho.

De tal forma, percebemos que há ingerência e falta de fiscalização do poder público perante as propriedades rurais, não havendo outro meio para a criança e o

adolescente criado sob tais condições, aspirar um futuro promissor. A legislação que proíbe tais agressões é vasta, no entanto falta pô-las em execução.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Maria de Fátima Pereira (Coord.). **O trabalho infantil na cultura do abacaxi no município de Santa Rita – PB: um diagnóstico rápido à luz das piores formas do trabalho infantil no Brasil**. Brasília: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum: acadêmico de Direito**. 11. ed. São Paulo: Ridel, 2011.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Mapa de indicadores do trabalho da criança e do adolescente. 3. ed. Brasília: MTE, SIT, 2005.

CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de. **Algumas lições do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil**. São Paulo: Perspectiva, v. 18, n. 4, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil I**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 17.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Brasil). **Convenção 182 da OIT**. Dispõe sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/ipec/download/conv_182.pdf>. Acessado em: 19.09.2012.

Organização Internacional do Trabalho (Brasil). Combatendo o trabalho infantil : Guia para educadores / IPEC. – Brasília : OIT, 2001. : il. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/ipec/pub/caderno1_330.pdf>. Acesso

em 19/09/2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (Brasil). Orientações **Políticas e Práticas – Eliminação do trabalho infantil perigoso na agricultura**. Guia 3. Disponível em <<http://www.andi.org.br/sites/default/files/legislacao/Agricultura02.pdf>>. Acesso em 19/09/2012.

POLARI, Rômulo Soares. **O trabalho infantil na cultura do abacaxi no município de Santa Rita – PB**: um diagnóstico rápido à luz das piores formas do trabalho infantil no Brasil. Brasília: OIT – Secretaria Internacional do Trabalho, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil IV**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SOLDADINHOS DE CHUMBO: as crianças armadas no Rio de Janeiro

Vanessa Audrey Alves

Acadêmica de Direito – UFPB. Extensionista no grupo “Acesso a Jurisdição Interamericana de Direitos Humanos: graves violações na grande João Pessoa”.
e-mail: vanessa_audrey@hotmail.com

Rodrigo Lucas Carneiro Santos

Acadêmico de Direito - UNIPÊ. Monitor e pesquisador bolsista na instituição.
e-mail: rodrigo.lucas@outlook.com

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo debater a respeito de uma das piores formas de trabalho infantil, que no caso é o trabalho armado de criança no tráfico de drogas, aqui com enfoque na cidade do Rio de Janeiro. Essa forma de trabalho das crianças é uma grave violação aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, pois essas crianças e adolescentes vivem precariamente e sofrem cotidianamente atentados à sua dignidade. Diante desse cenário, buscar-se-á analisar as normas do direito interno brasileiro e as normas internacionais atinentes à matéria, ressaltando-se, desde já, que este subtema ainda é uma área de estudo pouco explorada, mesmo levando em consideração que o trabalho do menor tem uma vasta doutrina. Dessa forma, este texto procura trazer uma pequena contribuição ao pensamento dos juristas acerca de tão importantes questões, uma vez que coibir a utilização de crianças por gangues e lhes garantir o livre desenvolvimento da personalidade, é caminhar para a concretização da Constituição Federal e respeitar sua força normativa.

Palavras-chave: Trabalho armado infantil. Vida precária. Dignidade humana. Direito constitucional. Direito internacional. Livre desenvolvimento da personalidade.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho armado infantil é um dos mais graves problemas enfrentados nas favelas do Rio de Janeiro, onde grupos criminosos dominam parcelas do território e remuneram jovens menores de 18 anos para atuarem como verdadeiros soldados do tráfico, protegendo “bocas de fumo” e inibindo a atuação estatal no local. A precariedade da vida e o atentado à dignidade da pessoa humana são marcantes em uma situação na qual o direito de brincar e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade são suplantados pela miséria e a falta de chances.

Contudo, imperioso destacar que este não é um problema tão somente localizado no município do Rio de Janeiro, todavia, toma proporções muito maiores. Trata-se mesmo de uma questão nacional, tendo em vista a utilização maciça de crianças armadas pelo crime organizado, que, por sua vez, domina áreas nas quais o Estado está ausente, com serviços públicos precários ou inexistentes.

Esses jovens do tráfico são submetidos a graves danos físicos e mentais,

decorrentes da atividade “paramilitar”, e tal situação é muitas vezes ocasionada pelo desemprego dos pais, carência de alimentos em casa, falta de oportunidades e perspectivas para almejar bons empregos no futuro.

Dessa forma, este artigo procura desenvolver uma pouco explorada problemática jurídica a partir da perspectiva da Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil (número 182), de 1999, adotada pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, a qual, em seu artigo 3º, traz um rol que inclui: recrutamento forçado ou compulsório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; utilização de crianças em atividades ilícitas, particularmente, para tráfico de entorpecentes, conforme definidos nos tratados internacionais sobre o assunto; e trabalhos que, pelas circunstâncias, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

Ademais, também serão analisadas as legislações pátrias que representam um sistema de defesa aos direitos da criança e do adolescente, partindo da Constituição Federal de 1988, até o relativamente recente Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8069/90).

A escolha do objeto deste trabalho – as crianças armadas no Rio de Janeiro – justifica-se, primeiramente, porque para erradicar esta forma de trabalho é preciso saber quais são as características da mesma, o local e o ambiente em que acontece, e as consequências na formação da personalidade das crianças. E aqui se entenda por criança aquela pessoa menor de 18 anos, em consonância com o artigo 2º da Convenção nº 182, da OIT. Já a escolha específica pelo Rio de Janeiro se deu em função da grande exposição midiática da cidade em função de problemas desse gênero. Assim, partindo desse recorte, é possível estudar e criar soluções para outras regiões do país.

Dentro desse cenário, o objetivo geral é abordar uma grave violação aos direitos humanos e fundamentais, bem como aos direitos da criança e do adolescente, e ainda contribuir para melhorar a compreensão dos juristas acerca dessas questões. Como objetivo específico, a proposta é verificar a situação no Rio de Janeiro e o arcabouço jurídico brasileiro e internacional atinente ao trabalho armado infantil, procurando demonstrar que ainda existe um longo caminho a ser percorrido para eliminar a utilização da mão-de-obra de crianças, principalmente nos casos de atividades perigosas, o que exigirá sérias políticas públicas direcionadas à inclusão social.

Para um melhor desenvolvimento da matéria, optou-se por dividir metodologicamente o texto da seguinte maneira: (i) A precariedade da vida e uma das piores formas de trabalho infantil nas favelas cariocas; (ii) A dignidade ferida; (iii) O direito constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade; (iv) Trabalho armado infantil e

as normas de direito local e internacional .

2 A PRECARIIDADE DA VIDA E UMA DAS PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL NAS FAVELAS CARIOCAS

O trabalho infantil é um problema antigo e não está restrito apenas aos países pobres e em desenvolvimento, mas também está presente em nações industrializadas e economicamente pujantes. A utilização de crianças como força de trabalho se dá pelos baixos custos com remuneração, e, no caso do crime organizado no Brasil, da impotência do Estado em fornecer uma educação de qualidade para prevenir a adesão às gangues, além da falta de punições adequadas aos menores transgressores da lei, para quais apenas é cabível medida de segurança, e mesmo estas de forma bastante frágil.

Dessa forma, proliferou-se, nas favelas do Rio de Janeiro, o recrutamento de crianças visando torná-las soldados do tráfico, o que por certo é maléfico ao desenvolvimento delas como seres humanos, pois o manejo de armas de fogo, o tráfico de entorpecentes e o confronto com os “inimigos”, prejudicam de maneira indelével a vida das mesmas, já que lhes é negado o direito de ser criança, como época de formação da personalidade. Para Romero (2002, p. 13), trabalho infantil pode ser definido como aquela:

atividade realizada por uma criança, que não seja educativa, formativa, ou lúdica, equivalendo-se esta a uma atividade econômica, e impedindo a adequada frequência à escola, a convivência da criança com seus pares, ou por qualquer maneira constringendo seu adequado desenvolvimento biopsicossocial.

É precisamente nas comunidades cariocas de baixa renda, onde a pobreza e a miséria atingem altos níveis, que as crianças abandonam os brinquedos e a escola, ingressando nos grupos criminosos, numa óbvia condição degradante e precária, onde são expostas a graves riscos. Ser um “soldadinho” do tráfico constitui, certamente, hipótese enquadrada como uma das piores formas de trabalho infantil, consoante preceitua o artigo 3º da Convenção nº 182 da OIT (2000), que em sua alínea “c” condena a “utilização, procura e oferta de crianças para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de drogas conforme definidos nos tratados internacionais”.

No Rio de Janeiro, apesar do termo “crianças soldado” não se enquadrar precisamente, as crianças ligadas ao tráfico enfrentam situações semelhantes às de guerra, participando da guerra da criminalidade ou guerra do tráfico. É complexa a realidade dessas crianças², menores de 18 anos, envolvidos com organizações

² Entendimento esposado pelo ilustre desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro menor de 18 (dezoito)

criminosas ligadas ao narcotráfico. Com base nisso, é conveniente saber o que são crianças-soldado para a UNICEF, até para posteriormente deduzir pontos de contato e pontos divergentes entre os conceitos de crianças-soldado e de trabalho armado de crianças. Nesse sentido, criança-soldado, para a organização internacional supracitada, é qualquer criança (do sexo masculino ou feminino), com menos de 18 anos, que faça parte, em quaisquer condições, de qualquer espécie de grupo ou força armada, regular ou irregular (SULLIVAN, 2008).

Consoante os ensinamentos do Major Bryan D. Watson (2008), juiz militar da Força Aérea dos Estados Unidos, o processo delituoso de armar crianças envolve abusos e brutalidades, de maneira a torná-las agressivas e dependentes da organização criminosa, estigmatizando-as com a prática de assassinatos, roubos e latrocínios, e as deixando aptas a realizar perigosas missões. O efeito decorrente são múltiplos traumas e um desenvolvimento social deveras prejudicado.

Fonseca Júnior alerta para o “fato de um país não estar envolvido em conflitos armados não significa, necessariamente, que esteja livre do recrutamento de crianças para servirem como combatentes”. As favelas cariocas são locais onde crianças estão envolvidas com grande violência, podendo ser considerada uma zona de tensão, na qual são altíssimos os números das pessoas que morrem por balas perdidas provenientes do confronto de facções entre si, e/ou destas com a polícia. Embora esses grupos não tenham uma orientação política, Dowdney (*apud* SULLIVAN, 2008) esclarece que “as facções de narcotraficantes do Rio representam uma presença paramilitar ostensivamente armada e territorialmente definida na maior parte das favelas da cidade”.

É possível constatar muitas semelhanças entre as crianças soldados (envolvidas em um ambiente de guerra *stricto sensu*) e os adolescentes que trabalham para as facções de traficantes do Rio. Sullivan (2008) elenca: 1) recrutamento voluntário; 2) uso de armas; 3) participação em confrontos armados. São milhares de crianças portando e utilizando armas e praticando os mais diversos crimes. No entanto, vale a pena ressaltar que elas somente entram para o mundo do crime porque existe uma sociedade adulta que utiliza seus serviços de baixo custo. Os traficantes de drogas patrocinam o ilícito, recrutando as crianças como ‘meninos de recado’, entregadores, revendedores de mercadorias roubadas, entre outras funções, e tudo a um preço

anos de idade. Contudo, no Brasil, existe diferença entre a capacidade jurídica do menor de 14 (quatorze) anos, que é absolutamente incapaz, e do jovem entre os 16 (dezesesseis) anos e os 18 (dezoito) anos incompletos, que é relativamente incapaz, ou seja, existem efeitos jurídicos distintos. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – considera como criança as pessoas até os 12 (doze) anos incompletos, e como adolescentes aqueles entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. A despeito da complexidade do ordenamento brasileiro, o conceito de criança para a Convenção nº 182 abrange o que por aqui é considerado criança ou adolescente. Este artigo optou por utilizar o termo criança para todo aquele com idade inferior aos 18 (dezoito) anos.

insignificante. Dessa maneira, os adultos garantem sua impunidade, utilizando-se de estratégias que envolvem, por exemplo, o assumir da autoria de crimes pelos menores, uma vez que para os atos infracionais praticados por crianças e adolescentes não se comina pena, mas, doutra forma, aplicam-se medidas socioeducativas (SANTOS; SILVEIRA, 2007).

Contudo, é preciso salientar que o processo de recrutamento é, na maioria das vezes, voluntário, com as crianças não sendo procuradas pelo tráfico, mas optando por entrar, sendo aceitas pelas organizações por diversos motivos, entre eles: a) a noção de criança pelos chefes criminosos é baseada pelo “preparo”, pela “responsabilidade pessoal aparente”, e pela “mente maldosa”, e não por critérios de idade; b) muitos dos traficantes adultos entraram no grupo quando ainda eram muito jovens; c) as crianças são consideradas bastante competentes em várias tarefas, às vezes até mais do que os adultos, além do fato de terem uma remuneração menor e de serem mantidas sob medida socioeducativa por tempo muito menor do que o cumprimento de uma pena, podendo retornar às suas funções (DOWDNE, 2003).

Corroborando a ideia acima, ressalta Fonseca Júnior que o recrutamento voluntário é motivado por uma série de fatores:

[...] como razões econômicas e culturais, a procura por segurança física, suas crenças ou convicções, entre outros. Sendo este um dos recrutamentos que mais preocupam os defensores dos Direitos Humanos, pois, quando a criança se oferece para a luta, sua possibilidade de deixar a força ou grupo armado é bastante improvável. [...] Com bastante frequência ocorre o engajamento em grupos armados como meio de fuga de violência doméstica ou humilhações na comunidade.

A pesquisadora Silvia Ramos (2011), em seu texto “Trajetórias no tráfico”, coleciona alguns importantes resultados de pesquisas qualitativas e quantitativas, os quais ajudam a entender as reais motivações da entrada dos jovens para o crime³. Na pesquisa de campo realizada pela mesma, foram levantadas as razões mais frequentes

³ Silvia Ramos (2011) traz uma série de entrevistas. São algumas das repostas que recebeu: “*Eu acredito que eu entrei por safadeza. Nem sei explicar..., minha mãe criou sete filhos sozinha, mas nunca deixou faltar nada em casa*” (Mário, ex-traficante do Complexo do Alemão); “*Todos os adolescentes são candidatos (a entrar para o crime). Eu olho no baile funk a exibição dos fuzis e me vejo na minha adolescência na Inglaterra. Eu era um daqueles meninos, queria ser aceito, entrar para a turma, queria atrair as meninas*” (Damian Platt, pesquisador e escritor); “*Na favela, não existe a possibilidade de ser jovem e não ter contato com o tráfico. Você pode não ter diretamente, mas seu amigo tem, seu primo tem, seu irmão tem. A boca de fumo é um espaço de socialização obrigatória. Precisa ver como vai se relacionar com isso, mas é impossível não ter relação nenhuma*” (Charles Siqueira, produtor cultural e diretor de ONGs de cultura no Morro dos Prazeres); “*Muitas pessoas da classe alta, tipo assim Zona Sul, eles vão prá favela prá curtir. As patricinhas descem do condomínio luxuoso, vão prá favelas e olha o vagabundo sem camisa, com a arma, todo suado, fedendo, aí diz ‘é o príncipe dos meus sonhos’*” (Jovem de projeto social); “*O menino não tem nada, onde cair morto, mas sabe quantas mulheres ele tem? Quantas ele quiser. Dependendo da arma, mais mulher tem*” (Mãe de adolescente que cumpre medida socioeducativa).

que levam os jovens a entrar em grupos armados ilegais que dominam as favelas; os motivos pelo qual alguns saem e outros ficam; as razões que levam os adolescentes a escolher uma vida arriscada, e que pode levar a um fim rápido e sombrio (cadeia, cadeira de rodas ou cemitério). E as respostas foram: busca de prestígio, poder e dinheiro; fuga de famílias violentas e pais alcoolizados; família desestruturada, ausente; não ter perspectiva de futuro; ter vivido uma situação de injustiça (por parte da polícia, na escola, dos amigos); ter alguém da família envolvido no tráfico.

São diversos os fatores que levam a essa vida precária, entre eles a dominação das comunidades em que vivem por bandos fortemente armados e com poder sobre todas as pessoas; a pobreza que torna normal as crianças trabalharem depois do período da escola; a falta de oportunidades de emprego; oportunidade de ser respeitado e temido; incremento substancial na renda e possibilidade de adquirir bens de consumo de marcas reconhecidas; e a falta de uma estrutura familiar organizada (DOWDNE, 2003).

Percebe-se, pois, que a escolha destes adolescentes, em sua esmagadora maioria, reflete o contexto e o meio em que vivem. Nestes termos, a frequente falta de apoio conduz essas crianças a adentrar no universo da marginalidade, fazendo delas atores de um drama trágico, na qual só existem vítimas, e onde a sobrevivência é duvidosa.

3 A DIGNIDADE FERIDA

Antes de abordar a realidade das vidas precárias dessas crianças armadas e de sua dignidade ferida, é preciso entender o próprio significado do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado no inciso III do artigo 1º da Constituição brasileira de 1988. Valor supremo da ordem jurídica pátria, este princípio é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída como Estado Democrático de Direito. Conforme nos ensina Sarlet (2010, p. 70):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (Grifo do autor)

Entretanto, nas favelas cariocas, as crianças armadas estão longe de ter as

condições existenciais mínimas para uma vida saudável, e menos ainda para participar da vida comunitária. Ali, os conflitos armados entre facções que controlam comunidades distintas costumam resultar em destruição física, humana, moral e cultural. Assim, as crianças não somente são mortas e feridas em número elevado (os que se relacionam com o tráfico possuem baixa expectativa de vida), como crescem privadas das necessidades materiais e afetivas comuns à sua idade.

Atentar contra a dignidade humana da criança constitui verdadeiramente um ato criminoso, que produz frutos amargos e cujas consequências se colhem sempre num futuro não muito distante. É preciso então garantir os direitos fundamentais dos jovens brasileiros, para que possam contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país. É nesse sentido que o jurista alemão Hesse (2008) aduz que “o fim último dos direitos fundamentais é a garantia da dignidade humana”.

Ao comentar sobre esse assunto, Sarlet (2008) afirma que a ordem constitucional brasileira é, antes de qualquer coisa, uma legislação fundamental da pessoa humana, e assim o é porque a legitimidade do poder estatal está baseada, entre outros aspectos, no respeito e na proteção da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, democracia, direitos fundamentais e dignidade estão intimamente conectadas.

Corroborando esse entendimento as observações do professor Canotilho (2003), para quem o sentido de uma República estar baseada na dignidade humana envolve o acolhimento da ideia de *dignitas hominis*, que indica claramente um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, segundo o projeto individual de condução da vida por parte de cada cidadão. Assinala ainda o referido autor que a dignidade exige uma comunidade constitucional inclusiva, onde o Estado incentive o multiculturalismo, com uma pluralidade de ideologias, e isso somente pode ser alcançado através da proteção das crianças, porque elas representam o futuro político da sociedade.

Já nos ensinamentos de Miranda (2000), é possível extrair que a dignidade da pessoa humana é de todos e de cada um, sejam homens, mulheres ou crianças, e apesar das relações comunitárias, ela é individual e universal, pressupondo autonomia vital e autodeterminação da pessoa em relação ao Estado e às outras pessoas.

E é precisamente por ser impossível aferir a dignidade fora das realidades concretas da vida, que se constata a dignidade ferida das crianças armadas nas favelas do Rio de Janeiro. Nesse sentido, Santos e Baracho (2011, p. 255), ao discorrer sobre a eficácia dos direitos sociais, enfatizam:

E dar eficácia aos direitos sociais passa por assegurar o acesso a recursos materiais minimamente essenciais para a manutenção de condições básicas que

caracterizem os indivíduos como seres humanos, de modo que ninguém fique abaixo de um limiar de existência condigna. Dada a essencialidade com que são tratados os direitos fundamentais, entende-se que o ser humano não sobrevive apenas em sua acepção física, mas precisa de padrões mínimos de dignidade. É questão de sair do formal da letra da lei para o material e concreto da realidade posta pelos fatos.

Como se percebe, a dignidade é um bem fundamental, não se deixando substituir por nenhum outro valor. E por este caráter de ser insubstituível, o não respeito à mesma, ou seja, a dignidade ferida tem um elevado preço. O envolvimento das crianças em um cenário de violência, e as experiências dali decorrentes, torna-as insensíveis e as traumatiza.

A guerra do crime viola sistematicamente os direitos da criança – o direito à vida, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à saúde, o direito à educação e à proteção, e o direito a ter uma família –, e isso significa que da infância até à vida adulta, sobrevivendo, a criança vai sofrer múltiplos e acumulados atentados à sua dignidade.⁴

As crianças não têm senso de perigo. “Além de serem facilmente manipuladas, as crianças sofrem pressões de toda ordem, tornando frágil seu senso de decisão”, conforme nos lembra Fonseca Júnior. As crianças, com sua obediência e não questionamento a ordens, tornam-se bons soldados para os bandidos, cumprindo as missões que lhe são designadas tanto pelo medo quanto pela glória que almejam.

Ressalte-se que a responsabilidade por essas crianças é tanto do Estado quanto da família e da sociedade, sendo necessária uma atuação conjunta. Nesse sentido, a vida digna precisa ser garantida às crianças das favelas cariocas, de maneira que elas não troquem os brinquedos e a escola pelo “emprego” no tráfico. É perceptível que a dignidade é completamente ferida à medida que o desenvolvimento afetivo, moral, social e psicológico sofrem danos decorrentes de conflitos armados e do contato com as drogas.

4 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são um conjunto de direitos subjetivos que cada

⁴ John P. Sullivan (2008), ao descreve: “Ricardo M. Ele tinha 11 anos de idade quando matou pela primeira vez. Era noite, na favela. Junto com os membros do “Terceiro Comando”, a segunda maior gangue do Rio, ele estava em uma festa, pronto para sua iniciação no grupo. Para consolidar seus laços, um adolescente que se supunha ter dado informações a respeito de um membro da gangue foi torturado e postos de joelhos, cabendo, então, a Ricardo M. executar o “traidor”, com um revólver calibre 38. Ricardo foi aprovado na iniciação. Disparou o revólver e, agora, era um “soldado” na gangue. Essa violência é endêmica. Crianças, no Rio, estão travando uma guerra em nome de gangues de traficantes, para ampliarem ou garantirem o controle das favelas da cidade – 300 de 700 delas controladas por gangues”.

pessoa tem de defender o que é seu, pois a personalidade é justamente aquilo que é inerente a cada um individualmente; características únicas desenvolvidas ainda na infância e decorrentes da convivência familiar e comunitária. Contudo, o livre desenvolvimento da personalidade é uma ideia constitucional que ganhou força apenas a partir da consagração da dignidade da pessoa humana e dos direitos socioeconômicos, decorrente do que se afirma o fornecimento do mínimo vital para uma livre afirmação e autodeterminação do ser humano.

O trabalho armado infantil é nocivo ao desenvolvimento da personalidade das crianças, e isso sob quaisquer pontos de vista. As condições da vida como soldado do tráfico são perigosas e penosas, negando à criança o direito a ter um horário de lazer, serviço adequado de saúde infantil e a praticar esportes para o aprimoramento físico e mental, entre outras coisas.

Devido a essa situação de penúria, as crianças ficam atrasadas na escola, ou mesmo a abandonam, indo na contramão do instrumento mais poderoso da erradicação do trabalho do menor, que é a educação.

Acerca dos aspectos fundamentais da personalidade, França (*apud* DINIZ, 2007) os divide em três conjuntos, quais sejam: 1) Direito à integridade física, no qual está incluso o direito à vida e o direito ao corpo vivo; 2) Direito à integridade intelectual; 3) Direito à integridade moral. Assim, percebe-se desde logo que é sobre a personalidade que se estabelecem os direitos, ou seja, sobre o conceito de personalidade é que surgem os alicerces dos direitos fundamentais consagrados na Lei Suprema, porque a pessoa humana é a base e o fim do Estado de Democrático de Direito. Essa é ainda a linha de raciocínio de Venosa (2004, p. 151), para quem “os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana”.

Confirmando esta ideia, as reflexões do professor Amaral (2008) apontam no sentido de que a personalidade, como bem jurídico tutelado pelos direitos da personalidade, é o conjunto de valores essenciais da pessoa, em seu aspecto físico, moral e intelectual. Ademais, assevera ainda que esses valores envolvem um grande conjunto de bens fundamentais, como a integridade física, a liberdade, a honra, a vida, a liberdade de pensamento, entre outros, e em sua totalidade repousando no primado da dignidade da pessoa humana. Isso significa que o ser humano é um valor em si mesmo, tem direitos invioláveis e inalienáveis, devendo ser protegido.

É por isso que, como bem atentam Farias e Rosenthal (2011) ao tratar sobre a cláusula geral de proteção da personalidade: o direito a vida (digna) como pressuposto dos direitos da personalidade, o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é

uma verdadeira cláusula geral de proteção da personalidade, de maneira que a dignidade ferida das crianças armadas é grave entrave à concretização do direito constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade, direito este que combina a liberdade típica dos modernos aos direitos da personalidade.

Todavia, para que seja possível alcançar um ambiente onde a personalidade das crianças seja naturalmente formada, é imperioso que o Estado assegure um núcleo básico de direitos sociais, que garanta prestações materiais mínimas necessárias a uma sobrevivência física, intelectual e espiritual, o que inclui moradias adequadas, saúde familiar, alimentação de qualidade e boas escolas públicas. Somente assim será possível um futuro democrático e de participação política. Nesse aspecto, é forçoso apreender o comentário de Barros (2006), quando afirma que uma criança/jovem afetada pelo trabalho infantil pode vir a se tornar um adulto doente ou incapaz, com pesadas repercussões sociais.

5 TRABALHO ARMADO INFANTIL E AS NORMAS DE DIREITO LOCAL E INTERNACIONAL

O ordenamento jurídico brasileiro é muito avançado no que toca a proteção dos direitos da criança e do adolescente, existindo diversas normas atinentes à temática, desde diretrizes macro que partem do texto da Lei Fundamental de 1988, até legislações específicas, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – (Lei nº 8069/90), que vem a promover diversas modificações no panorama legal de proteção aos direitos do livre desenvolvimento da personalidade na infância e juventude, constituindo-se como uma defesa dos direitos fundamentais das crianças.

Na Constituição Federal, diversas passagens se referem à proteção das crianças, tanto de maneira geral como específica. O artigo 7º, inciso XXXIII, dispõe sobre a: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”. Norma que, ao tratar sobre as idades mínimas para menores serem admitidos no mercado de trabalho, claramente visou inibir o trabalho infantil no Brasil, com uma verdadeira garantia fundamental de proteção por parte do Estado (BULOS, 2012; SILVA, 2012).

Além das normas específicas relacionadas ao direito do trabalho, a Constituição brasileira vai tratar dos direitos da criança no Título VIII – Da Ordem Social –, em seu Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso. Não é a toa que as disposições protetivas da criança vêm colocadas neste capítulo, mas é porque, como

afirma Lucas e Urquiza (2011), todo homem quando nasce faz parte de uma entidade familiar, que o protege e o guarda, dando a liberdade necessária para que ele se desenvolva. É nesse norte que o artigo 227 da Constituição Federal é como que uma carta de direitos fundamentais, com seu *caput* contendo uma declaração de direitos que deve ser seguida pela família, pelo legislador ordinário (na feitura de novas leis) e pelo executivo (na concretização dos ditames constitucionais).

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – também dispõe, em seu artigo 405, inciso II, que não será permitido ao menor o trabalho em locais prejudiciais à sua moralidade, o que por certo indica uma proibição da utilização de crianças em trabalhos armados. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) – ECA – dispõe, entre os seus artigos 60 e 68, uma série de normas de proteção ao trabalho do menor, com várias restrições e uma forte ênfase na necessidade da educação como meio de transformação social.

No entanto, apesar de uma desenvolvida doutrina e legislação acerca do trabalho do menor, há uma carência nacional no que se refere ao trabalho militar infantil de forma específica. A situação no Rio de Janeiro, por exemplo, certamente está enquadrada no artigo 3º da Convenção nº 182 da OIT, como uma das piores formas de trabalho infantil, merecendo uma tipificação penal adequada para os adultos empregadores e um maior estudo das possibilidades de reinserção social dos jovens transgressores da lei.

As penalidades para quem emprega crianças no Brasil ainda não são específicas, não existindo uma tipificação penal. O ECA, em seu artigo 249, apenas traz a possibilidade de aplicação de multa para quem descumprir os deveres inerentes ao poder familiar ou do poder decorrente da tutela ou guarda de crianças; e no Código Penal não há um crime particular para o fato, que pode se enquadrar (ainda que fragilmente) nas hipóteses dos artigos 136 e 149 deste diploma legal, que seriam, respectivamente, expor a perigo de vida o menor sob autoridade, sujeitando-o a trabalho inadequado, e, concomitantemente, reduzi-lo a condição análoga à de escravo, sujeitando-o a situações degradantes de trabalho.

Apesar de todas essas normas, o direito não está sendo socialmente eficaz e a força normativa da Constituição não está sendo respeitada nas favelas cariocas. A realidade da vida em áreas pobres requer novas medidas do Estado, e leis que tornem a constituição real, para que não aconteça o que Lassalle (1988) classificou como um mero escrever numa folha de papel, que de nada serve, nem se justifica perante os fatos reais do poder. E o poder nas favelas está nas mãos dos traficantes, de maneira que a letra de

qualquer lei (sobre o trabalho infantil, inclusive) será morta, enquanto o Estado não recuperar a soberania sobre o território perdido.

As normas internacionais sobre crianças armadas são preponderantemente relacionadas às crianças-soldado. O Estatuto de Roma, tratado que estabeleceu a Corte Penal Internacional, estabeleceu em seu artigo 8º, item 2, alínea b, subitem XXVI, que é crime de guerra a utilização de menores de 15 anos em conflitos armados, e que todos os países devem se esforçar para impedir que menores de 18 anos participem de guerras. Ademais, os princípios de Cape Town conceituam o que seria uma criança soldado, e o Protocolo Opcional da Convenção dos Direitos da Criança relativo à participação de crianças em conflitos armados define que os Estados devem evitar a utilização de menores de 18 anos em hostilidades.

Não obstante, nenhuma dessas legislações internacionais tem aplicação prática para o que ocorre no Rio de Janeiro, pois as gangues são organizações criminosas e, a despeito de seu grande poder de fogo, não são considerados grupos terroristas, nem mesmo possuem qualquer vínculo político ideológico. O fato é o mesmo: a utilização de crianças armadas em zonas de conflito, porém a rotulação jurídica é diversa, saindo de uma tipificação penal internacional específica para um problema muito mais do Direito Constitucional do Trabalho e do Direito Internacional do Trabalho.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro vem trabalhando para diminuir os índices de trabalho infantil no país, com uma série de políticas públicas e uma forte regulamentação jurídica no que concerne ao labor do menor. Contudo, a mão de obra das crianças armadas no tráfico não vem tendo a necessária atenção por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo pátrio.

Atualmente, pode-se dizer que existe uma verdadeira crise jurídica com a falta de eficácia social dos ditames constitucionais, em muito devido ao abandono de certas áreas territoriais pobres pelos governos estaduais e pelo governo federal. Há uma óbvia necessidade de uma maior presença estatal, principalmente no que toca à concretização dos direitos sociais, ao menos em seu mínimo vital. Provavelmente seria o caso de uma grande política pública integrada entre as várias esferas do poder, de modo a reduzir drasticamente o número de crianças que trabalham para as gangues no Rio de Janeiro e em todas as outras cidades do país.

Visando uma melhor compreensão de tudo o que foi tratado nesse texto,

convêm dividir as principais conclusões em tópicos:

- a) As crianças estão sendo armadas por traficantes e gangues no Rio de Janeiro (e em todo o Brasil), e apesar de não constituir um fato novo, ainda carece de construção uma norma que tipifique um crime específico para quem emprega crianças em condições degradantes, com uma respectiva disposição de aumento de pena para as piores formas de trabalho infantil dispostas pelo artigo 3º da Convenção nº 182 da OIT.
- b) As crianças armadas têm sua dignidade ferida e sua personalidade moldada pelas carências reais da situação em que vivem. Precisam trocar tiros com a polícia e com gangues rivais, vender drogas e manter a ordem na comunidade, cometendo crimes e assumindo outros tantos somente para livrar os líderes das facções. Sendo assim, é preciso dar um norte às políticas de inclusão social, de maneira a evitar uma perigosa desestabilização social;
- c) Há uma necessidade de criar meios de prevenção do trabalho armado infantil nas gangues. E isso não é somente um problema de segurança pública e do direito penal, mas também do direito do trabalho, na medida em que é mister investigar e combater as causas das piores formas de trabalho infantil;
- d) Os investimentos na quantidade e qualidade do ensino público básico são essenciais para mudar esse quadro, de maneira a oferecer a oportunidade dos jovens ascenderem socialmente, com treinamentos técnicos profissionalizantes, qualidade da merenda escolar, revisão da grade escolar, de maneira a permitir o sonhar com um futuro melhor pelos livros e pela dedicação aos estudos;
- e) Os programas de saúde familiar e renda mínima constituem um efetivo instrumento de combate à pobreza, situação que leva as crianças a entrarem para as gangues e se tornarem soldados do tráfico. As famílias necessitam de apoio financeiro complementar aos serviços sociais, que dê o mínimo de condições dignas aos cidadãos;
- f) Investimento na melhoria da infraestrutura das favelas é um passo importante a ser dado, não apenas visando os grandes eventos e o turismo, mas pensando nos cidadãos que ali habitam e nas macrocausas do problema social;

O ciclo de brutalidade a que estão expostos pelo trabalho armado infantil é destrutivo para o caráter e para a paz na sociedade brasileira. Nesse contexto, a escolha do título deste trabalho – *Soldadinhos de chumbo* – certamente não seu deu ao acaso. Esses pequenos soldadinhos do tráfico têm sua personalidade forjada pela violência do

fogo das armas, e sua dignidade é derretida tal qual o chumbo quando em contato com o calor das fornalhas.

É preciso que o Estado e a sociedade, numa atuação conjunta, tirem esses *soldadinhos* do fogo e da batalha do tráfico nos morros, permitindo que eles tenham a oportunidade de, pelo estudo, ajudar a si mesmos, à suas famílias e ao Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. **Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil: ações e perspectivas**. Brasília: MTE, SSST, 1999.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 7 set. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ed. São Paulo: LTr, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

DOWDNEY, Luke. **Crianças do tráfico: um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Sete Letras, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 138**, de 27 de junho de 1973, promulgada no Brasil pelo Decreto 4.134 de 15 de fevereiro de 2002. Sobre idade mínima para admissão a emprego. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/sites/all/ipeec/normas/conv138.php>>. Acesso em: 7 set. 2012

_____. **Convenção nº 182**, de 17 de junho de 1999, promulgada no Brasil pelo Decreto 3.597 de 12 de setembro de 2000. Convenção sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/sites/all/ipeec/normas/conv182.php>>. Acesso em: 06 set.2012.

_____. **Diretrizes para Formulação de uma Política Nacional de Combate ao Trabalho Infantil**. 3. ed., 2000. 68p.

FONSECA JÚNIOR, José de Ribamar Lima da. **Crianças em conflitos armados**. Disponível em: <artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_20222/artigo_sobre_crianças_em_conflitos_armado>. Acesso em 06 set. 2012.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradutor Walter Stöner. 3.ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra, 2000. Tomo IV.

OLIVEIRA, Oris de. **O trabalho infanto-juvenil no direito brasileiro**. Brasília: OIT, 1993.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Relatório e Plano de Trabalho do IPEC no Brasil**. Brasília, 1998.

RAMOS, Silvia. **Trajetórias no tráfico: jovens e violência armada em favelas cariocas**. 2011. Disponível em: <<http://www.uva.br/trivium/edicoes/edicao-ii-ano-iii/artigos-tematicos/trajetorias-do-trafico-jovens-e-violencia-armada-em-favelas-cariocas.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2012.

ROMERO, Marlei. **Um estudo sobre os efeitos adversos à saúde de uma população infanto-juvenil exposta aos agrotóxicos usados no cultivo da cana-de-açúcar**. Projeto de Dissertação de Mestrado em Saúde Coletiva, 2002. Disponível em: <<http://www.iesc.ufrj.br/posgrad/posgraduacao/teses/Disserta%E7%E3o%20Marlei%20Romero.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

SANTOS, Evandro Edi dos; SILVEIRA, Carine Araújo. O adolescente no Brasil e o ato infracional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano X, n. 44, ago. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_keitura&artigos_id=4462>. Acesso em 06 set. 2012.

SANTOS, Rodrigo Lucas Carneiro; BARACHO, Hertha Urquiza. **Uma análise do voto do Ministro Cezar Peluso**: direito social à moradia. Revista Direito e Desenvolvimento, v.4, p.246-265, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8ªed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUZA, Jailson de (Coord.); URANI, Silva André (Coord.). **Crianças no Narcotráfico: Um Diagnóstico Rápido**. 2002. Disponível em: <www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/ipecc/pub/criancas_no_narcotrafico_334.pdf>. Acesso em: 04 set. 2012.

SULLIVAN, John P. **Crianças soldados**: desespero, retorno a barbárie e conflito. 2008. Disponível em: <www.airpower.au.af.mil/apjinternacional/apj-p/2008/3tri08/sullivan.htm>. Acesso em 06 set. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WATSON, Bryan D. A lei da inocência perdida: direito internacional e moderna realidade das crianças soldados. 2008. Disponível em: <<http://www.airpower.au.af.mil/apjinternacional/apj-p/2008/3tri08/watson.htm#watson>>. Acesso em: 08 set. 2012.

UMA ABORDAGEM SOBRE O TRABALHO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Johnatan Felipe da Silva Sousa

Graduando do Curso de Ciências Jurídicas - UNIPÊ

e-mail:johnatansousa91@hotmail.com

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo observar, através de buscas na literatura existente, as consequências negativas do trabalho infantil para as crianças e os adolescentes a ele expostos. Para se chegar a esses resultados foram realizadas pesquisas em sites de trabalhos científicos e de órgãos do governo, onde foram obtidos os dados apresentados no presente artigo. Com base nos achados pode-se perceber que apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Declaração dos Direitos da Criança e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assegurarem que toda criança tem direito a uma vida digna, a educação, ao lazer, ao viver em família e a saúde; a exposição ao trabalho precoce realizados infringe esses direitos, e os expõe a consequências desfavoráveis como evasão e defasagem escolar, envelhecimento precoce, prejuízos psicossociais e na saúde. Programas de transferência condicionada de renda como o Bolsa Família (PBF) e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), são responsáveis pela redução dos números de crianças e adolescentes expostos a esse problema, mas ainda muito precisa ser feito para garantir a todas as crianças os seus direitos.

Palavras Chave: Trabalho Infantil. Direito e Consequências.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho infantil é caracterizado no Brasil como as atividades desenvolvidas por crianças e adolescentes até os dezesseis anos de idade, estão inseridos nessa categoria várias atividades, podemos destacar entre elas o trabalho doméstico e as atividades comerciais. O trabalho infantil apenas pode ser regular para aqueles adolescentes entre quatorze e dezesseis anos, na condição de menor aprendiz com direito a bolsa. Adolescentes maiores de dezesseis anos podem exercer atividade econômica desde que atendendo todos os direitos trabalhistas e previdenciários.

É ilegal o trabalho infantil, pois fere os direitos da criança, tais como o direito de estudar, de brincar e ter momentos de lazer. Além desse fator, este tipo de trabalho prejudica o desenvolvimento cognitivo, físico, social e psicológico das crianças e adolescentes. Provoca o aumento da evasão e defasagem escolar, caracteriza alguns problemas de saúde tanto na fase atual como na fase adulta. Devido a essas e a outras consequências, o trabalho infantil deve ser evitado.

Programas de transferência condicionada de renda, como o Programa Bolsa Família(PBF) e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), estão em atuação a fim de minimizar os casos e as consequências da inserção de crianças e adolescentes

no mercado de trabalho. O modo que eles utilizam para reduzir os casos de Trabalho Infantil é através do fornecimento de benefício financeiro mensal para as famílias e em troca exigem a frequência escolar e o acompanhamento de vacinações e crescimento das crianças.

Acredita-se que o crescimento dos meios de trabalho infantil ilegal, contribui negativamente no desenvolvimento de crianças e adolescentes a ele expostas. Seja qual for a atividade e o tempo de duração, esse trabalho tira desses grupos o seu direito de se desenvolver de maneira adequada socialmente, de estudar, de brincar e de ter momentos de lazer, de viver em família e ainda o direito de ter uma saúde adequada.

Muitos trabalhos têm sido realizados sobre a problemática do trabalho infantil. Sadeck (2008) se utilizando dos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) do ano de 2007 investigando a quantidade de crianças que exerciam esse tipo de atividade e ainda a importância das políticas públicas no combate a este trabalho. Monteiro (2010) em sua pesquisa também abordou as políticas públicas enfatizando o PETI.

Encontram-se na literatura poucos trabalhos direcionados a questão das consequências que essas atividades trazem para as crianças e os adolescentes. Oliveira (2004) investigou também as consequências deste tipo de atividade e ainda as causas que levam ao trabalho infantil a atuação do governo no combate a esta prática. Alberto et al, 2011, investigaram o trabalho doméstico como consequência da evasão e defasagem escolar.

Na literatura encontra-se muitas declarações, leis e projetos que tratam do trabalho infantil em si, mas, ainda pouco se encontra sobre as consequências a curto e em longo prazo da realização de atividades trabalhistas remuneradas ou não na formação social, psicológica, física e educacional das crianças e adolescentes. Como foi dito por Kassouf (2007), a vasta literatura existente, indica os danos causados pelo trabalho infantil, apesar de muitos programas na tentativa de combatê-lo, pouco se estuda sobre as consequências socioeconômicas desse mal as crianças e adolescentes.

Diante desta problemática este artigo sugere que o trabalho infantil acarreta consequências de ordem física, social, psicológica e educacional nas crianças e adolescentes a ele expostas. E para obter respostas mais exatas a essa hipótese, o mesmo artigo objetiva observar as principais consequências: físicas, sociais e educacionais do trabalho infantil nas crianças e adolescentes expostas a esse serviço.

Para observar as consequências do trabalho infantil nesse grupo serão investigados na literatura outros trabalhos de pesquisa que abordam o tema em questão,

dos direitos da criança e das conseqüências desse trabalho. Todas as pesquisas foram realizadas em sites como a Scielo, site de artigos científicos, sites do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e ainda a Declaração dos Direitos Humanos e dos Direitos da Criança.

2 DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Todos os seres humanos adquirem direitos pelo simples fato de nascer e pertencer à espécie humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 1º assegura que, “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos (...)”. As crianças, de igual modo, são tuteladas por esta declaração, muitos dos direitos e liberdades presentes na Declaração dos Direitos da Criança foram inspirados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (UNICEF, 1948; 1959)

Entende-se, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como criança, os indivíduos de até doze anos de idade incompletos, e adolescente aqueles entre doze e dezoito anos de idade. O ECA foi criado no ano de 1990 com a finalidade de proteger inteiramente a criança e o adolescente, garantindo-lhes a concretização de todos os direitos fundamentais a humanidade e ainda a oportunidade e facilidade de desenvolvimento em todos os aspectos. Tendo a família, a sociedade e o poder público dever de assegurar a efetivação desses direitos (EDUARDO e EGRY, 2010; BRASIL. LEI Nº 8.069 DE 13 DE JULHO DE 1990 - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências).

A Declaração dos Direitos da Criança impõe como direito à criança, o crescimento e a criação com saúde, alimentação, habitação, recreação e assistência médica; à educação para garantir o desenvolvimento de suas aptidões, emitir juízo, seus sentimentos e senso de responsabilidade moral e social; à criação em ambientes de compreensão, tolerância e amizade. Ainda é garantida a proteção contra qualquer forma de negligência, abandono, crueldade e exploração, não devendo trabalhar quando isso implicar prejuízos em sua educação, desenvolvimento e saúde (Portal da Família, 2012)

O ECA também assegura que a criança e o adolescente têm direito a cultura, esporte e lazer que envolve a oportunidade de brincar. Bem como, direito à proteção no trabalho, tema que este estudo pretende-se focar. Sendo assim, o trabalho é proibido aos menores de 14 anos de idade com exceção dos casos de trabalho como aprendiz. Para esses casos deve-se assegurar uma bolsa aprendiz. Para adolescentes acima dos 14 anos é necessário a garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários. Quando o menor

puder exercer algum tipo de trabalho, este não deve ser noturno, perigoso, salubre ou penoso, nem pode ser realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social, realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola (BRASIL, 1990).

3 TRABALHO INFANTIL

O tema em questão, não é recente na literatura. Apesar da problemática do trabalho infantil não ter sido iniciada na Revolução Industrial, muitos estudiosos da questão afirmam que foi nessa época que se agravou a utilização de mão-de-obra infantil. No Brasil os primeiros relatos da utilização de menores para o trabalho são registrados da época da escravidão, a quase quatro séculos no país, onde os filhos de escravos acompanhavam seus pais nas tarefas realizadas, mesmo aquelas que exigiam esforço físico elevado. O início do processo de industrialização também registra a utilização de menores na produção, em 1980, do total de empregados industriais em São Paulo, 15% eram crianças e adolescentes, vinte anos depois esses números já chegavam a 30% (KASSOUF, 2007).

Em sua pesquisa, Kassouf (2007), observou que o trabalho infantil foi largamente discutido entre os escritores e pensadores do século XIX, mas, posteriormente, esse tema tornou-se esquecido para os economistas que se seguiram. Apenas por volta do ano de 1995, o questionamento sobre o trabalho infantil ressurgiu e com esse ressurgimento veio o declínio de sua ocorrência global. Contudo, ainda é muito grande o número de crianças e adolescentes que exercem atividades precocemente.

O trabalho infantil pode ser entendido como inadequado porque a melhor maneira de que a criança atinja o pleno desenvolvimento em todos os aspectos é dividindo seu tempo entre a escola e o lazer. A Organização Internacional do trabalho (OIT), segundo Oliveira (2004), define trabalho infantil como “qualquer atividade, remunerada ou não, exercida por indivíduos de idade inferior a 14 anos que ocupe mesmo que uma hora semanal”. Apenas a partir dos quinze anos de idade, em condições normais, um indivíduo pode exercer atividades econômicas (OLIVEIRA, 2004).

No Brasil o que é entendido atualmente como Trabalho Infantil são as atividades desenvolvidas por crianças ou adolescentes até os dezesseis anos de idade, com exceção dos que desenvolvem trabalhos na condição de aprendizes, com direito a bolsa aprendiz, na idade dos 14 aos 16 anos, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 60 e a Constituição Federal do Brasil, art. 227, parágrafo 3º.

Conforme Sadeck (2008) qualquer quebra da legislação vigente será entendido como trabalho infantil irregular, exemplificando, um adolescente com mais de dezesseis anos desempenhando função laboral sem o cumprimento dos deveres trabalhistas, como a ausência de carteira de trabalho assinada ou em situação de precariedade.

Outro tipo de trabalho infantil que poderíamos considerar seria o trabalho doméstico que crianças são impostas a praticar cotidianamente. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2007) através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), no Brasil no ano de 2006 existiam cerca de 2,7 milhões de crianças e adolescentes trabalhadores, entre os 5 e os 15 anos de idade, já no que se refere ao trabalho infantil doméstico, no ano de 2005, existiam cerca de 400 mil crianças que exerciam essa atividade (BRASIL², 2007).

Estudos realizados por um núcleo de pesquisa mostram que a maior frequência de trabalhos realizados por crianças e adolescentes se dá nos setores do comércio, serviços e agricultura. As categorias de trabalho que se destacam são: vendedor porta-a-porta, guardador de carros, pescador de mariscos e caçador de siri-mole, engraxate, catador de lixo, ajudante de mercadinho, feirante, frentista, limpador de túmulos em cemitérios, entregador de botijões de gás de cozinha, trabalhador na cultura do abacaxi, da cana de açúcar e da acerola, trabalhador doméstico, atuante na exploração sexual comercial e malabarista (ALBERTO e SANTOS, 2011).

A PNAD, no ano de 2005 catalogou, que apesar de haver um declínio nos casos de trabalho infantil quando analisando o ano de 1992, em que quase cinco milhões e meio de menores trabalhavam, esse número ainda se mostra relevante chegando a cerca de três milhões de crianças e jovens de idade entre 5 e 15 anos estavam trabalhando. Os casos de trabalho infantil aparece com mais frequência no sexo masculino, com exceção apenas do trabalho doméstico. Também se observou destaque maior nas áreas rurais que nas áreas urbanas (KASSOUF, 2007).

De acordo com a PNAD, no ano de 2007, 10,8% da população entre 5 e 17 anos exerciam algum tipo de trabalho. O que representa 4,8 milhões de crianças e adolescentes. O quadro mostrado abaixo chama a atenção para a grande proporção de adolescentes entre 16 e 17 anos que se encontravam em situação irregular de trabalho. Cerca de 90% destes adolescentes exerciam algum tipo de trabalho, seja como empregados ou em trabalhos domésticos sem o direito a carteira trabalhista assinada, apenas 12,6% desses adolescentes, usufruíam desse direito (SADECK, 2008).

4 CONSEQUÊNCIAS DO TRABALHO INFANTIL

O trabalho infantil acarreta complicações ao desenvolvimento físico, mental, social e cognitivo das crianças e adolescentes a ele submetidos. As principais consequências do trabalho infantil são: evasão e defasagem escolar, prejuízo na qualidade de vida e na saúde e na formação social. Nesse estudo, gostaríamos de destacar as consequências relacionadas à educação, a formação social e psicológica e a saúde desses indivíduos.

Tratando-se da questão educacional, as principais causas de evasão e defasagem escolar estão relacionadas ao trabalho infantil. Foi percebido por Alberto, et al (2011), em um estudo realizado com cem pessoas de ambos os sexos, com idade entre sete e dezoito anos que 80% dos participantes apresentavam repetência escolar e 85% defasagem escolar, também foi observado que as principais causas para essa deficiência escolar devia-se ao desempenho de trabalhos domésticos. O gráfico abaixo mostra crianças e adolescentes que desempenhavam afazeres domésticos.

Outro estudo referente à questão da educação, realizado pelo IBGE (2007) indica que crianças e adolescentes que exercem funções trabalhistas, têm uma frequência escolar inferior as que não trabalham, em dados percentuais, as crianças trabalhadoras apresentaram uma frequência escolar de 81% contra 93,6% das não-trabalhadoras, ou seja, 12,6% de diferença. Quanto à defasagem, o mesmo estudo indica dados de 25,7% de alunos inseridos no Ensino Fundamental que apresentam déficit série-idade. No Brasil, a região Nordeste chegou a atingir a marca de 37,9% de defasagem dos estudantes desse nível (ALBERTO et al, 2011).

Em sua pesquisa, Alberto e Santos (2011), relatam que meninas começam a realizar afazeres domésticos mais cedo do que os meninos. Esse quadro influenciou de forma direta na defasagem escolar neste grupo, apesar do número de meninas matriculadas ser superior ao número de meninos. Em relação à evasão, os dados variaram de acordo com o local, e o grupo pesquisado, em alguns casos todas as crianças e adolescentes que trabalhavam também estudavam (nos casos de trabalhos domésticos, mesmo havendo defasagem), já nos casos em que o estudo foi feito nas ruas e semáforos com entrevistados que desempenhavam funções de malabarismo, por exemplo, apenas 30% destes, freqüentavam a escola.

Ainda na mesma pesquisa, Alberto e Santos (2011) investigaram os riscos que as crianças são expostas. Notou-se que eles, variam de acordo com a atividade exercida, mas os riscos sociais e psicológicos observados foram sempre os mesmos em qualquer

trabalho infantil. Os que mais se destacaram entre os riscos sociais, foram: o envelhecimento precoce, decorrente à carga de responsabilidades que lhes são impostas precipitadamente e o impedimento de uma possível formação profissional. Quanto aos riscos psicológicos observou-se a dificuldade das crianças trabalhadoras em acompanhar o desempenho escolar, principalmente em relação à leitura, a escrita e a matemática; e em seguida, o medo do futuro, de perder a infância e tornar-se adulto de forma prematura.

Outro fator contribuinte para os danos sociais e psicológicos a que esses grupos estão expostos se refere ao fato de não terem tempo necessário para brincar. Esse ato é importante para o desenvolvimento das crianças. Nos casos das crianças trabalhadoras, muitas delas não têm oportunidade de brincar e outras só podem fazer isso em momentos de folga de trabalho. Esse fato além de prejudicar o desenvolvimento tanto social como psicológico das crianças ainda inflige o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Declaração dos Direitos da Criança que resguarda os direitos dos mesmos a momentos de recreação e lazer (Alberto e Santos, 2011; PORTAL BRASIL – UNICEF; BRASIL, 1990 - ECA).

Além dos problemas de ordem psicológica e social acarretados ao trabalho infantil, podem-se destacar as complicações de ordem física. Em seu estudo Kassouf (2007), é sugerido que uma das conseqüências do trabalho infantil é o prejuízo a saúde tanto em curto prazo, ou seja, no início da exposição ao trabalho, quanto em longo prazo, na fase adulta. De acordo com Forastieri (1997 *apud* Kassouf 2007), um dos motivos para essa complicação é o fato da estrutura anatômica, física e biológica das crianças que pode levar a complicações ergonômicas, fadiga e maior exposição a acidentes e ainda pela menor tolerância por parte dos menores ao calor, ao barulho, a produtos químicos e as radiações, entre outros. Essas situações podem expor as crianças e adolescentes a danos na saúde muitas vezes irreversíveis.

Conforme Kassouf, et al (2001) *apud* Kassouf (2007), dados do Brasil demonstram que enquanto mais cedo uma pessoa inicia uma vida trabalhista, pior seu estado de saúde no futuro, isto é, na vida adulta, mesmo se a renda, a escolaridade, entre outros fatores forem devidamente adequados. De acordo com Nicolella, et al (2008), os dados da PNAD (2003) apontam que as crianças e adolescentes que não exercem trabalho consideram sua saúde como muito boa, em contra-partida aqueles que exerciam trabalho, consideravam sua saúde regular.

5 ATUAÇÃO DO GOVERNO NO COMBATE AO TRABALHO INFANTIL

Acreditando no altruísmo dos pais, qualquer meio de melhoria ao funcionamento do mercado de forma que venha a beneficiar e aumentar o salário dos trabalhadores adultos e diminuir o desemprego é um meio aceitável para a redução do Trabalho Infantil. Espera-se que ao atingir uma renda considerável, os pais retirem os filhos do trabalho e os direcione a escola. Porém, existe a possibilidade de o pai em si, aumentar seu rendimento de tal forma, a ponto de adquirir mais terras, alargar seu patrimônio, ou abrir seu próprio negócio, o que poderia até aumentar o Trabalho Infantil, que seria o resultado de um local de comércio ou produção que recrutaria crianças de forma mais fácil, (Kassouf, 2007).

Uma das principais causas que levam a inserção da criança e do adolescente no mercado de trabalho é a situação econômica da família. Sendo assim, uma forma de minimizar essa situação primeiramente seria a melhoria do funcionamento do mercado de trabalho através de aumento da renda salarial e a diminuição do desemprego entre a população adulta, teoricamente por meio dessa atitude uma menor quantidade de crianças e adolescentes teriam necessidades de trabalhar e seriam integradas a escola (OLIVEIRA, 2004; KASSOUF, 2007).

Outra forma de reduzir o trabalho infantil bem como diminuição das conseqüências dessa prática, são os programas de transferência condicionada de renda, como por exemplo, o Programa Bolsa Família (PBF) e o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI). No caso do PBF um valor monetário mensal é fornecido a famílias beneficiadas e em troca as crianças e adolescentes devem estar devidamente matriculados e freqüentes nas escolas. Pesquisas realizadas avaliaram o impacto desses programas sobre o trabalho infantil e concluíram que o programa é eficiente na redução do trabalho infantil, mesmo que em apenas reduza as horas de trabalho (OLIVEIRA, 2004; FERRO e KASSOUF, 2005 *apud* KASSOUF, 2007).

O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) faz parte do Programa Bolsa Família (PBF) e de acordo com Portal Brasil³ fornece bolsas as crianças e adolescentes de até 16 anos que exercem funções em carvoarias, olarias, plantações de fumo, lixões, cultura de cana-de-açúcar, entre outras atividades, a fim de substituir a renda gerada pelo trabalho irregular. Em troca disso, essas crianças e adolescentes devem apresentar freqüência mínima escolar de 85% da carga horário escolar mensal e para crianças com idade inferior a sete anos os pais devem manter as vacinas atualizadas e acompanhar as curvas de crescimento. Atualmente, cerca de 820 mil crianças são

beneficiadas pelo PETI em 3,5 mil municípios brasileiros, o que vem representando redução nos números de trabalho infantil (PORTAL BRASIL, 2012; MONTEIRO, 2010).

O Ministério Público do Trabalho (MPT) no uso de suas atribuições criou um projeto que consiste em junto aos poderes Executivo e Legislativo municipais, estaduais e federais, com o intuito de garantir nas leis orçamentárias, meios suficientes para criação de políticas públicas de prevenção e dizimação do trabalho infantil no Brasil. O projeto tem como objetivo identificar e colaborar no processo de criação de leis para a erradicação do trabalho infantil, bem como garantir judicial ou extrajudicialmente a prevenção do adolescente trabalhador. Atribuir as responsabilidades jurídicas, por meio de termos de compromissos por ajustamento de conduta ou através de ações civis, aos órgãos públicos que se mostrarem omissos na preservação de verbas orçamentais que atendam a ordem de proteção integral e prioritária absoluta; além de investigar e proteger os adolescentes que exercem trabalhos em situações ilícitas onde não há o cumprimento do exercício legal da contratação, entre outros (BRASIL, PORTAL DO MPT, disponível em: http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/trabalho_infantil/trabalho_infantil_programasacoes/!ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgMEsXQ6B8JE75UEdTYnQb4ACOBgR0h4Nci0eFAV55H2cgvPJg14Pk8bjPzyM_N1W_IDc0wiDTUxcAzl9UBg!!/dl3/d3/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/, Acesso em: 21 set. 2012.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas análises da literatura consultada pode-se perceber que nos últimos anos o número de crianças e adolescentes expostas ao trabalho tem reduzido, mesmo assim ainda uma quantidade elevada de menores desempenham alguma atividade desde os trabalhos domésticos até os trabalhos comerciais. Como conseqüências do trabalho infantil foram mostradas os casos de evasão e defasagem escolar, os riscos sociais, psicológicos e físicos, que são apresentados em muitas pesquisas; e também uma das conseqüências é o fato de que o tempo gasto com trabalho faz com que as crianças tenham menos tempo para brincar, atividade essencial para o desenvolvimento em todos os aspectos. As políticas públicas principalmente os programas de transferência condicionada de renda, como o PBF e o PETI tem sido responsáveis pela redução dos casos de trabalho infantil e das conseqüências relacionadas, principalmente pelos seus métodos de fornecer recurso financeiro as famílias e ainda incentivar a freqüência na escola. Apesar de muitas crianças serem

atendidas por essas políticas, ainda se faz necessário uma maior garantia de efetivação desses programas no combate ao trabalho infantil por meio de maior fiscalização. Uma política que possibilitasse mudanças nas formas de trabalho e aumento de renda salarial possibilitaria uma melhoria nas condições das famílias e a redução da necessidade de crianças trabalhadoras.

NOTAS DE RODAPÉ

¹ Referência disponível em:

<http://www.portaldafamilia.org.br/datas/criancas/direitosdacrianca.shtml>

² Referência disponível em:

http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1230&id_pagina=1

³ Referência disponível em:

<http://www.brasil.gov.br/sobre/cidadania/direitos-do-cidadao/erradicacao-do-trabalho-infantil>

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Maria de Fátima Pereira et al. O Trabalho infantil doméstico e o processo de escolarização. **Psicol. Soc.** Florianópolis, v. 23 n. 2, maio/ago. 2011.

ALBERTO, Maria de Fátima Pereira; SANTOS, D. P. Trabalho infantil e desenvolvimento: reflexões à luz de Vigotski. **Psicologia em Estudo**. V. 16, n. 2, abr./jun. 2011.

BRASIL. Aspectos complementares de educação, afazeres domésticos e trabalho infantil 2006. PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2006/suplementos/afazeres/errata_afazeres.pdf <acessado em: 20 de Setembro de 2012>

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente** (Lei nº 8.069, de 13-7-1990) 9. ed. São Paulo: Saraiva; 1999

CAMPOS, H. R; FRANCISCHINI, R. Trabalho infantil produtivo e desenvolvimento humano. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 8, n. 1, jan./jun. 2003.

DECLARAÇÃO dos Direitos da Criança. Portal da Família. Disponível em:< <http://www.portaldafamilia.org.br/datas/criancas/direitosdacrianca.shtml>>. Acesso em: 20 set. 2012

EDUARDO, Lara de Paula; EGRY, Emiko Yoshikawa. Estatuto da Criança e do Adolescente: a visão dos trabalhadores sobre sua prática. **Rev. esc. Enferm. USP**, São Paulo, v. 44, n. 1, mar. 2010.

KASSOUF, A. L. O que conhecemos sobre o trabalho infantil? **Nova econ.** Belo Horizonte, v.17, n. 2, maio/ago. 2007.

MONTEIRO, Maria Alcina Gomes de Sousa. As políticas de erradicação do trabalho infantil: um olhar sobre as ações sócio-educativas desenvolvidas pelo PETI. In: **Anais do II Seminário de Pesquisa do NUPEPE**. Uberlândia, maio, 2010. p. 614 – 624.

NICOLELLA, A. C; KASSOUF, A. L; BARROS, A. L. M. O impacto do trabalho infantil no setor agrícola sobre a saúde. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, v. 46, n. 3, jul./set. 2008.

OLIVEIRA, E.D. Trabalho Infantil: causas, conseqüências e políticas sociais. Brasília, 2004.

SADECK, Francisco. O trabalho infantil na PNAD 2007. **Boletim de Mercado de Trabalho**: conjuntura e análise. Brasília, n. 37, nov. 2008.

TRABALHOS APRESENTADOS NA XIII SEMANA DO JUDICIÁRIO

A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL E O NOVO ARTIGO 6º DA CLT

Andrey de Araujo Dantas

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba
e-mail: andreyaraujodantas@gmail.com

RESUMO

Este trabalho trata da análise jurídica do amparo pelo ordenamento laboral da teoria da subordinação estrutural, observando que a implementação da nova redação do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho busca ampliar a proteção aos mais variados tipos modernos de trabalhadores, enquadrando-os como empregados. Abriu-se margem para variadas interpretações acerca da caracterização de empregado, principalmente no que concerne ao trabalhador a distância. Diante desse diapasão pretendeu-se delinear a área de aproveitamento de tal teoria no âmbito trabalhista brasileiro. Buscando-se verificar a possível aplicação da mesma, a sua amplitude, as consequências no caso concreto tanto para os direitos do trabalhador como para a manutenção das empresas, considerando o princípio da proteção ao trabalho. Procura-se esboçar os traços gerais acerca do tema, bem como fazer uma apreciação minuciosa dele, suas características e as peculiaridades no caso concreto, de modo a oferecer uma análise ampla e profunda sobre o assunto.

Palavras-chave: Artigo 6º CLT. Trabalho a distância. Teoria da Subordinação Estrutural.

1 INTRODUÇÃO

A Ciência do Direito enxerga uma distinção entre Relação de Trabalho e Relação de Emprego, sendo a segunda, do ponto de vista técnico-jurídico uma das modalidades específicas da primeira. Sob o aspecto econômico-social a Relação de Emprego se configura por ser a modalidade mais relevante de prestação de trabalho nos últimos duzentos anos (DELGADO, 2012, p. 280) e é exatamente sobre esta relação que se estruturou o Direito do Trabalho.

Neste sentido observa-se que existem requisitos que caracterizam a relação de emprego. Isso, tomando por base os empregados rurais e urbanos, pois alguns empregados possuem requisitos diferenciados.

Dentre tais requisitos se sobressai o da subordinação, que é considerado o requisito com maior importância para se caracterizar a relação empregatícia (GARCIA, 2009).

Em relação à subordinação conceitua-se, nas palavras do Ministro Maurício Godinho Delgado (2012. p. 294): “Subordinação deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores”.

Acerca dos critérios de caracterização da subordinação vê-se que eles se dividem em subordinação técnica, dependência econômica, subordinação social e subordinação jurídica. Neste sentido percebe-se também uma variada classificação da subordinação que caracteriza-se por ser direta ou indireta e por ser objetiva ou subjetiva. Por fim, nesta linha de classificação, tem-se o conceito de parassubordinação. Todos estes conceitos importantes para a assimilação e entendimento do tema.

Especificando o assunto temos as dimensões da subordinação, que pode se dar na forma clássica, objetiva e estrutural ou integrativa. Percebe-se que essas dimensões não se excluem, mas se harmonizam entre si. (DELGADO, 2012).

Especificamente esta teoria da subordinação reticular defende que quando há aliança empresarial, o terceirizado encontra-se em situação subordinada, a todas as empresas que façam parte de tal grupo econômico, mesmo que indiretamente, ainda que não receba ordens por parte da rede empresarial. Bastando apenas que o trabalhador faça parte da “rede” econômica para ser considerado empregado da empresa principal.

E é neste sentido que se cruza tal teoria com a nova redação dada ao artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei 12.551/2011.

Como também se verifica a incidência de tal possibilidade na realidade trabalhista e forense, verificando-se as questões que podem surgir no caso concreto. Verificando, além disso, as jurisprudências já existentes sobre tal matéria.

2 O ARTIGO 6º DA CLT

Estabelece o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho:

Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único – Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Tal norma sofreu alteração pela lei nº 12.551, de 15.12.2011 que adicionou o termo “e o realizado a distância”, especificou a necessidade dos pressupostos para caracterizar a relação de emprego e incluiu o parágrafo único ao artigo.

Para fins de comparativo segue abaixo a norma do anterior artigo 6º da CLT:

Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do

empregador e o executado no domicílio do empregado desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

Esta alteração ocorreu devido às novas modalidades e dinâmicas de trabalho que se descortinam nos dias atuais.

A ampliação da comunicação através da internet, da telefonia móvel, dos mais variados dispositivos de comunicação instantânea, da telemática como um todo, reduziram o tempo e as distâncias, abrindo margem para as mais variadas formas de interação entre as pessoas. Obviamente as relações de trabalho também sofreram grandes influências advindas dessas novas tecnologias.

Nesse sentido desenvolvem-se novas formas de trabalho que, estreitadas pelas comunicações, se tornaram costumeiras, daí observa-se o número, cada vez maior, de trabalhadores à distância e que, de algum modo, fogem da clássica caracterização do empregado que trabalha dentro da empresa.

Ressalta-se que o artigo em tela assinala três situações distintas nas quais é caracterizada a relação de emprego: o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância. Às quais se tecem alguns comentários.

Em relação ao trabalho realizado no estabelecimento do empregador observa-se que é o modo clássico que por muito tempo se fez hegemônico. A partir da revolução industrial até os dias atuais este foi a forma mais usual. Era uma necessidade, por exemplo, nos modos de produção fordista, taylorista bem como no oriental toyotista. Tal modo é atrelado a uma estreita subordinação empregado-empregador, este que administra a forma da produção e aquele que é dependente deste.

Por outro lado, em relação ao trabalho realizado no domicílio do empregado tem-se que este é o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere. É o que estabelece o artigo 83 da CLT. Observa-se nesse caso que o poder diretivo não é exercido plenamente, pois dificilmente se controla a jornada de trabalho. A telemática pode auxiliar o empregador nesse aspecto ao disponibilizar algumas ferramentas de fiscalização, controle e direção mais eficazes à distância, sendo perfeitamente possível a caracterização da subordinação e do controle pelo empregador. Porém, ressalta-se que nos casos de fiscalização telemática, o pressuposto da pessoalidade padece de segurança em sua confirmação, podendo ser alvo de fraudes até mesmo nos sistemas de segurança biométrica.

E por fim, referente ao trabalho realizado a distância, tem-se que este é um termo bastante abrangente, podendo abarcar tanto o trabalho realizado no domicílio do

empregado como o trabalhador que, mesmo não integrando os quadros empregatícios do estabelecimento, de algum modo faz parte da estrutura produtiva ou mesmo da rede de lucros da empresa.

É neste sentido que se observa a generalidade do termo “a distância” inserido no artigo 6º da CLT e procura-se delinear sua abrangência.

O empregado para ser caracterizado como tal só precisa preencher os cinco pressupostos da relação de emprego, trazidos pelos artigos 2º e 3º da CLT, quais sejam: pessoalidade, subordinação, onerosidade, não eventualidade e o empregado não corre o risco do empreendimento (alteridade). (CASSAR, 2011). Não importando o local onde o mesmo exerça seu serviço.

Um possível limite para a caracterização de empregado é que ele exerça uma atividade considerada compatível com a “atividade fim” da empresa. Podendo não ser caracterizado empregado aquele que exerça uma “atividade meio” através da terceirização. Destaca-se que Delgado (2012) trata do assunto de modo diverso, como será demonstrado a seguir. Portanto observa-se uma fragilidade na utilização de tal pressuposto.

Entretanto, a característica que define o empregado, de modo universalmente aceito, é a subordinação, de suma importância na legislação brasileira, bem como para a alemã, a italiana, a francesa e várias outras que também nela se baseiam.

Desse modo observa Moraes Filho (1978, p. 97):

Quase que sem exceção de autor, é este elemento aceito por todos como a verdadeira característica do contrato de trabalho, por isso não nos daremos à canseira de citar uma infinidade de livros em que se admite a subordinação jurídica como o principal elemento diferenciador do contrato de trabalho. Basta, para tanto, que se diga que a jurisprudência universal elevou este critério à categoria de verdadeira pedra de toque: se existe, há contrato de trabalho, se não, talvez [...]

3 A SUBORDINAÇÃO

Cinco são os pressupostos para a caracterização da relação de emprego: pessoalidade, subordinação, onerosidade, não eventualidade e o empregado não corre o risco do empreendimento (também chamado de alteridade) (CASSAR, 2011).

Dentre essas características, tendo todas elas a sua importância, a da subordinação se ressalta por ser a mais relevante para a caracterização do vínculo empregatício. Nesse sentido afirma Delgado (2012 p. 294):

Não obstante a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídicos que a compõem, será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia.

Nesse sentido também entende a jurisprudência pátria:

Segundo a melhor doutrina, o ponto nodal para se discernir sobre a existência entre o contrato de trabalho e contrato de emprego é aferir, sobretudo, a subordinação jurídica. Como se sabe, o contrato de trabalho é genérico, não possui conteúdo próprio que lhe seja inerente. Outras espécies lícitas de contrato de serviços podem ter os mesmos objetos que os seus, contudo, o que o singulariza é a nota subordinativa, ampla e genérica, da qual depende sua configuração. Somente o contrato de emprego é tutelado pelo Direito do Trabalho. O objeto do contrato de trabalho do ponto de vista do empregador é não só a atividade laborativa do empregado, mas sim, o trabalho subordinado, posto que, se não houvesse esta característica, não seria possível diferenciar o contrato de trabalho de outros que possuem o mesmo objeto - trabalho -, como é o caso da parceria rural, empreitada, sociedade, mandato, locação de serviços, etc. Este traço é por demais importante, na medida em que pode existir determinada situação onde não exista a prestação de serviços, permanecendo, porém, a subordinação, como por exemplo, nos casos de sobreaviso sem trabalho, em que o empregado não está com total liberdade porque continua subordinado ao empregador. Portanto, ausente o trabalho sem subordinação, não é possível cogitar da existência do contrato de trabalho. TRT da 15ª Reg. (Campinas), Proc. 32.669/97, 5ª T. Ac. 561/99, DOESP 23/02/1999, pág. 86, Rel.: Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva.

Desse modo passamos a desmiuçar tal tópico, iniciando-se pela caracterização do que é subordinação.

Etimologicamente subordinação é derivada dos termos *sub* e *ordinare*, que literalmente significam “baixo” e “ordenar” respectivamente. É um termo “utilizado pela doutrina desde o século XIX, como critério que distingue o contrato de trabalho dos que lhe são afins.” (BARROS, 2012, p. 209). “Traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores.” (DELGADO, 2012, p. 294).

No mesmo sentido Nascimento (1976, p. 351) em sua obra *Compêndio de Direito do Trabalho*, fazendo transparecer uma ideia básica de “submetimento, sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência”.

Desse modo podemos desenvolver o conceito de Subordinação. A doutrina costuma diferenciar vários critérios de classificação: a subordinação técnica, a econômica, a social e a jurídica. Observa-se que o jurídico foi o critério utilizado pelo legislador brasileiro, por isso é sobre ele que se desenvolve a conceituação.

Para Delgado (2012, p. 295):

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção

existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.

Segundo Nascimento (1989, p.103), ela traduz-se em "situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará."

Segundo Cassar (2011 p. 267):

A subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas.

No mesmo sentido Garcia (2009, p. 144) afirma que, uma relação de emprego para ter subordinação:

[...] significa que a prestação dos serviços é feita de forma dirigida pelo empregador, o qual exerce o poder de direção. O empregado, inserido na organização da atividade do empregador, deve seguir as suas determinações e orientações, estabelecidas dentro dos limites legais.

Colin (*apud* MORAES FILHO, 1971, p. 222) define a subordinação jurídica como "um estado de dependência real criado pelo direito de o empregador comandar, dar ordens" .

Explanados os principais conceitos, passa-se para algumas características da mesma. A doutrina costuma classificar a subordinação em subjetiva e objetiva.

Sob o prisma subjetivo entende-se a subordinação onde se acentua o vínculo pessoal entre empregado e empregador. Aproxima-se mais expressivamente do termo "dependência" utilizado pelo caput do artigo 3º da CLT. Porém esta concepção já está superada nos dias de hoje, pois se considera como insuficiente este critério subjetivista.

Por outra senda, pelo critério objetivo, os autores sustentam:

[...] que a subordinação deve gravitar em torno da atividade e exercitar-se pela integração do empregado na organização empresarial. Neste contexto, a relação de trabalho, caracterizada pela subordinação, é uma relação intersubjetiva (por isso, não isenta de conotações pessoais), mas o vínculo de subordinação é de ordem objetiva (ROMITA, 1979, p. 80).

Assim, esta se aproxima dos conceitos mais aceitos pela doutrina ao afirmar "que ela consiste na integração da atividade do trabalhador na organização da empresa

mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho.” (BARROS, 2012, p.211).

Pode-se também caracterizar a subordinação como direta e indireta.

A direta ocorre quando a ordem é feita diretamente “pelo patrão, pelos sócios ou diretores da empresa” (CASSAR, 2011, p. 268). Nesse caso a empresa preserva o poder de apenar o trabalhador ante o descumprimento de alguma ordem de comando diretivo (MARTINEZ, 2012).

Já a indireta ocorre quando existirem intermediários entre o empregado e o patrão. Acontece quando a ordem patronal chega ao empregado por um terceiro. (CASSAR, 2011). Incide no caso das terceirizações onde “a empresa prestadora coloca trabalhadores à disposição da empresa-cliente outorgando a esta apenas parte do seu poder diretivo”. (MARTINEZ, 2012, p. 132). Nesse caso ela “fraciona a subordinação jurídica que lhe é inerente e concede à tomadora o poder de dar ordens de comendo e de exigir que a tarefa seja feita a contento”. (MARTINEZ, 2012, p. 132)

Esta diferenciação traçada pela jurisprudência se encontra na parte final da Súmula 331, III, do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

[...]

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei no 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

[...]

Tal norma ressalta que o tomador do serviço não pode exercer subordinação de forma direta, sob pena de estabelecer consigo a relação de emprego. Porém, segundo ensinamento de Cassar (2011, p. 268) em seu livro Direito do Trabalho:

A subordinação indireta não altera nem modifica a relação de emprego. Não concordamos, pois com a parte final do inciso III da Súmula nº 331 do TST, que afirma que o vínculo só se forma com o tomador quando presente a pessoalidade e a subordinação direta a este, nos casos de terceirização. Ora, a subordinação é o estado de submissão ou sujeição do trabalhador e quando presente direta ou indiretamente, tem-se caracterizada a relação de emprego desde que presentes os demais requisitos.

A subordinação varia de rigidez sem, no entanto, perder a sua característica. Demonstrando-se assim que sua essência não reside no grau de dependência do empregado, nem mesmo no local da labuta, e sim na possibilidade da empresa de intervir,

controlar ou fiscalizar o serviço prestado.

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, mesmo porque, em relação aos trabalhadores intelectuais, ela é difícil de ocorrer. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. **Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado.** Por isso, nem sempre a subordinação jurídica se manifesta pela submissão a horário ou pelo controle direto do cumprimento de ordens. (BARROS, 2012, p. 210)

Afirma Sanseverino (1976 *apud* BARROS, 2012) que a subordinação varia de intensidade, passando de um máximo a um mínimo, segundo a natureza da prestação de trabalho e à medida que se passa do trabalho prevalentemente material ao prevalentemente intelectual.

Aqui vale ressaltar a chamada parassubordinação. Nome dado “pelo Direito italiano aos trabalhadores nas relações de coordenação que, embora executem trabalho pessoal, mediante paga, têm uma subordinação tênue, mais frágil” (CASSAR, 2011, p. 270), afirmando ainda que a parassubordinação é a “subordinação dos não empregados que, têm características de empregado, normalmente apresentada de forma leve, tênue”. Em outras palavras esta existe quando o trabalhador não for empregado, mas tiver características semelhantes aos empregados. Estes trabalhadores de difícil classificação empregatícia se situam na chamada “Zona *grise*”, zona cinzenta. (CASSAR, 2011, p. 270)

4 DIMENSÕES DA SUBORDINAÇÃO

Como todo fenômeno social a subordinação também incorre em modificações, devidas tanto a alteração no campo do trabalho tanto pelas novas percepções atingidas pelo próprio Direito nesta área. Desse modo destacam-se, neste contexto, três dimensões da subordinação: a clássica, a objetiva e a estrutural. (DELGADO, 2013).

Antes de tudo evidencia-se que elas não se excluem entre si, pelo contrário elas se completam harmonicamente. A utilização destas dimensões permite superar as dificuldades de enquadramento dos novos fatos trabalhistas à relação de emprego, o que retoma ao “clássico e civilizatório expansionismo do Direito do Trabalho”. (DELGADO, 2013, p.296)

Passemos a analisar cada uma delas.

Primeiramente tratamos da dimensão clássica que consiste na situação jurídica que deriva do contrato de trabalho onde o trabalhador se compromete a se submeter ao

poder diretivo da empresa em relação ao modo de prestação do serviço. Historicamente é o modo que primeiro substituiu a servidão devido à disseminação do capitalismo na Europa. É a forma original da subordinação e que ainda hoje é bastante comum (DELGADO, 2013).

Em segundo plano, tem-se a dimensão objetiva (esta não se confunde com a classificação segundo o vínculo já abordada) que ocorre “pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços” mesmo que de modo mais tênue. Segundo Vilhena (1975, p. 235) esta noção “[...] vincula a subordinação a um critério exclusivamente objetivo: poder jurídico sobre atividade e atividade que se integra em atividade” . Como se observa, especifica-se pela obra do trabalhador se harmonizar aos objetivos empresariais.

Delgado (2006, p. 667) observa, sobre esta dimensão, que mesmo que louvável, por ser um conceito demasiadamente amplo, acabou por fugir do seu objetivo, tornando-se debilitado. Em sua abrangência, este critério não consegue diferenciar o trabalhador autônomo do subordinado, pois ambos podem estar harmonizados com o objetivo da empresa.

Finalmente, por fundamental, ressalta-se a chamada subordinação Estrutural ou Integrativa ou Reticular, que será desenvolvida adiante.

Esta noção de subordinação já foi acolhida e utilizada em acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. A seguir, a ementa de um deles:

EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO — CONFIGURAÇÃO — A relação empregatícia forma-se quando presentes os elementos fático-jurídicos especificados pelo caput dos arts. 2º e 3º da CLT: trabalho prestado por pessoa física a um tomador, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. A subordinação, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer destas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista (art. 3º, caput, CLT) (Acórdão proferido no Recurso Ordinário n. 326-2007-076-03-00-4)

5 SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, INTEGRATIVA OU RETICULAR

Para Delgado (2006, p.667):

[...] estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de

receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

Este mesmo autor afirma que nesse tipo de subordinação o trabalhador pode realizar tanto uma atividade-meio como uma atividade-fim de quem toma o serviço. Apenas sendo necessária a adequação, subordinada, ao sistema de organização e operação se adaptando à lógica do tomador, e se submetendo ao seu poder diretivo. Nas suas palavras:

É trabalhador subordinado [...] aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços e até mesmo nem realizar os objetivos do empreendimento (atividades-meio, por exemplo), acopla-se, estruturalmente, à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviços (subordinação estrutural) (DELGADO, 2012, p. 299)

Já Cassar (2011, p.272), de modo menos abrangente, afirma que:

[...] toda vez que o empregado executar serviços essenciais à atividade-fim da empresa, isto é, que se inserem na sua atividade econômica, ele terá uma subordinação estrutural ou integrativa, já que integra o processo produtivo e a dinâmica estrutural de funcionamento da empresa ou do tomador de serviços.

Nesta senda, o TST diferencia a atividade-meio (complementar) e a atividade-fim (principal), permitindo que aquela seja objeto da terceirização enquanto que é vedada a esta. Proíbe-se nesta vedação a contratação por empresa interposta, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviço. É o que se percebe na súmula 331, I, do TST.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

Vale lembrar que tal súmula é de formulação anterior à modificação do artigo 6º da CLT pela lei nº 12.551. Não sendo empecilho a uma interpretação livre deste artigo.

O ponto de relevância em tal teoria é o fato de que todos os prestadores que se inserirem, direta ou indiretamente, independente de onde preste o serviço, na rede organizacional (daí o termo reticular), na estrutura econômica (origem do termo estrutural) ou mesmo integrem de algum modo à dinâmica produtiva da tomadora (daqui o termo integrativa), são subordinados.

É sabido que esta subordinação é mais tênue, porém ela existe de fato. O trabalhador que se submete a prazos, a qualidade de serviço, a um padrão exigido pela tomadora do serviço, mesmo que receba uma ordem indireta, está se submetendo ao poder organizacional dela, sendo por isso subordinado.

Segue alguns julgados acerca do tema:

SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - SUBORDINAÇÃO ORDINÁRIA. O Direito do Trabalho contemporâneo evoluiu o conceito da subordinação objetiva para o conceito de subordinação estrutural como caracterizador do elemento previsto no art. 3º da CLT, que caracteriza o contrato de trabalho. A subordinação estrutural é aquela que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica da atividade econômica do tomador de seus serviços, pouco importando se receba ou não ordens diretas deste, mas, sim, se a empresa o acolhe, estruturalmente, em sua dinâmica de organização e funcionamento, caso em que se terá por configurada a relação de emprego. (00413-2007-019-03-00-7 RO - 7ª T. - Rel. Desembargador Emerson José Alves Lage - Publ. "MG" 24.04.08).

SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, INTEGRATIVA OU RETICULAR - OU SIMPLEMENTE SUBORDINAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. A subordinação como um dos elementos fático-jurídicos da relação empregatícia é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente a outrem. Estar subordinado é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potência. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade info-info (expressão do grande Chiarelli), baseada na informação e na informática, a subordinação não é mais a mesma de tempos atrás. Do plano subjetivo - corpo a corpo ou boca/ouvido- típica do taylorismo/fordismo, ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial. A empresa moderna livrou-se da sua represa; nem tanto das suas presas. Mudaram-se os métodos, não a sujeição, que trespassa o próprio trabalho, nem tanto no seu modo de fazer, mas no seu resultado. O controle deixou de ser realizado diretamente por ela ou por prepostos. Passou a ser exercido pelas suas sombras; pelas suas sobras - em células de produção. A subordinação objetiva aproxima-se muito da não eventualidade: não importa a expressão temporal nem a exteriorização dos comandos. No fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção objetiva do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial. Nesse aspecto, diria até que para a identificação da subordinação se agregou uma novidade: núcleo produtivo, isto é, atividade matricial da empresa, que Godinho denominou de subordinação estrutural. A empresa moderna, por assim dizer, se subdivide em atividades centrais e periféricas. Nisso ela copia a própria sociedade pós-moderna, de quem é, simultaneamente, mãe e filha. Nesta virada de século, tudo tem um núcleo e uma periferia: cidadãos que estão no núcleo e que estão na periferia. Cidadãos incluídos e excluídos. Trabalhadores contratados diretamente e terceirizados. Sob essa ótica de inserção objetiva, que se me afigura alargante (não alarmante), eis que amplia o conceito clássico da subordinação, o alimpamento dos pressupostos do contrato de emprego torna fácil a identificação do tipo justralhista. Com ou sem as marcas, as marchas e as manchas do comando tradicional, os trabalhadores inseridos na estrutura nuclear de produção são empregados. Na zona grise, em meio ao fogo jurídico, que cerca os casos limítrofes, esse critério permite uma interpretação teleológica desaguadora na configuração do vínculo empregatício. Entendimento contrário, data venia, permite que a empresa deixe de atender a sua função social, passando, em algumas situações, a ser uma empresa fantasma - atinge seus objetivos sem empregados. Da mesma forma que o tempo não apaga as características da não eventualidade; a ausência de comandos não esconde a dependência, ou, se se quiser, a subordinação, que, modernamente, face à empresa flexível, adquire, paralelamente, cada dia mais, os contornos mistos da clássica dependência econômica. (00942-2008-109-03-00-2 RO - 4ª T.

– Rel. Luiz Otávio Linhares Renault – Publ. “MG” 13.12.2008)

Em sentido contrário o julgado seguinte:

CARACTERIZAÇÃO - RELAÇÃO DE EMPREGO - SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - SUBORDINAÇÃO JURÍDICA - ARTIGO 3º DA CLT Ainda que louváveis as teses jurídicas que adotam as figuras da subordinação estrutural ou da subordinação reticular no Direito do Trabalho, prevalece o contido na Consolidação das Leis do Trabalho, que, enquanto não modificada pelo legislador ordinário, permite apenas a subordinação jurídica para caracterizar a relação típica de emprego, dentro os pressupostos de artigo 3º da CLT. (TRT 3ª Região. Terceira Turma. 0001978-85.2011.5.03.0044 RO. Recurso Ordinário. Rel. Desembargadora Emilia Facchini. DEJT 13/08/2012 P.59)

Ante o exposto, retomando as palavras de Delgado (2013, p. 297):

Essa moderna e renovada compreensão do fenômeno da subordinação. Que efetivamente possui nítido caráter multidimensional, tem sido percebida não só pela doutrina e jurisprudência mais atentas e atualizadas, como também pelo próprio legislador.

Ressalta-se que esta dimensão da subordinação já está contida na legislação trabalhista da CLT, mas de modo ainda embrionário está sendo açambarcada pelos tribunais. Este mesmo doutrinador complementa que esta é a linha que se desponta pela nova redação do artigo 6º da CLT:

[...] de modo a incorporar, implicitamente, os conceitos de subordinação objetiva e de subordinação estrutural, equiparando-os, para os fins de reconhecimento da relação de emprego, à subordinação tradicional (clássica), que se realiza por meios pessoais e diretos de comando controle e supervisão do trabalho alheio. (DELGADO, 2013, p. 297)

Esta tese facilmente é comprovada pela simples observação de que o conceito clássico de subordinação não engloba os tipos de trabalho a distância previstos nesta norma, restando claro que ocorre uma equiparação da subordinação estrutural à tradicional, pelo ordenamento. Nesse sentido:

Ora, essa equiparação se dá em face das dimensões objetiva e também estrutural que caracterizam a subordinação, já que a dimensão tradicional (ou clássica) usualmente não comparece nessas relações de trabalho à distância. (DELGADO, 2013, p. 297)

Assim, demonstrado o acolhimento de tal dimensão da subordinação pelo ordenamento, resta necessário estabelecer a abrangência da subordinação estrutural inclusa na nova norma do artigo 6º da CLT.

Tal linha de subordinação não visa apenas uma maior efetividade do direito

laboral, nem mesmo uma redução da informalidade, mas prioriza sim uma verdadeira ampliação do direito Trabalhista. (DELGADO, 2006).

O artigo 6º não deixou clara a amplitude de sua norma. O termo “a distância” mostra-se demasiadamente genérico, porém o mesmo artigo trouxe em seu texto uma limitação legal: “desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”. Isso demonstra que a amplitude da norma será equitativa à amplitude dos pressupostos.

Nesta senda, ressalta-se a suma importância da subordinação nessa análise, não só pelos argumentos já expostos, mas por ser o pressuposto que sofre nítida modificação de conceito. Os demais pressupostos tendem a manter seus limites usuais. Assim a ampliação conferida pelo artigo 6º da CLT se demonstra na mesma medida da ocorrida à subordinação.

Destaca-se que tal concepção estrutural acarreta, em termos práticos, mudanças das mais variadas nas relações trabalhistas. Seguindo um critério dedutivo, analisemos algumas delas.

5.1 A TERCEIRIZAÇÃO

Destaca-se que, segundo CASSAR (2011) e grande parte da jurisprudência, deve ser caracterizado como empregado aquele terceirizado que possui como função uma atividade-fim da empresa, ou seja, aquele que exerce uma função compatível com os objetivos principais do serviço prestado. É a chamada terceirização ilícita prevista pela súmula 331, I do TST.

Já de acordo com Delgado (2012), com a subordinação estrutural se pode vir a caracterizar como empregado até mesmo o terceirizado que realiza uma atividade-meio, ou seja, uma atividade complementar, acessória ao serviço oferecido pela empresa. Esta visão se mostra mais abrangente.

No sentido de proteção ao trabalhador e evidenciando as incertezas da legalização da terceirização, Ferreira; Jeha (2010, p. 10) defendem que:

[...] apesar dos contínuos esforços da sociedade, o que se vê, cotidianamente, é a comum degradação das relações sociais empregatícias na terceirização. O trabalhador terceirizado é comumente desamparado para evitar o reconhecimento da subordinação direta entre a empresa tomadora e ele.

E ainda:

Mas como em tudo que existe, há a outra face da questão: muitas empresas tomadoras poderiam deixar de terceirizar pela existência dessas novas exigências burocráticas e, principalmente pela possibilidade de serem responsabilizadas diretamente.

Observando tal tema da terceirização pelo prisma da subordinação estrutural conclui-se que esta vem de modo a solucionar a desestabilização daquele instituto face ao ordenamento, ampliando a proteção trabalhista àqueles que se encontram não tão amparados por tal direito. Nesse sentido:

Por meio da noção de subordinação estrutural poderiam ser superadas as atuais dificuldades, enfrentadas pelos operadores jurídicos no enquadramento de situações fáticas, advindas do uso do conceito tradicional de subordinação. Tais dificuldades foram agravadas em virtude de fenômenos contemporâneos como a terceirização trabalhista. Nesse sentido, a noção proposta permite não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, mas também oferece uma resposta normativa eficaz a alguns dos seus instrumentos desregulamentadores mais recentes, como a terceirização. (PORTO, 2010, p.235)

Nesta senda, afirma-se que “a terceirização deve compreender contratação de serviços, não de trabalhador específico e subordinado nem temporário.” (ALMEIDA, 2012, p. 140).

TERCEIRIZAÇÃO. PIZZARIA. ENTREGA A DOMICÍLIO. Demonstrado nos autos que o objeto social da recorrida "a comercialização de comestíveis, bebidas e correlatos e promoções artísticas", conclui-se que o serviço de entrega de pizzas a domicílio constitui mero facilitador oferecido ao cliente. Lícita, assim, a terceirização dessa atividade, porque periférica e destinada ao aperfeiçoamento da logística da empresa tomadora. TRT da 3ª Região (Minas Gerais), RO 01292-2003-002-03-00- 5, 2ª T., 03.02.2004, publ. 11.02.2004, Rel.: Juiz Ricardo Marcelo Silva.

SUBORDINAÇÃO RETICULAR - TERCEIRIZAÇÃO – EXTERNALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ESSENCIAIS - EMPRESA-REDE - VÍNCULO DE EMPREGO COM BANCO. 1. A nova organização produtiva concebeu a empresa-rede que se irradia por meio de um processo aparentemente paradoxal, de expansão e fragmentação, que, por seu turno, tem necessidade de desenvolver uma nova forma correlata de subordinação: a reticular. 2. O poder de organização dos fatores da produção é, sobretudo, poder, e inclusive poder empregatício de ordenação do fator-trabalho. E a todo poder corresponde uma antítese necessária de subordinação, já que não existe poder, enquanto tal, sem uma contrapartida de sujeição. Daí que é decorrência lógica concluir que o poder empregatício do empreendimento financeiro subsiste, ainda que aparentemente obstado pela interposição de empresa prestadora de serviço. O primado da realidade produtiva contemporânea impõe reconhecer a latência e o diferimento da subordinação direta. (01251-2007-110-03-00-5 RO - 1ª T. - Rel. Juiz Convocado José Eduardo de Resende Chaves Júnior - Publ. "MG" 11.04.08).

TERCEIRIZAÇÃO E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - No exercício da função de instalador/emendador de cabos telefônicos, o autor exercia função perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais da companhia telefônica (TELEMAR). E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não há mais necessidade de ordem direta do empregador, que passa a ordenar apenas a produção. Nesse ambiente pós-

grande indústria, cabe ao trabalhador ali inserido habitualmente apenas "colaborar". A nova organização do trabalho, pelo sistema da acumulação flexível, imprime uma espécie de cooperação competitiva entre os trabalhadores que prescinde do sistema de hierarquia clássica. Em certa medida, desloca-se a concorrência do campo do capital, para introjetá-la no seio da esfera do trabalho, pois a própria equipe de trabalhadores se encarrega de cobrar, uns dos outros, o aumento da produtividade do grupo; processa-se uma espécie de sub-rogação horizontal do comando empregatício. A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação. Nessa ordem de idéias, é irrelevante a discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização, como também a respeito do disposto no art. 94, II da Lei 9.472/97, pois no contexto fático em que se examina o presente caso, resume da prova a subordinação do reclamante-trabalhador ao empreendimento de telecomunicação, empreendimento esse que tem como beneficiário final do excedente do trabalho humano a companhia telefônica. Vale lembrar que na feliz e contemporânea conceituação da CLT - artigo 2º, caput - o empregador típico é a empresa e não um ente determinado dotado de personalidade jurídica. A relação de emprego exsurge da realidade econômica da empresa e do empreendimento, mas se aperfeiçoa em função da entidade final beneficiária das atividades empresariais." (DJ 03/08/2007). Dado provimento aos embargos de declaração para sanar contradição, ementando-se: "...O v. acórdão embargado concluiu assim, que a existência de empresa interposta não obsta a configuração da subordinação estrutural em relação à TELEMAR, e reconheceu, ao final, como de emprego, a relação jurídica de prestação de serviço que existiu entre o reclamante e a segunda reclamada - assegurando ao reclamante, pelas razões também já exaustivamente expostas no subitem 2.1 (fl. 571, parte final), os direitos assegurados pelos instrumentos coletivos aplicáveis aos empregados da TELEMAR (previstos nos instrumentos normativos firmados pela SINTTEL). Nesse sentido, é de dar provimento aos embargos, a fim de esclarecer que o acórdão não considerou ilícita a terceirização, senão concluiu pela subordinação estrutural do autor à TELEMAR. Dessa forma, fica sanada a contradição na parte dos fundamentos que fez breve referência a suposta ilicitude da terceirização. (RO-00059-2007-011-03-00-0 - TRT da 3ª Região - Rel. Juiz Convocado JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR -DJ 22.08.2007)

5.2 O TRABALHO AUTÔNOMO

Importante também tecer alguns pontos sobre o trabalho autônomo. O tradicional traço que diferencia o trabalhador autônomo do empregado é o controle realizado sobre a função do empregado pelo empregador, porém esse critério técnico a muito já foi superado.

Uma outra tentativa na procura de um traço diferenciador entre trabalho subordinado e trabalho autônomo é a chamada **integração do trabalhador na organização empresarial**, isto é, a base para se definir a relação de emprego residiria no fato de o empregado constituir parte integrante da organização. É a substituição da subordinação-controle ou subjetiva pela subordinação-integração ou objetiva. (BARROS, 2012, p. 223)

Nesta senda, o problema principal acontece na definição do que é integração ou organização empresarial. Segundo Barros (2012, p.224) "há quem interprete

organização como empresa ou negócio” outros já afirmam ser necessário analisar vários fatores e indícios para estabelecer esse conceito.

Porém estes critérios são insuficientes para caracterizar o trabalho autônomo. Nesse sentido a doutrina Italiana apresenta critérios complementares idôneos para aferição dos elementos da subordinação, nos casos de o poder diretivo se apresentar atenuado, como nos serviços de caráter intelectual, evitando a tentação de qualificar tais trabalhadores como autônomos. Devendo eles ser considerados em conjunto e não individualmente. Entre eles:

[...] se a atividade laboral poderá ser objeto do contrato de trabalho, independentemente do resultado dela consequente; se a atividade prevalentemente pessoal é executada com instrumentos de trabalho e matéria-prima da empresa; se a empresa assume substancialmente os riscos do negócio; se a retribuição é fixada em razão do tempo de trabalho subordinado, pois se ela é comensurada em função do resultado da atividade produtiva, tende à subsistência de um trabalho autônomo, embora essa forma de retribuição seja compatível com o trabalho a domicílio subordinado; a presença de um horário fixo é também indicativa de trabalho subordinado, o mesmo ocorrendo se a prestação de serviço é de caráter contínuo. (GALANTINO, 2000 *apud* BARROS, 2012, p. 225)

No caso do trabalhador autônomo a subordinação não está presente nem mesmo de modo atenuado. Nas palavras de Barros (2012, p. 229):

Não há um critério abstrato capaz de fornecer a qualificação jurídica do trabalho subordinado, dada a permeabilidade que existe na sua linha divisória com o trabalho autônomo. É necessário, portanto, extrair tal qualificação da forma pela qual se realizou a prestação de serviços.

Porém, é sabido que neste tipo de trabalho não ocorre subordinação, nem mesmo de modo tênue, portanto tais trabalhadores não podem, nessa condição, serem abarcados pela teoria estrutural.

5.3 O TELETRABALHO

Já não é novidade no ambiente trabalhista o chamado teletrabalho, seu conceito não é bem definido pela doutrina mas, em síntese, este se conceitua como o trabalho “a distância”.

A modificação do artigo 6º da CLT visou, diretamente, atingir esse tipo de trabalhador, aquele que exerce sua função de forma descentralizada, e não no estabelecimento do empregador.

Se com uso ou não de tecnologia, o importante aqui é esclarecer quais as

mudanças que tais empregados sofreram com a alteração da CLT.

Primeiramente, se faz mister analisar o direito a horas extras de tal empregado. À luz da súmula 118 do Tribunal Superior do Trabalho a qual orienta que “Os intervalos concedidos pelo empregador, na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada” destaca-se possibilidade do empregado reclamar horas extras de modo muito amplo.

Deve o empregador criar formas de fiscalização efetivas e seguras, se deseja evitar ações em face de sua empresa. Com a ajuda da tecnologia, tal controle pode se dar pelo efetivo acesso a uma plataforma disponibilizada pela empresa, de modo a possibilitar ao empregador as horas efetivamente disponibilizadas pelo empregado.

Ressalta-se novamente a ampla possibilidade de fraude no sentido de quebra do pressuposto da pessoalidade.

Porém defende-se também que o teletrabalho seja considerado um serviço externo, enquadrando-se no disposto no artigo 62, I da CLT.

Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;
[...]

Desse modo estaria, esse tipo de emprego, excluído do direito às horas extraordinárias. Esta defesa, porém, foge ao princípio da proteção ao trabalhador, pois é uma forma de levar o empregador ao enriquecimento à custa do trabalhador, que pode ser explorado em tempo integral por aquele.

Desse modo, cabe ao empregador a cautela ao enviar *e-mails*, mensagens SMS e outras mensagens do gênero ao empregado, pois isso pode ser caracterizado como controle e comando, e assim gerando direito, por parte do empregado, de remuneração extra por extrapolar o horário normal de serviço. É certo que nem toda mensagem dirigida pelo empregador ao empregado pode ser considerada como indicativo de hora extra devida ao empregado, neste ponto o que vale é a análise no caso concreto.

Para melhor visualização destes tipos de empregados, seguem alguns exemplos: o jornalista, o artista, o empregado ligado à publicidade, os professores de telecursos e os profissionais de tecnologia da informação (TI).

5.4 A FRANQUIA

Interessante o caso do franqueado, que se encaixa perfeitamente no conceito de subordinação estrutural e ainda com a nova redação do artigo 6º da CLT.

Este se conforma com a dinâmica empresarial do franqueador, podendo até estar nesse sentido submetido por previsão contratual. Bem como, é subordinado a este, ao ter que manter o padrão de qualidade e o modo de executar o serviço segundo um “estilo” pré-estabelecido.

A principal diferença entre o franqueado e o empresário franqueador é o local de execução do serviço, o que não pode ser alvo de distinção segundo a redação do artigo 6º da CLT, que não distingue o trabalho “a distância”.

Porém, sem mais se delongar, este exemplo, na legislação brasileira não é válido por previsão legal que, seguindo o motivo originário deste instituto, estabeleceu no final do artigo 2º da Lei 8.995/94 que este é um sistema estabelecido “sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”.

Poderia se cogitar um conflito de normas. Porém, para os fins específicos visados, tal situação não se encontra englobada para fins da consideração do vínculo empregatício.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, observa-se que a teoria da subordinação estrutural foi acolhida pelo ordenamento jurídico, mais especificamente no texto do artigo 6º da CLT. Mesmo que, de modo implícito, esta nova redação extrapolou o conceito clássico de subordinação, abrindo margem para uma interpretação extensiva de sua norma.

Como observado, o trabalho a distância já era abarcado pela norma celetista anterior restando claro que o objetivo do legislador seria de ampliar a proteção normativa à outros trabalhadores anteriormente não englobados.

Resta claro que a inovação tornou a norma demasiadamente ampla, passível de enquadramento por uma generalidade de trabalhadores, o que não se demonstra benéfico ao direito laboral, não sendo a pretensão dos formuladores da norma ao produzi-la. O que seria incongruente com o basilar princípio da proteção ao próprio trabalho.

Porém, demonstrou-se que, mesmo ampla, a norma celetista possui a limitação dos pressupostos para estabelecer a relação de emprego, o que, por si só, restringe a área de abrangência da norma visando evitar demasiados desvios de objetivo.

Esta inovação legislativa retoma o caráter dinâmico do direito trabalhista, e demonstra que o direito laboral vem procurando se adaptar ao mercado moderno informatizado e já muito atrelado a comunicação e demais tecnologias que facilitam novas formas de produção.

Nesse sentido ressalta-se que tal alteração vem também ratificar o compromisso do Direito trabalhista em proteger o trabalhador, a relação de trabalho e, de modo amplo, o próprio trabalho.

Destarte essa mudança se fazia necessária e já se mostrava como uma moderna tendência seguida pela jurisprudência e doutrina pátria. Deste modo, demonstrando-se de fundamental importância a formulação e aplicação de norma legal que tratasse do tema.

Assim a mudança normativa proporcionou um maior amparo aos trabalhadores que se encontravam com estes atributos e características não tradicionais, conformando-se ao princípio basilar da proteção ao trabalhador.

As consequências concretas de tal ampliação já começam a surgir nos tribunais trabalhistas, porém existe ainda uma grande gama de possibilidades de como este tema se exibirá ante a justiça.

É sabido que, tal mudança veio a proteger não só o trabalhador, mas todo um sistema de trabalho composto por empregadores e empregados dos tipos mais inovadores. O que nos leva a concluir que a interpretação de extrema ampliação do termo “a distância” não se mostra compatível com o objetivo da norma. Por outro lado, a manutenção da caracterização restritiva do vínculo empregatício se mostra não mais congruente com a norma celetista cogente, sendo óbvia a tentativa de ampliação interpretativa pretendida pela mudança do artigo 6º da CLT.

Desse modo, mostra-se essencial a adaptação jurisprudencial no sentido de uma maior ampliação da proteção trabalhista para os trabalhadores à distância, que devem ser considerados, se preenchidos os pressupostos, empregados.

Destacando que dentre o rol destes resguardados devem estar aqueles que preencherem, além dos pressupostos da pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e alteridade, o pressuposto da subordinação, não apenas em sua dimensão clássica mas também a estrutural.

Portanto, conclui-se e defende-se a tese de que a norma do artigo 6º da Consolidação da Leis do Trabalho foi modificada visando englobar, adaptando-se as novas dinâmicas trabalhistas, a teoria da subordinação estrutural.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. São Paulo: Revista LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.

FERREIRA, Davidson Malacco; JEHA, Maria Cecília de Moura Lima. A subordinação estrutural e a terceirização trabalhista. **Revista Pensar**, v. 3, n. 2, Belo Horizonte, jan. 2010.

GALANTINO, Luísa. **Diritto del Lavoro**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Subordinação Estrutural - Reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 46, n.76, jul./dez. 2007.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr/EDUSP, 1976.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A necessidade de uma releitura universalizante do conceito de subordinação. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília , Ano. 34, n. 130, p. 119-142, abr/jun. 2008.

ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANSEVERINO, Luisa Riva. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1976.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego: estrutura legal e supostos. São Paulo: Saraiva, 1975.

TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL: da legalidade pretérita às peculiaridades contemporâneas

Nayara Toscano de Brito Pereira

Graduanda em Direito pela UFPB. Bolsista PIBIC/UFPB/CNPq no Projeto de Pesquisa intitulado "CADERANTES: ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS".

Bianca Souto do Nascimento

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Integrante do Projeto de Extensão intitulado "Acesso à Jurisdição Internacional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: graves violações de direitos humanos na Grande João Pessoa.

Felipe Tôres Pereira

Graduando em Direito pela UFPB. Estagiário do Tribunal de Justiça da Paraíba. Integrante do Projeto de Extensão intitulado "Acesso à Jurisdição Internacional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: graves violações de direitos humanos na Grande João Pessoa.

Galdino Toscano de Brito Filho

Doutor em Educação pela Universidade Federal da Paraíba. Professor do Centro de Educação da Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO:

O trabalho escravo é uma forma de submissão de um homem ao outro, com condições laborais calamitosas, maus-tratos e violência física ou moral. Ademais, à pessoa escravizada está proibido abandonar o trabalho. O escravo é considerado propriedade de seu dono, por isso a vontade dos senhores é o único objetivo a ser alcançado e os esforços empregados não importam. A escravidão brasileira se desenvolveu por mais de três séculos, até a abolição, quando ocorreu a libertação dos escravos. Sem dúvida, algumas leis brasileiras foram importantes porque trouxeram direitos às pessoas escravizadas, mas, de todo modo, a conjuntura contemporânea aponta, por uma parte, para os avanços tecnológicos e trabalhos sofisticados e, por outra, trabalhos forçados e degradantes sem a real liberdade. Assim, é necessário concretizar políticas e normas laborais que sustentem o conceito de trabalho digno que se rege pelos princípios de liberdade e de dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Trabalho escravo. Escravidão. Leis de proteção ao trabalhador.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de fazer, primeiramente, um propedêutico delineamento do panorama histórico acerca do trabalho escravo, tão comum no Brasil mormente à época da colônia, ressaltando como se configurava a conjuntura escravista enquanto a prática não havia sido proibida. Para tal, com um método exploratório, se analisará a bibliografia especializada, analisando discussões doutrinárias e documentos legislativos.

Com o decurso do tempo, certos instrumentos legais concederam alguns direitos a grupos de pessoas antes inseridos no contexto de escravidão. Destarte, tais leis foram ferramentas que contribuíram para a tentativa de quebra de um paradigma tão desumano de trabalho, se é que assim pode ser chamada a atividade desenvolvida por indivíduos que

eram propriedade de outrem, que nem sequer eram senhores de suas próprias vidas e que trabalhavam não para viverem bem, mas para não verem a morte de perto através dos castigos cruéis.

Com a afamada lei que, em tese, aboliu a escravatura, datada de 13 de maio de 1888, chega ao fim um regime de trabalho violador de direitos por excelência. No entanto, há um descompasso entre esse corpo normativo pátrio e a concretude da realidade social, posto que condições laborais análogas às dos escravos continuaram a assolar parte dos brasileiros de modo clandestino, *contra legem*. Hodiernamente, muitos trabalhadores laboram em péssimas condições e por salários baixíssimos, muito aquém do necessário à sobrevivência, além de serem impedidos de deixar o trabalho máxime por contraírem dívidas impagáveis.

Assim, diante da configuração atual que o trabalho escravo assumiu, violando o grande princípio erigido pela Constituição Federal – a dignidade da pessoa humana – e afrontando direitos fundamentais, não só concernentes à noção de liberdade, mas do próprio conceito basilar de trabalho decente, há a preocupação de legislar sobre o tema tanto na Consolidação das Leis do Trabalho, quanto na própria Constituição, além dos dispositivos do Código Penal, portarias e resoluções, entre outros instrumentos normativos até internacionais.

Por isso, o presente texto visa também a analisar como o ordenamento jurídico brasileiro busca inibir formas contemporâneas de trabalho tipicamente escravo, que prejudica a saúde do trabalhador, seu convívio social e sua liberdade. Ademais, procura perfilar como se dão, na prática, situações nos moldes da escravidão, bem como as ações de fiscalização e a atuação do judiciário para punir a prática.

2 O TRABALHO ESCRAVO LEGALIZADO

Com o escopo de compreender como se configurou, no Brasil, o trabalho escravo legalizado, máxime no tocante aos escravos africanos, e, destarte, poder analisar a conjuntura atual de trabalhos que se perfilam como espécies do gênero de trabalho com condições análogas à do escravo - a escravidão contemporânea - se faz mister uma breve análise do aporte histórico concernente à época da colonização brasileira, até que se observe a feitura de leis que culminaram com o que se costuma chamar de abolição da escravatura, fato que, em verdade, nunca ocorreu efetivamente.

2.1 A ESCRAVIDÃO INDÍGENA

De pronto, para que se entenda como se apresentou o trabalho escravo, é necessário saber quem é o escravo. Respondendo a esse questionamento basilar, Davis (2001) elenca as características normalmente atribuídas ao escravo.

Em geral, tem sido dito que o escravo possui três características definidoras: sua pessoa é a propriedade de outro homem, sua vontade está sujeita à autoridade do seu dono e seu trabalho ou serviços são obtidos através da coerção (DAVIS, 2001, p. 49).

No contexto do Brasil na condição de colônia, pode-se dizer que se “combinava três caracteres: grande propriedade, monocultura e trabalho escravo” (PRADO JÚNIOR *apud* GARENDER, 1980, p. 17).

Todavia, o trabalho escravo não começou com o incentivo ao tráfico negreiro, mas sim com a exploração da própria população aborígine que em terras brasileiras vivia livremente. De início, havia apenas a extração de pau-brasil mediante o escambo: os índios recebiam variadas mercadorias para que, em troca, extraíssem a exótica e valiosa planta brasileira.

Posteriormente, o escambo foi dando lugar a uma desmedida e desarrazoada exploração do povo indígena, legitimada pela noção de “guerras justas”, entendidas como as autorizadas pela Coroa e pelos governadores ou empreendidas de encontro a ataques dos índios que integrassem tribos antropófagas. Não obstante esta definição, houve a ampliação do conceito, posto que a única condição para escravidão passou a ser o fato de os índios serem selvagens. Logo, isso se aplicava a qualquer índio, haja vista que não há como se falar em índio que não seja selvagem (BENTEMULLER, 2012).

Ao aumento do número de fiéis e à expansão do catolicismo ao redor do mundo, mormente em áreas até então não desbravadas, a escravização de índios não era viável. Melhor seria que fossem paulatinamente catequizados. Ademais, muitas doenças antes desconhecidas pelos índios passaram a matá-los em grande número. Outros, quando saudáveis, usavam os conhecimentos sobre a terra para fugirem. Além disso, a cultura indígena era distinta da típica das metrópoles europeias, pois não costumavam produzir excedentes e sua organização de trabalho também era distinta. Assim, foi-se percebendo não ser tão benéfica a escravidão indígena, sendo, cada vez mais, substituída pela lucrativa escravização e comércio de negros africanos, que já ocorria há tempos.

2.2 A ESCRAVIDÃO DO NEGRO AFRICANO

O objetivo da vinda de escravos africanos para Brasil era principalmente o

trabalho nos canaviais e engenhos de açúcar. Avulta ressaltar que as atividades eram desenvolvidas em jornadas desumanas e extremamente exaustivas, além de que o sofrimento e as situações humilhantes, a que eram submetidos, já tinham início no próprio trajeto para o Brasil, ocasião em que o número de mortos era muito alto, dadas as péssimas condições de transporte, higiene e alimentação. Porém, já que eram tratados como meras mercadorias, ainda era rentável aos comerciantes e aos senhores de escravos terem acesso aos sobreviventes.

No entanto, a manutenção do sistema escravocrata no Brasil no decorrer de mais de três séculos só foi possível graças ao interesse comum entre grandes e pequenos escravistas. Não eram apenas os grandes senhores que queriam a permanência do sistema. A escravidão não se restringiu à economia, mas foi responsável por uma construção discriminatória de pensamento e de valores no seio da sociedade brasileira que se formava. Assim:

A escravidão foi muito mais do que um sistema econômico. Ela moldou condutas, definiu desigualdades sociais e raciais, forjou sentimentos, valores e etiquetas de mando e obediência. A partir dela instituíram-se os lugares que os indivíduos deveriam ocupar na sociedade, quem mandava e quem devia obedecer. Os cativos representavam o grupo mais oprimido da sociedade, pois eram impossibilitados legalmente de firmar contratos, dispor de suas vidas e possuir bens, testemunhar em processos judiciais contra pessoas livres, escolher trabalho e empregador. (ALBUQUERQUE; FRAGA FILHO, 2006, p. 65-66)

O cansaço era evidente e as crianças e mulheres eram muito afetadas. Por isso, os índices de aborto e mortalidade infantil eram altíssimos, principalmente devido às péssimas condições de trabalho e à escassa alimentação e o pouco descanso.

Em solo brasileiro, para que houvesse a manutenção do sistema de escravidão, a violência tornou-se cotidiana, banalizada. O tratamento destinado aos escravos negros era cruel. Para evitar a rebeldia, foi sendo disseminada uma ideologia patriarcal que visava a aparentar uma proteção ao escravo, que, ainda assim, era castigado a depender das faltas que cometesse. Constata-se, pois, que:

Para manter o ritmo de trabalho, impedir atitudes de indisciplina ou reprimir revoltas, para atemorizar os escravos, mantê-los humildes e submissos, evitar ou punir fugas, os senhores recorriam aos mais variados tipos de castigos, pois os acordos e reprimendas pouco valiam. Não se concebia outra maneira de regular a prestação de serviços e a disciplina do escravo. O que se podia condenar era o excesso, o abuso cometido por alguns senhores ou seus mandatários: feitores ou "cabras". O castigo físico impunha-se, na opinião do tempo, como única medida coercitiva eficaz. Generalizara-se a convicção de que muitos escravos não trabalhavam se não fossem devidamente espancados. (COSTA, 1998, p. 337)

2.2.1 Do fim do tráfico à extinção gradual do elemento servil: ensaio para a abolição

Os debates abolicionistas foram, paulatinamente, se intensificando, a começar pela discussão sobre fim do tráfico negreiro, que era apontado como uma prática completamente desumana, a qual resultava em números alarmantes de mortes. O navio negreiro, que fazia o transporte, era, sem dúvida, palco para muitas atrocidades e evidente descaso.

Terá sido o pior lugar do mundo, o ventre da besta e o bojo da fera, embora para aqueles que eram responsáveis por ele, e não estavam lá, fosse o mais lucrativo dos depósitos e o mais vendável dos estoques.(...) O bojo dos navios da danação e da morte era o ventre da besta mercantilista: uma máquina de moer carne humana, funcionando incessantemente para alimentar as plantações e os engenhos, as minas e as mesas, a casa, e a cama dos senhores – e, mais do que tudo os cofres dos traficantes de homens (BUENO, 2004, p. 112).

Diante da Coroa britânica para que houvesse o fim do tráfico negreiro, a Lei de 7 de novembro de 1831 declarou livres os escravos vindos de fora do Império e estabeleceu penas para os importadores daqueles escravos. (BRASIL, 1831)

No entanto, foi tão nítido que a feitura da lei ocorreu apenas por conveniência que tal lei ficou conhecida como lei para inglês ver. Assim, apenas com a Lei Eusébio de Queiroz, denominação atribuída à Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850, o objetivo foi realmente realizado. Segundo a versão original dessa lei que estabeleceu medidas para a repressão do tráfico de africanos no Império, tem-se:

Art. 1º As embarcações brasileiras encontradas em qualquer parte, e as estrangeiras encontradas nos portos, enseadas, ancoradouros, ou mares territoriaes do Brasil, tendo a seu bordo escravos, cuja importação he prohibida pela Lei de sete de Novembro de mil oitocentos trinta e hum, ou havendo-os desembarcado, serão apprehendidas pelas Autoridades, ou pelos Navios de guerra brasileiros, e consideradas importadoras de escravos. Aquellas que não tiverem escravos a bordo, nem os houverem proximamente desembarcado, porém que se encontrarem com os signaes de se empregarem no trafico de escravos, serão igualmente apprehendidas, e consideradas em tentativa de importação de escravos. (BRASIL, 1850)

Percebe-se que, consoante versava a lei, haveria a apreensão das embarcações que tivessem a bordo escravos ou ao menos demonstrassem sinais de que eram usadas com o fim de transportar escravos. Ademais, o art. 4º da mesma lei dispunha que estaria caracterizado o crime de pirataria se fossem importados escravos no território do Império, sendo punido pelos Tribunais com as penas já declaradas documento editado em 1831, bem como a tentativa e a cumplicidade seriam punidas em conformidade ao Código Criminal vigente à época.

A seu turno, a Lei Nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, conhecida como Lei do Ventre Livre trouxe algumas inovações principalmente no que tange aos filhos de escravas. “Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos” (BRASIL, 1871).

Todavia, embora dispusesse que os filhos de mulher escrava que nascessem no Império desde a data da lei seriam livres, foram elencadas várias condições que deixavam a liberdade muito mais distante. A lei obrigava o senhor a permanecer com a criança até os oito anos de idade, alimentando-a e cuidando dela, porém, a partir dessa idade, poderia optar por receber uma indenização do Estado ou utilizar os serviços do menor até que ele completasse 21 anos.

Logo, observadas, criticamente, as disposições trazidas na legislação, o menor não era, em verdade, livre. Continuaria imiscuído num ambiente de exploração e levaria consigo, findo o prazo a que se obrigara a prestar serviços, o estigma de ex-escravo, que promovia a rotulação do indivíduo, o verdadeiro etiquetamento, apartando-o do resto da sociedade branca e livre realmente desde a nascença, dificultando que obtivesse boas oportunidades de trabalho e fazendo, portanto, com que preferisse, muitas vezes, permanecer vivendo tal qual um escravo.

Aos vinte e oito dias do mês de setembro de 1885, a Lei nº 3.270, conhecida como sendo dos sexagenários, visou a alterar o panorama da escravidão no Brasil. Tratava-se de um documento que possuía o escopo de regular a extinção, de modo gradual, do elemento servil. Consoante o art. 3º, § 10, vê-se que os escravos com 60 anos seriam libertos. No entanto, ainda teriam que prestar serviços ao seu antigo dono, fato que atenta contra a liberdade dele.

In verbis:

“São libertos os escravos de 60 annos de idade, completos antes e depois da data em que entrar em execução esta Lei; ficando, porém, obrigados, a titulo de indemnização pela sua alforria, a prestar serviços a seus ex-senhores pelo espaço de tres annos” (BRASIL, 1885).

Insta ressaltar que, entre outras coisas, o art. 3º, agora no §13, também aponta uma situação que se contrapõe à alforria que estava sendo apregoada, posto que dispunha que os referidos libertos, mesmo depois de terem continuado a prestar serviços por três anos, iriam continuar na companhia de seus ex-senhores, sendo por estes alimentados e vestidos, mas tendo que continuar prestando os serviços que ainda conseguissem, salvo se buscassem outros meios de sobrevivência mediante a aprovação dos *Juizes de Orphãos*.

Logo, continuava a ser uma espécie de escravidão, porém mascarada pela nomenclatura liberto.

A mais notória das leis que trouxe alguma mudança no cenário do sistema escravocrata brasileiro à época do Império foi a Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888, comumente chamada de Lei Áurea. Com ela, oficialmente foi declarada extinta a escravidão no Brasil. Este foi, em tese, o fim de um longo período, de mais de três séculos, em que houve, mediante muita violência e jornadas de trabalho intermináveis, tamanha exploração de seres humanos que estes não mais eram vistos nem se viam enquanto humanos, mas como mais uma das propriedades de seus senhores.

A lei trouxe, ao menos no papel, o fim de um sistema escravocrata excludente, desproporcional, desumano e degradante, o qual inseria homens, mulheres e crianças numa teia de relações comerciais, tolhia-lhes a dignidade e fazia com que não executassem um simples trabalho, mas perdessem, verdadeiramente, sua condição humana e o próprio direito sobre a liberdade e a vida no decorrer da atividade laboral.

Todavia, há que se perceber que o trabalho escravo deixou de ser legal, mas, na concretude da realidade social, continuou a existir clandestinamente nos dias hodiernos. Por isso, é de suma importância que, contemporaneamente, instrumento legais, somados à efetiva fiscalização e à atuação dos profissionais nas instâncias judiciárias, possam inibir essa prática secular de degradação do homem: o trabalho escravo.

3 A PROIBIÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Seguindo a mesma esteira das históricas leis que proibiram a prática do trabalho escravo, na contemporaneidade, o ordenamento jurídico brasileiro traz diversos dispositivos concernentes à vedação da espécie de relação laboral em comento, englobando normas de status constitucional e infraconstitucional, além das advindas de obrigações internacionais assumidas pelo Estado. Por esse motivo, a ordem interna é concebida como umas das mais modernas e protecionistas quanto ao tema em questão.

3.1 NORMAS INTERNAS

A Constituição Federal de 1988, a qual possui um extenso rol de direitos e garantias fundamentais à existência de qualquer pessoa, possui dentre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art.1º, III e IV), os quais, portanto, devem nortear as ações realizadas pelos agentes estatais além de

serem, em virtude da atual corrente doutrinária e jurisprudencial, de observância obrigatória pelos particulares em suas relações, pois a “liberdade do ser humano não se esgota na liberdade individual, mas continua e completa-se com a liberdade dos outros, a ninguém sendo permitido violar a dignidade humana e os direitos fundamentais de outrem” (ABRANTES *apud* WANDERLEY, 2009, p. 108).

Por oportuno, destaca-se que a dignidade da pessoa humana pode ser vista, apesar da pluralidade de definições, como um valor intrínseco a cada pessoa, sendo imprescindível para a existência de todo e qualquer indivíduo, e pressuposto para o exercício dos demais direitos, possuindo, portanto, um caráter inderrogável. Assim, tal princípio assegura a integridade moral e corresponde à necessidade de garantir condições de vida elementares, a exemplo de uma renda mínima, educação fundamental, saúde básica e acesso à justiça.

Ademais, a natural desigualdade econômica e social existente entre os partícipes de uma relação de trabalho torna-a mais propensa a transgredir o princípio em tela. Neste diapasão, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, ao analisar o Recurso Extraordinário 564.000, entendeu que, ao mencionar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, “faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo próprio homem”.

Destarte, ao tolher a liberdade e a autodeterminação dos trabalhadores, submetendo-os a péssimas condições de trabalho, sacrificando sua saúde física, mental e psicológica, o trabalho escravo, sem dúvida alguma, vai de encontro aos requisitos mais simples para se ter uma vida digna, violando, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana insculpido no texto constitucional.

Diretamente relacionado a esse aspecto, salienta-se que a Carta Magna atribui grande importância ao trabalho, pois, além de consagrá-lo como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, possui diversos outros dispositivos referentes a essa atividade humana, os quais, consoante Bulos (2011) vedam o trabalho escravo. À guisa de exemplo, pode-se mencionar: art. 5, XIII, pois as relações de trabalho não podem estabelecer tratamentos desumanos ou degradantes; art.6º, concernente ao direito ao trabalho como um direito fundamental; e o clássico art.7º, o qual traz um vasto leque de direitos dos trabalhadores, necessários para se ter condições de trabalho digno e decente.

Dessa forma, por constituírem cláusula pétrea constitucional, consoante exposto no art.60, § 4º, IV, os direitos e garantias fundamentais acima elencados não são passíveis de supressão, corroborando, portanto, para a expressa vedação constitucional ao desenvolvimento de relações de trabalho que se assemelhem com a escravista.

Passando para a análise dos dispositivos infraconstitucionais, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, diploma normativo que compila diversos direitos e deveres de empregados e empregadores, representando uma das maiores conquistas da classe trabalhadora e a sistematização do direito do trabalho, apesar de não fazer menção expressa à proibição ao trabalho escravo, impõe, por óbvio, em decorrência de sua estrutura, vedação a tal espécie de relação laboral.

A falta de formalização da relação de trabalho, o descumprimento de normas referentes à segurança e à saúde do trabalhador, a remuneração desproporcional e a imposição de jornadas estafantes são algumas das previsões normativas comumente desrespeitadas quando há a constatação desse tipo de atividade laboral.

O Código Penal (1940), a seu turno, prevê expressamente, em seu art. 149, o crime de redução a condição análoga à de escravo, crime de natureza continuada, visto que se protraí no tempo e que possui como bem jurídico principal a liberdade individual, pois, como preleciona Bittencourt (2012, p. 373):

[...] reduzir alguém a condição análoga à de escravo equivale a suprimir-lhe o direito individual de liberdade, deixando-o completamente submisso aos caprichos de outrem, e exatamente aí reside a essência desse crime, isto é, na sujeição de uma pessoa a outra, estabelecendo uma relação entre sujeito ativo e sujeito passivo análoga à da escravidão: o sujeito ativo, qual senhor e dono, detém a liberdade do sujeito passivo em suas mãos.

O caput do artigo em análise traz as condutas que ensejam a caracterização do crime em análise, quais sejam: submeter a trabalhos forçados ou a jornadas exaustivas, sujeição a condições degradantes de trabalho, ou restringir, por qualquer meio, a locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Além disso, Greco (2012) afirma que o tipo penal em questão também procura tutelar, além da liberdade, a vida, a saúde, bem como a segurança do trabalhador.

Ademais, consoante o §1º, também caracterizam tal crime o cerceamento pelo empregador do uso de qualquer meio de transporte pelo trabalhador a fim de retê-lo no local de trabalho, ou, objetivando o mesmo escopo, quando o patrão empreende vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador.

Apesar de se tratar de um crime relacionado à área trabalhista, a competência para julgá-lo é da jurisdição criminal, sendo a Justiça do Trabalho competente para apreciar o dano moral, seja individual ou coletivo, resultante da prática de tal crime. Além disso, a ação penal independe de representação da vítima, visto que lesa bens jurídicos de interesse de toda a sociedade.

Dito isso, ressalta-se que, consoante o §2º, caso a conduta típica seja cometida contra crianças ou adolescentes ou motivada por preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou origem, a pena abstratamente cominada, de dois a oito anos de reclusão, além de multa, é aumentada da metade.

Quanto a esses aspectos, é imperioso destacar que a lei penal se omite sobre a devida majoração quando o crime é perpetrado contra idosos, principalmente ante o aumento da proteção dessa parcela da sociedade conferida com a vigência do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). Por outro lado, a pena cominada, se comparada a crimes que possuem características semelhantes, é branda, prejudicando o caráter inibidor de tal texto normativo.

Ainda na seara penal, é sabido que a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), em seu art. 126, §2º, permite que presidiários tenham sua pena diminuída em um dia para cada três dias trabalhados. Apesar de o trabalho ter a feição de dever e das vantagens que pode acarretar, além de estar em consonância com as condições dignas de labor, deve ocorrer de forma voluntária, não podendo haver quaisquer espécies de constrangimento a fim de realizar tal atividade. Nesse sentido, em caso de recusa, além de não obter a remissão, o preso estará impedido de receber outros benefícios, como a suspensão condicional da pena, mas nunca, frise-se, poderá ser impelido a trabalhar sem sua expressão volitiva.

Quando um empregado é resgatado da condição análoga à de escravo faz jus, além das reparações advindas do âmbito cível, a uma assistência estabelecida pela Lei 10.608/2002 (antiga medida provisória 74/2002). Por meio do referido texto normativo, o trabalhador tem o direito de receber três parcelas do seguro desemprego, no valor de um salário mínimo, além de ser recolocado no mercado de trabalho mediante a atuação do Sistema Nacional de Emprego (SINE).

A previsão de tal benefício é de suma importância, pois garante novas perspectivas de vida àqueles que foram submetidos a condições de trabalho aviltantes, causadoras de transtornos físicos, mentais e psicológicos. De forma contrária, portanto, ao ocorrido com os escravos quando sobreveio o advento da Lei Áurea, os quais, em virtude da ausência de qualquer apoio governamental, ficaram a mercê da sociedade, sendo alvo de práticas excludentes e discriminatórias, permanecendo, na maioria dos casos, nas mesmas condições anteriores.

Ainda em relação às normas infraconstitucionais, o Ministério do Trabalho e Emprego instituiu, por meio das Portarias n.ºs 1.234/2003 e 540/2004, o chamado Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo,

sendo mais conhecido como “lista suja” do trabalho escravo. O empregador possui seu nome inserido no referido cadastro após decisão administrativa final referente ao auto de infração lavrado quando fora constatado a presença de trabalhadores nas referidas condições.

Atualmente, a portaria interministerial n.2/2011, editada pelo Ministério do Trabalho e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, regula a formação do referido cadastro, estabelecendo, em seu art. 3º, que sua atualização ocorrerá a cada seis meses, além de determinar, no art. 4º, o monitoramento dos infratores pelo período de dois anos, contados da data de inclusão de seus nomes no cadastro, a fim de verificar a correção das circunstâncias que ensejaram a inclusão.

Expirado o lapso em que o infrator ficou *sub judice* e não havendo reincidência, ocorrerá a exclusão do nome do empregador da lista, contudo, terá que adimplir as multas decorrentes da fiscalização, além de comprovar a regularidade dos pagamentos referentes aos eventuais débitos trabalhistas e previdenciários, consoante estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 4º da aludida portaria.

Apesar da sua extrema relevância no combate ao trabalho escravo, uma vez que aumenta aos meios de coerção àqueles que insistem em perpetuar essa conduta inadmissível e violadora dos direitos essenciais de qualquer pessoa, a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3347 contra a Portaria nº 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego, questionando a legalidade da lista em comento.

Dentre os motivos alegados na ação, figuram: a incompetência do Ministro do Trabalho de editar uma portaria que extrapola a sua função de regulamentar a aplicação de uma lei (art.84, II da Constituição Federal) e a não observância ao princípio da presunção de inocência, posto que condenaria alguém sem a presença de uma sentença penal transitada em julgado.

Apesar de o mérito da ação não ter sido analisado, pois, consoante o entendimento do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, “a revogação ou perda de vigência da norma impugnada constitui causa superveniente de perda de objeto da ação, com o conseqüente desaparecimento do interesse de agir do autor”, porque, como dito, a Portaria Interministerial n.2/2011 revogou a portaria contestada na ADI-3347, faz-se mister contestar os argumentos acima elencados, até porque esta portaria versa sobre o mesmo assunto daquela. Saliendo, por oportuno, que a instrução normativa n.91/2011 do Ministério do Trabalho e Emprego também estabelece disposições referentes à lista.

Inicialmente, quanto ao princípio da legalidade, inculcado nos arts. 5º, II e 37,

caput, da Constituição Federal, percebe-se que os órgãos administrativos devem dispor de mecanismos previamente estabelecidos que regulem sua atuação dentro da esfera de sua competência. Assim, dentre as atribuições do Ministério do Trabalho e Emprego, expostas no art 1º de seu regimento interno, inserem-se a fiscalização do trabalho, com a aplicação de sanções impostas por normas legais ou coletivas e a segurança e a saúde no trabalho, incumbências que foram exercidas quando da edição das diversas portarias que regulam o referido cadastro, pois as condições análogas a escravidão afetam, direta ou indiretamente, a saúde e/ou a segurança dos empregados, devendo ser combatidas por meio de uma intensa fiscalização e a aplicação das punições cabíveis.

Ademais, tal competência encontra supedâneo no art. 21, XXIV, o qual estipula que a União é competente para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, e no art. 87, parágrafo único, I, que trata da atribuição do Ministro de Estado em orientar, coordenar e supervisionar a ação de órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência, ambos da Constituição Federal. Acerca desse íterim, coleciona-se a seguinte jurisprudência, a qual, embora aborde a portaria 504/2004, amolda-se a análise em tela, afirmando que o dito instrumento normativo

[...] empresta reverência aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, com destaque para a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, inciso III e IV). Amolda-se a iniciativa ministerial, também, ao axioma constitucional que persegue a valorização do trabalho humano e a função social da propriedade [...] (TRT-10, Relator: Juiz Luiz Henrique Marques da Rocha, Data de julgamento: 19/07/2006, 3ª Turma).

No que concerne ao princípio da presunção de inocência, contido no inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal, vê-se que não há nenhum desrespeito, visto que a inclusão do nome do empregador no cadastro decorre de um procedimento administrativo aberto em virtude do auto de infração expedido frente às evidências fáticas que foram encontradas pelas autoridades competentes. Por manter uma natureza estritamente administrativa, é desvinculado de uma condenação criminal pelo crime discutido anteriormente, sendo inserido, portanto, dentro das atividades referentes à polícia administrativa (art. 78, caput, do Código Tributário Nacional), vez que limita os direitos individuais em prol do interesse público.

Ademais, caso houvesse uma dependência em relação ao processo penal, a inserção do nome na lista perderia sua finalidade, qual seja: disponibilizar informações atualizadas aos órgãos do Estado e à sociedade sobre aqueles que ainda insistem em perpetuar prática aviltante à dignidade da pessoa humana. Sobre essa alegação, o Ministro Dias Toffoli, ao apreciar, em 21 de maio de 2012, o recurso ordinário em mandado de

segurança n. 28488, entendeu que:

[...] no Direito brasileiro, as instâncias penal, civil e administrativa não se confundem. Vale dizer: se o processo administrativo observou os trâmites legais, e nele foi produzida prova suficiente para bem caracterizar a conduta reprovável, a sanção (ou, no caso dos autos, medida administrativa) pode ser aplicada independentemente de prévia condenação criminal.

3.2 DISPOSITIVOS INTERNACIONAIS

Além dos dispositivos oriundos do ordenamento interno, o Brasil ratificou diversos tratados internacionais que tratam, direta ou indiretamente, das questões concernentes ao trabalho escravo. Isso posto, e considerando que o Estado ratificou por meio do decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados e que as disposições internacionais, quando devidamente inseridas na ordem interna, passam a compô-la, o Estado deve cumprir as obrigações contidas nos referidos instrumentos.

Ante sua relevância, deve-se esclarecer que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e que não foram aprovados conforme o expresso no art. 5º, §3º da Constituição Federal, possuem status supralegal, consoante a ilação oriunda do seguinte entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. (HC: 95967 MS, Relator: Ellen Gracie, Data de Julgamento: 11/11/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: 28/11/2008).

Nesse aspecto, o Brasil é um dos países que mais ratificam as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e, dentre essas, as de nº 29 e nº 105 abordam a temática em questão. Aquela, cuja vigência iniciou-se em 24 de agosto de 1958, possui considerações de cunho geral sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório, o qual, segundo seu art. 2º, “[...] compreenderá todo trabalho ou serviço sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”.

Dessa forma, o trabalho forçado pode advir da coação ou por meio da vontade viciada, pois, embora o indivíduo tenha aceitado inicialmente se submeter às condições ofertadas, estas foram desvirtuadas posteriormente. Ademais, em seu art. 1º, estabelece a obrigação que o Estado possui de eliminar essas espécies de trabalho no mais breve espaço de tempo possível.

Por sua vez, a Convenção 105, vigorante a partir de 18 de julho de 1965, veio

suplantar a convenção anterior, pois, embora tratem da mesma temática, inclusive esta possui conteúdo mais pormenorizado do que aquela, o novo dispositivo estabelece obrigações mais rígidas, conforme pode ser extraído do seu art. 2º ao estabelecer que “todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a adotar medidas para **assegurar a imediata e completa abolição do trabalho forçado ou obrigatório**” (grifo nosso).

Ao longo de seus artigos, dispõe basicamente sobre questões procedimentais voltadas para a ratificação da Convenção. Dessa forma, salienta-se o seu art. 1º, que determina que todos os signatários obrigam-se a repelirem e a não fazerem uso de qualquer manifestação de trabalho forçado ou obrigatório como modo de coerção ou educação política, como medida disciplinar de trabalho, de discriminação ideológica, social, econômica, nacional, religiosa, como modo de mobilizar e fazer uso da força de trabalho visando ao progresso econômico ou como correção por participação em movimento grevista.

Por sua vez, o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, incluso no ordenamento pátrio desde 06 de julho de 1992, dispõe, nos itens 1, 2 e 3 do seu art. 8º, que: “ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos; ninguém poderá ser submetido à servidão; e ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios[...]”.

Por fim, traz-se a baila a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cuja entrada em vigor ocorreu em 6 de novembro de 1992, dispondo, nos itens 1 e 2 do art. 6º, que: “ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas e ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório [...]”.

Quanto à Convenção em comento, é de bom alvitre destacar que já houve uma situação envolvendo o Brasil perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca do trabalho escravo. Trata-se do caso José Pereira, trabalhador de uma fazenda no Estado do Pará, que, juntamente com outras 60 pessoas, foi submetido à realização de trabalhos forçados e impedido de deixar o local em que se encontrava, permanecendo sob condições de vida inhumanas e ilegais. Ao tentar fugir desta situação na companhia de seu colega de trabalho, “Paraná”, ambos foram alvejados pelos seguranças da fazenda, contudo, José Pereira sobreviveu.

Em virtude da demora injustificada do Estado brasileiro em iniciar as investigações dos fatos, ocorridos em 1987, em reparar os danos causados à vítima e punir os autores, houve a submissão do caso à Comissão Interamericana em 16 de dezembro de

1994. Tal órgão considerou admissíveis as alegações sustentadas pelos petionários, porém, antes de encaminhar o caso para a Corte Interamericana, órgão responsável pelo julgamento do Estado, houve uma solução amistosa. Como decorrência desta composição, o Brasil reconheceu sua responsabilidade internacional pelas violações cometidas através da solenidade de criação da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo-CONATRAE, criada pelo decreto presidencial de 31 de julho de 2003.

4 AS PECULIARIDADES DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Apesar da oficial abolição da escravatura e dos dispositivos legislativos citados, o trabalho escravo, com a devida atenção às peculiaridades atuais, ainda é uma realidade no Brasil. A noção de trabalho escravo contemporâneo vai muito além do descumprimento de leis trabalhistas. Refere-se à situação de pessoas, independente de sexo ou idade, que sofrem com trabalhos que reúnem uma série de características, desde o desrespeito à segurança e medicina do trabalho, até a ausência de liberdade. Todavia, há que se atentar a certas especificidades, entendendo que não há tipificação legal para a escravidão, mas sim para o trabalho com redução a condição análoga à de escravo, o qual se apresenta como o gênero de que são espécies o trabalho degradante e o forçado, ao menos assim aponta a já analisada redação do Código Penal Brasileiro.

Para discutir o tema em tela, mister se faz retomar a compreensão acerca da dignidade da pessoa humana, compreendendo que, muito mais do que um princípio norteador dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, deve ser vista como o fundamento da vida dos homens, não só individualmente mas sim enquanto seres gregários, devendo ser materializada na concretude da realidade social, fazendo com que os indivíduos possam, efetivamente, gozar de boas condições de vida, sobretudo de trabalho.

Nesse diapasão, resta claro que o trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo é diametralmente oposto à dignidade da pessoa humana e impede sua concretização; portanto, em nada coaduna com o trabalho decente, consoante reconhece a própria OIT (2001): “O controle abusivo de um ser humano sobre outro é a antítese do trabalho decente”.

Tradicionalmente, os motivos que levam os indivíduos a trabalharem em condições tão humilhantes e difíceis giram em torno da coação, a qual pode assumir três principais vieses, quais sejam: o moral, o psicológico e o físico. Consoante Garcia (2012), a coação moral se dá ocorre quando o patrão, de maneira ilícita e com uso de fraude, faz com que os trabalhadores se endividem e não possam deixar o trabalho. Com a psicológica, a seu turno, os empregados são vítimas de ameaças para que tenham medo de abandonar o

emprego. Já com a física, eles são castigados fisicamente para que não tentem sair do trabalho e, ainda, deem exemplo aos demais.

De pronto, deve-se atentar, como já mencionado quando da análise dos dispositivos internacionais que versam sobre o tema, à proibição às espécies de trabalho forçado, que não só é aquele em que o empregado não se ofereceu espontaneamente para desempenhar, mas também aquele em que a pessoa é vítima de promessas falsas sobre as condições do trabalho que por ela será executado.

Ademais, outro tipo de trabalho violador de direitos por excelência é o degradante, que se apresenta com péssimas condições de trabalho, havendo ausência de garantias mínimas de segurança e saúde, bem como de higiene, respeito, alimentação, entre outras. Assim, contemporaneamente, há que se falar no explicitado crime de trabalho com redução a condição análoga à de escravo, reconhecendo que o trabalho forçado, bem como o degradante, são espécies desse gênero, conforme aponta Garcia (2012).

A escravidão contemporânea surpreende porque contradiz as concepções de democracia e de respeito aos direitos fundamentais sustentadas hodiernamente. Mas, afinal, por que ainda há atividades laborais aos moldes do trabalho escravo de outrora?

Primeiramente, porque é uma fonte em potencial de lucro para os grandes latifundiários, bem como para empresários nas áreas urbanas, os quais exploram os trabalhadores tendo custos baixíssimos para tal, fato que não ocorreria se todas as garantias de trabalho que promovem a consecução da dignidade da pessoa humana fossem respeitadas. Os empregadores não são desinformados, ao contrário, tentam a todo tempo arrumar meios para que as leis sejam burladas.

Ademais, os índices alarmantes de desemprego fazem com que haja sempre mais oferta de trabalhadores do que demanda. Assim, por vezes, aqueles se vêem obrigados a se sujeitarem a condições degradantes de trabalho se quiserem conseguir um emprego.

Percebe-se, pois, que a sociedade brasileira adentrou por essa alternativa de exclusão, deixando de explorar positivamente sua diversidade cultural, alijando-se dos benefícios da valorização da diversidade no sistema democrático. Assim, vê-se que "o Brasil escraviza o seu próprio povo, por meio da exclusão social estruturalmente integrada à cultura nacional". (JESUS, 2005, p.26)

Assim como na escravidão dos tempos de legalidade, contemporaneamente podem ser observadas relações laborais marcadas pela opressão e pela exposição dos trabalhadores a situações humilhantes, sem qualquer respeito às garantias trabalhistas que promovam o mínimo de dignidade esperado para a consecução de um trabalho decente.

No entanto, Nunes (2005) afirma que algumas coisas mudaram, uma vez que, por exemplo, a legislação brasileira proíbe o trabalho com redução a condição análoga à de escravo, os custos são muito mais baixos, já que, agora, não mais se precisa comprar um escravo, fazendo-o parte do seu leque de propriedades, mas sim envolver os trabalhadores numa rede de endividamento infundável e/ou aproveitar-se da situação de hipossuficiência deles frente ao desemprego, além de que não há mais a ligação direta com a etnia do indivíduo, em geral de origem indígena ou africana, mas sim com a pobreza que o aflige e o obriga a aturar um trabalho indigno e não decente.

Visando a impedir a continuidade da ocorrência de atividades laborais que impedem o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas e colocam o ser humano em condições muito aquém das necessárias para a promoção de um trabalho decente, que dignifica o homem, há um intenso trabalho desenvolvido pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aliado à jurisdição criminal e à aferição do dano moral, individual ou coletivo, feita pela Justiça do Trabalho, a fim de prevenir novos casos, através da fiscalização, e de julgar os responsáveis pelos que já ocorreram, consequentemente punindo-os.

Insta ressaltar a criação do Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado, através do Decreto nº 1.538, em 1995, assim como a atuação do Grupo de Fiscalização Móvel, que possuem o escopo de combaterem a forma contemporânea de escravidão, culminando com a plena efetivação da justiça social e respeito ao trabalhador, em conformidade com o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, de 2003.

Destarte, percebe-se que a escravidão, ao menos legalmente, foi abolida no Brasil em 1888, mas, em pleno século XXI, continuam a existir relações de emprego que violam direitos basilares dos cidadãos e impedem o pleno desenvolvimento de um trabalho decente. Por isso, é de suma importância que os dispositivos legais editados no Brasil e os tratados, pactos e convenções internacionais de que ele é signatário sejam respeitados. Para tanto, é evidente a relevância dos mecanismos de fiscalização e punição institucionalmente desenvolvidos em solo brasileiro, buscando, em última análise, permitir que todos os trabalhadores brasileiros sintam-se contemplados pelos direitos que a Consolidação das Leis do Trabalho, há setenta anos abarcando direitos e deveres de empregados e empregadores, trouxe, e a Constituição da República Federativa do Brasil, a Constituição vista como “cidadã”, típica de um Estado Social e Democrático de Direito, ampliou e solidificou ao longo de seus históricos vinte e cinco anos.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, é imperioso ressaltar que o trabalho escravo no Brasil, praticado com respaldo legal por mais de três séculos, não pode ser visto como um sistema hermeticamente fechado, estanque e já superado, como se não trouxesse implicações e graves consequências para o presente.

Ao contrário, a nefasta história do sistema escravista brasileiro não está distante da realidade brasileira atual e não teve o fim esperado com a Lei nº 3.353, de 1888, que, teoricamente, fora sancionada para extinguir a escravidão nesse território. Como demonstrado ao longo deste artigo, a concretude da realidade social hodierna aponta para a prática de atividades laborais que se enquadram no contexto de redução dos indivíduos à condição análoga à de escravo, tanto por, de maneira estrita, ceifarem a liberdade deles, de modo a serem obrigados a desempenhar os trabalhos, quanto por estarem diante de péssimas condições de trabalho, logo, extremamente degradantes.

Ademais, a coação, que faz as pessoas se sujeitarem a trabalhar como se escravas fossem, não necessariamente é física, podendo também assumir vieses psicológicos e/ou morais, por meio de fraudes, por exemplo. Destarte, observa-se que a contemporaneidade apresenta um grande contraste: não obstante os avanços promovidos pelo uso de tecnologia de ponta, é marcada por trabalhos que tolhem direitos elementares à própria condição humana, totalmente contrários ao valor social do trabalho.

A fim de ressaltar a importância de coibir os abusos que continuam a ser cometidos contra trabalhadores, mostrou-se o diversificado aparato legal de proteção aos direitos deles e de proibição à prática de atividades aos moldes da escravista de um passado não tão longínquo, bem como destacou-se a relevância da fiscalização e da devida punição para prevenir tais retrocessos e estabelecer uma sanção àqueles que insistirem em ter sob seu domínio pessoas trabalhando em condições completamente indignas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de.; FRAGA FILHO, Walter. **Uma história do negro no Brasil**. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2006.

BENTEMULLER, Fernanda Elisa Viana Pereira. Evolução do trabalho escravo no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12486>. Acesso em: 19 set. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. 12. ed. São Paulo:

Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 19 set. 2013

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Lei de 7 de novembro de 1831. Declara livres todos os escravos vindos de *fôra* do *Império*, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. **Coleção de Leis do Império do Brasil – 1831**, p. 182, v. 1. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

_____. Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 21 maio 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM581.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

_____. Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a

libertação annual de escravos. **Coleção de Leis do Brasil**, de 1871. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM2040.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

_____. Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885. Regula a *extinção* gradual do elemento servil. **Coleção de Leis do Império do Brasil** – 1885, p. 14, v. 1. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66550>>. Acesso em: 23 set. 2013.

_____. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no *Brazil*. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 14 maio 1888. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-3353-13-maio-1888-533138-publicacaooriginal-16269-pl.html>>. Acesso em: 23 set. 2013.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Lei 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. Lei nº 10.608, de 20 de dezembro de 2002. Altera a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, para assegurar o pagamento de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado da condição análoga à de escravo. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10608.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

_____. Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria nº 1.234, de 17 de novembro de 2003. Estabelece procedimentos para encaminhamento de informações sobre inspeções do trabalho a outros órgãos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 nov. 2003. Seção 1, p. 103. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/trabalhista/portaria_1234.htm>. Acesso em: 19 set. 2013.

_____. _____. Portaria nº 540, de 15 de outubro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 out. 2004. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BF2B6EE26648F/p_20041015_540.pdf>. Acesso em: 19 set. 2013.

_____. Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 maio 2011. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E7311D1012FFA7DD87E4E75/p_20110512_2.pdf>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº. 3347. Confederação da Pecuária e Agricultura do Brasil - CNA e Ministro de Estado do Trabalho e Governo. Relator: Ministro Carlos Britto, Brasília. **Lex**: Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 17 set. 2013.

_____. Habeas Corpus nº 95967. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Ricardo Fontes Perin e outros. Relator: Ministro: Marco Aurélio, Brasília, 20 de novembro de 2012. **Lex**: Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Recurso de Mandado de Segurança nº 28488. Impetrante: Carlos Eduardo Caputo Bastos e outros. Pólo Passivo: Advocacia Geral da União e Ministro do Trabalho e Emprego. Relator: Ministro Carlos Britto, Brasília, 21 de maio de 2005. **Lex**: Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Recurso Extraordinário nº 564000. Impetrante: Eliton de Souza e outro. Pólo Passivo: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Brasília, 01 de setembro de 2008. **Lex**: Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região). Recurso Ordinário 443200500710003. Recorrente: União. Recorrido: Destilaria Gameleira Sociedade Anônima. Relator: Juiz Henrique Marques da Rocha, Distrito Federal, 15 de setembro de 2006. **Lex**: jurisprudência do TRT, Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 17 set. 2013.

BUENO, Eduardo. **Brasil: uma História**. 1. ed. São Paulo: Ática, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório nº 95/03. Solução Amistosa: José Pereira vs. Brasil. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>. Acesso em: 19 set. 2013

COSTA, Emília Viotti da. **Da Senzala à Colônia**. 4. ed. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

DAVIS, David Brion. **O problema da escravidão na cultura ocidental**. Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 2001.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Trabalho escravo, forçado e degradante: trabalho análogo à condição de escravo e expropriação da propriedade. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, v. 24, n. 278, p. 55-63, ago. 2012.

GARENDER, Jacob. **O escravismo colonial**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1980.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2013.

JESUS, Jaques Gomes de. **Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo: Representações Sociais dos Libertadores**. 2005. 180f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília. 2005.

NUNES, Flávio Filgueiras. **A Persistência do Trabalho Escravo no Brasil**. 2005. 67f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade Vianna Júnior, Juiz de Fora, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 29, de 28 de maio de 1930. Sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_29.pdf. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Convenção nº 105, de 25 de junho de 1957. Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado. Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/convencoes/conv_105.pdf. Acesso em: 18 set. 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Não ao trabalho forçado**. Genebra – Suíça: Oficina Internacional do Trabalho, 2001

WANDERLEY, Maria do Perpetuo Socorro. A dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. **Revista do TST**, Brasília, vol. 75, n. 3, p. 106, jul/set. 2009.

IMPACTOS E PERSPECTIVAS DO COMBATE À EXPLORAÇÃO INFANTIL

Eduardo Soares Bonfim

Graduando em Direito pelo Centro de Ciência Jurídicas – Departamento de Ciência Jurídicas (DCJ/UFPB)
S. Rita.

E-mail: eduardobonfiim@hotmail.com

Wyllck Jadyson Santos Paulo da Silva

Graduando em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas – Departamento de Ciências Jurídicas
(DCJ/UFPB) Santa Rita.

E-mail : wyllckjadyson@hotmail.com

RESUMO:

O presente trabalho tem por finalidade estabelecer uma breve leitura e análise, partindo dos aspectos históricos e sociais da exploração ao trabalho infantil, bem como contextualizando a eficácia dos atos normativos disciplinados na Constituição Federal e na Consolidação das Leis Trabalhistas concernentes a proteção e eliminação do labor infantil. Paralelamente, cumpre problematizar os dispositivos legais com planos e projetos elaborados por Organizações Internacionais, Ministério Público do Trabalho, ONG'S e Órgãos Estatais inseridos no contexto político-social em prol do combate ao trabalho infantil, objetivando apontar novas perspectivas de utilização dos instrumentos legais.

Palavras chaves: Exploração infantil. Direitos e garantias fundamentais. Atos normativos.

1 INTRODUÇÃO

Diante do contexto histórico inserido ao longo dos anos, a instituição de dispositivos legais que objetivem a proteção do trabalho da criança e do adolescente em face da exploração, de atos discriminatórios e violência institucional devem ser compreendidos a partir de uma óptica sistemática.

Neste sentido, o presente trabalho pontua aspectos relevantes desde a compreensão histórica dos direitos trabalhistas das crianças até as modificações legislativas, destacando dispositivos jurídicos/legislativos nacionais e internacionais.

Inicialmente, cumpre destacar que o trabalho infantil consiste na realização de trabalhos por crianças e adolescentes com idade inferior a 16 (dezesesseis) anos, neste diapasão, a exploração infantil é o trabalho realizado por uma criança ou adolescente favorecendo uma terceira pessoa que obtém da relação de trabalho vantagens financeiras ou de outro segmento. Há casos de exploração da mão-de-obra infantil com fins ilícitos, estas situações são consideradas como pior a forma de exploração.

A atuação de instituições no combate aos atos discriminatórios direcionados em desfavor das crianças e adolescentes deve ser permanente, haja vista, em pleno século XXI ainda constataremos diariamente casos de exploração mediante mão de obra

escrava atrelada a pobreza e miséria¹.

Por exemplo, o “Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente” criado pelo Ministério do Trabalho e Emprego juntamente a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI), consiste na coordenação de várias intervenções direcionadas a eliminação do trabalho infantil, sendo necessário garantir a fase fundamental da formação para a vida adulta – o direito à infância e aos primeiros anos escolares.

A erradicação do trabalho infantil não depende apenas da legislação, pois vincula-se à existência de desemprego ou subemprego entre os membros adultos da família e à necessidade de geração de renda, a criação de mecanismos legais e de longo alcance para a proteção das crianças e adolescentes constitui-se um passo fundamental desse processo.

Os demais passos a serem dados dependem de um conjunto de fatores que envolvem a atuação dos Governos (Federal, estaduais e municipais) e da sociedade civil. A partir dos mecanismos existentes, das parcerias estabelecidas em torno da decisão de erradicar o trabalho infantil e das possibilidades de desdobramentos que eles propiciam, pode-se prever um quadro mais positivo no futuro. Tanto os governos quanto a sociedade civil desempenham papel fundamental nesse processo.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Desde a Grécia Antiga o trabalho da criança e do adolescente se fez presente na sociedade, inicialmente, laborando nas proximidades dos pais, auxiliando nas tarefas domésticas essenciais.

Na Idade Média, os mestres ministravam ensinamentos aos menores aprendizes nas Corporações de Ofícios Medievais, as quais consistiam em uma assistência para preparação profissional atrelada aos valores morais. Os mestres assistiam, avaliavam e corrigiam os aprendizes objetivando a absorção técnica dos ofícios.

A partir da Revolução Industrial, a criança e o adolescente ficaram a margem

¹**Número de crianças que trabalham caiu um terço desde 2000** - Um novo relatório da Organização Internacional do Trabalho, Medir o progresso na luta contra o trabalho infantil, sustenta que o número de crianças que trabalham em todo mundo caiu um terço desde 2000, de 246 milhões para 168 milhões. No entanto, esta diminuição não é suficiente para alcançar o objetivo de eliminar as piores formas de trabalho infantil para 2016, uma meta pactuada pela comunidade internacional por meio da ação da OIT. Disponível em: <http://www.oit.org.br/content/numero-de-criancas-que-trabalham-caiu-um-terco-desde-2000>. Acessado em: 24/09/13.

da vulnerabilidade, passando a exercer o labor numa carga horária de 12 a 16 horas diárias. A utilização da mão-de-obra das crianças se deu de forma amplamente irregular, sem o mínimo possível de condições pessoais e trabalhistas, cumpre destacar que a remuneração pela sua força de trabalho chegava a um terço da remuneração dos homens adultos. Existia uma equiparação dos menores às mulheres da época.

No ano de 1802, a “Lei Peel”² limitou em 12 horas a jornada de trabalho da criança e do adolescente, proibindo também o trabalho noturno.

Modificações legislativas aconteceram na França e Itália, proibindo o trabalho nas minas e fixando a jornada de trabalho das crianças de 8 anos, além disto fixou a jornada de trabalho em 08 horas aos menores de 12 anos.

Com o decorrer dos anos, diversas modificações foram instituídas, principalmente no Continente Europeu com foco nos países industrializados da época, destacando o Tratado de Versalhes e as Conferências Nacionais do Trabalho proporcionadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)³ a partir de 1919 de forma superficial.

Analisando as inúmeras expedições legislativas no âmbito internacional mediante Convenções e Tratados, percebe-se certa preocupação com a interrupção de uma das fases mais fundamentais da vida do indivíduo.

Neste diapasão cumpre ressaltar a recomendação nº 190 da OIT, que contempla a Convenção nº 182, definindo trabalho perigoso como os que dificultam a vida da criança no prolongamento das atividades no horário noturno, os que expõem os menores a ambientes insalubres e perigosos, bem como os trabalhos realizados em máquinas.

Conforme disciplina o ilustre Martins:

[...] ainda no âmbito internacional, verificamos que em momento de 1959 foi

2Da Era Industrial até os dias atuais: o que mudou nos acordos entre empregados e patrões no Brasil e no mundo - Neste contexto, começaram a surgir os primeiros protestos por mudança nas jornadas de trabalho. Apontada como a primeira lei trabalhista, o Moral and Health Act foi promulgado na Inglaterra por iniciativa do então primeiro-ministro, de Robert Peel, em 1802. Ele fixou medidas importantes, mas inadmissíveis hoje em dia: duração máxima da jornada de trabalho infantil em 12 horas, além de proibir o trabalho noturno. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2011/04/evolucao-das-relacoes-trabalhistas>. Acessado em: 24/09/2013.

3A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é a agência das Nações Unidas que tem por missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. O Trabalho Decente, conceito formalizado pela OIT em 1999, sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Texto disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/apresenta%C3%A7%C3%A3o>. Acessado em 25 de agosto de 2013.

editada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos da Criança, estabelecendo proteção especial para o desenvolvimento físico mental, moral e espiritual da criança.

2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS NO ÂMBITO NACIONAL

O trabalho infantil diferencia de certo modo do estabelecido no Continente Europeu, neste sentido cumpre destacarmos a presença do trabalho de crianças e adolescentes desde o início da colonização do país, inseridas nas plantações.

Passamos a analisar sistematicamente as modificações legislativas no Brasil de forma mais dinâmica:

Dec. nº 1.313/1890	Proibia o trabalho de crianças em máquinas em movimento e faxina
Dec. nº 16.300/1923	Vedado o trabalho do menor por mais de seis horas em 24 horas
Dec. nº 17.943-A	Código de Menores – Vedado o trabalho dos menores de 12 anos
Constituição 1934	Proibia a diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade
Constituição 1937	Vedação ao trabalho dos menores de 14 anos
Constituição 1943	Consolidada a legislação esparsa, dando origem a CLT
Constituição 1967	Proibia o trabalho do menor de 12 anos e o trabalho noturno dos menores de 18
Constituição 1988	Proibiu a diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de idade. Vedou o trabalho noturno, perigoso ou insalubre.

A partir da Constituição Federal de 1988, nota-se maior proteção e garantias fundamentais as crianças e adolescentes, priorizando, por exemplo, o acesso à escola, garantia de direitos previdenciários nas relações de trabalho.

3 DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS:

O Estado brasileiro vem pautando atos normativos em prol da eliminação do trabalho infantil, neste sentido cumpre analisar o texto constitucional sob o prisma de proteção ao trabalho infantil. Cabe ressaltar a previsão insculpida no artigo 7º, inciso XXXIII, em que veda o trabalho noturno, perigoso e insalubre aos menores de 18 anos e a qualquer trabalho menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz.

Destaca-se a importância de assegurar o direito fundamental da criança de vivenciar uma das fases mais importante do indivíduo, sendo assim o constituinte preconizou o combate ao trabalho infantil. No entanto, a família, a sociedade e o Estado detêm papel de suma importância nesse processo, conforme anota o artigo 227, da Constituição Federal.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao

adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desse modo, as crianças e adolescentes devem ser tratadas como prioridade absoluta e pautadas com os devidos direitos e garantias fundamentais. Embora a eliminação do trabalho infantil não dependa essencialmente de atos normativos é evidente que a Constituição Federal de 1988 preceituou de forma eficaz a proteção das crianças e dos adolescentes, sendo necessária a complementação de políticas públicas para a efetiva concretização dos objetivos centrais, a saber a eliminação do trabalho infantil.

4 DA PREVISÃO DE NORMAS INSTITUÍDAS NA CLT:

Os fundamentos da proteção ao trabalho da criança e do adolescente estão diretamente relacionados com a necessidade do Estado em resguardar a integridade física e psíquica do ser humano que está em fase de desenvolvimento.

Sendo que qualquer forma de exploração ou trabalho desumano nesta fase pode afetar tal desenvolvimento, gerando graves consequências para o futuro.

Além do entendimento de que submeter crianças e adolescentes ao trabalho faz com que não aproveite a melhor fase da vida, perdendo o direito inviolável de brincar e ter acesso aos diversos canais de conhecimento existentes na sociedade.

Ensina o doutrinador Martins:

Poderá trabalhar com menos de 16 anos, até mesmo pelo fato de a CLT a ele não se aplicar (art. 7º, a). Entende-se, no entanto, que ficou vedado o trabalho do menor de 16 anos em serviços temporários, na pequena empreitada, no trabalho avulso, no trabalho autônomo, tanto em atividades urbanas como rurais, porque a Norma Ápice fala em qualquer trabalho, salvo se na condição de aprendiz.

Aos empregadores cabe a obrigação de velar pela observância, em seus estabelecimentos ou empresas, dos bons costumes e da decência pública, bem como das regras de segurança e medicina do trabalho, conforme disciplina o art. 425 da CLT; o dever, caso o trabalho executado pelo menor for prejudicial a sua saúde, ao seu desenvolvimento físico ou a sua moralidade, de proporcionar as facilidades para mudar de serviço, consoante o art. 426 da CLT; a obrigação de conceder ao menor o tempo que for necessário para a frequência às aulas conforme o art. 427, caput da CLT.

5 DAS NORMAS E RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS

A OIT, vem discutindo e aprovando diversas normas internacionais que objetivam a proteção do trabalho do menor. Por exemplo, a Convenção nº 138 e Recomendação nº 146, aprovada e posteriormente promulgada pelo Decreto n. 4.134/2002.

Recomendando a limitação das horas diárias e semanais de trabalho, e à proibição de horas extras, de modo a deixar tempo suficiente para a educação e treinamento (inclusive o tempo necessário para os deveres de casa), para o repouso durante o dia e para atividades de lazer.

De certo modo, o Brasil é pressionado para a efetivação de princípios atinentes a legislação de proteção aos direitos trabalhistas, apesar de não prosseguir além do âmbito jurídico, ou seja, implantação de medidas no campo educacional.

6 DOS PROGRAMAS E PROJETOS

6.1 LINHAS GERAIS

Diante do panorama já exposto, é notório que programas e ações de combate ao trabalho infantil aumentaram gradativamente, após conquistas no âmbito legislativo, é tanto que casos de exploração do trabalho infantil sofreram uma redução em escala global. Segundo estimativas da OIT, o número de crianças e adolescentes entre 05 e 17 anos trabalhando nos últimos 12 anos caiu de 246 milhões para 168 milhões⁴.

Todavia, os avanços, em alguns aspectos, no que diz respeito à legislação e ações de proteção ao trabalho infantil, não exaurem o fato de que há um caminho, ainda longo, a ser percorrido. No Brasil, embora as ações de alguns programas tenham refletido no sentido de uma redução no índice de trabalho infantil, ainda há regiões em que tais avanços não atingiram o nível nacional.

A título ilustrativo, segundo pesquisa do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no Estado Brasileiro, o número de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos trabalhadoras caiu 14% entre 2009 e 2011. Porém, a região Norte do país

⁴“Para a OIT, o avanço no combate ao trabalho infantil foi possível devido à intensificação de políticas públicas e da proteção social das crianças e dos adolescentes nos últimos anos, acompanhada pela adesão a convenções da organização e pela adoção de marcos legislativos sólidos no âmbito nacional. A instituição verificou que os maiores progressos na queda do uso desse tipo de mão de obra ocorreu entre 2008 e 2012”. Retirado de - **OIT: trabalho infantil no mundo é reduzido em um terço entre 2000 e 2012**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-09-23/oit-trabalho-infantil-no-mundo-e-reduzido-em-um-terco-entre-2000-e-2012>. Acesso em 25/09/2013.

apresentou aumento nos índices de trabalho infantil, passando de 10,1% para 10,8% no mesmo período.⁵

Diante deste cenário brasileiro, passamos, então, a analisar os principais programas e projetos de combate ao trabalho infantil que emergem no âmbito político-governamental do país.

6.2 ANALISANDO O COMBATE AO TRABALHO INFANTIL SOB A PERSPECTIVA DO PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS 3 (PNDH-3)

Criado pelo Decreto nº. 7037 de 21 de dezembro de 2009 e Atualizado pelo Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010, o PNDH-3 foi criado pelo governo federal para elaborar mecanismos de construção e monitoramento de políticas públicas sobre direitos humanos, além de aperfeiçoar os já existentes.⁶

Em seu Eixo Orientador III - Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades”, diretriz 8 - Promoção dos direitos de crianças e adolescentes para o seu desenvolvimento integral, de forma não discriminatória, assegurando seu direito de opinião e participação, Objetivo estratégico VI - Erradicação do trabalho infantil em todo o território nacional, o PNDH-3 norteia a atividade governamental, por meio de políticas públicas, no sentido de combate ao trabalho infantil, através de ações programáticas.

A primeira ação programática consiste em erradicar o trabalho infantil, por meio das ações intersetoriais no Governo Federal, com ênfase no apoio às famílias e educação em tempo integral.⁷ Dentro deste âmbito de atuação podemos destacar o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador⁸,

⁵ Ver mais em: G1 Brasil. **Trabalho infantil cai 14% no Brasil, mas região Norte tem aumento, diz IBGE.** Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/09/trabalho-infantil-cai-14-no-pais-mas-regiao-norte-tem-aumento-diz-ibge.html> Acesso em: 25/09/2013.

⁶ Ver mais em: Portal Brasil > Cidadania e Justiça. **PNDH-3 reúne políticas sobre direitos humanos.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/04/PNDH-3-reune-politicas-sobre-direitos-humanos> Acesso em: 25/09/2013.

⁷ **Responsáveis:** Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério da Educação; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. **Parceiros:** Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Ministério do Esporte; Ministério da Cultura; Ministério do Desenvolvimento Agrário; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República. **Recomendação:** Recomenda-se aos municípios que planejem ações para a implementação das políticas integradas para a erradicação do trabalho infantil.

⁸ Fruto do empenho da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil (CONAETI), um organismo quadripartite composto por representantes do poder público, dos empregadores, dos trabalhadores, da sociedade civil organizada e de organismos internacionais, sob a coordenação do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), com finalidades específicas tais como a elaboração de um Plano Nacional de Combate ao Trabalho Infantil, a verificação da conformidade das Convenções 138 e 182 da OIT com os diplomas legais vigentes, elaborando propostas de regulamentação e adequação e proposição mecanismos de monitoramento da aplicação da Convenção 182. Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador - Segunda Edição

tendo como meta central a erradicação das piores formas de trabalho infantil⁹ até o ano de 2015 e todas as formas de exploração do trabalho infantil até 2020.

Conforme já exposto anteriormente, a legislação brasileira, no que tange a proteção ao trabalho infantil, é regida pelos dispositivos constitucionais dispostos no Art. 227 da Carta Magna, além do Art. 7º, inciso XXXIII da mesma:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998](#)).

Cabe destacar também, no âmbito infraconstitucional, os seguintes dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz;
Art. 69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros: I - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Também trata do assunto a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no seu Título III, Capítulo IV - Da Proteção do Trabalho do Menor, alterada pela Lei da Aprendizagem (Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000).

Os avanços normativos são significativos e reconhecidos internacionalmente, porém, ainda sim, o assentamento desses avanços encontram como principal barreira as limitações dos mecanismos responsáveis por assegurar o cumprimento dessa legislação. Expõe-se assim, a necessidade de uma maior atuação conjunta/integrada entre os órgãos responsáveis e parceiros para efetivação, não só, das metas programáticas, mas também da própria legislação brasileira, com o intuito de efetivamente cumprir, na totalidade, com o que se estabelece legal e programaticamente.

A segunda ação programática diz respeito a fomentar a implantação da Lei de Aprendizagem (Lei nº 10.097/2000), mobilizando empregadores, organizações de

(2010-2015). Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/erradicacao%20do%20trabalho%20infantil/Plano_Nacional_de_Prevencao_e_Eradicacao_do_Trabalho_Infantil_e_Protecao_ao_Adolescente_Trabalhador.pdf Acesso em: 25/09/2013.

⁹O governo brasileiro aprovou o Decreto nº 6.481, de 12 de junho de 2008, que define a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP), anteriormente descrita pela Portaria 20/2001 da Secretaria de Inspeção do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. O Decreto estabelece que a Lista TIP será revista periodicamente, se necessário, mediante consulta com as organizações de empregadores e trabalhadores interessadas. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/erradicacao%20do%20trabalho%20infantil/Plano_Nacional_de_Prevencao_e_Eradicacao_do_Trabalho_Infantil_e_Protecao_ao_Adolescente_Trabalhador.pdf#page=8&zoom=100,85,1,759,2 Acesso em: 25/09/2013.

trabalhadores, inspetores de trabalho, Judiciário, organismos internacionais e organizações não-governamentais.¹⁰ Tal lei, como já foi mencionado acima, modificou a estrutura da redação da CLT no que tange os dispositivos pertinentes ao menor aprendiz. Destacando a necessidade não só de uma atenção legislativa especial ao jovem trabalhador, mas também de incentivo à efetividade do presente dispositivo legal, ficando também, como essencial atividade para a consecução de tal objeto normativo, a própria atividade fiscalizadora dos órgãos competentes.

Por fim, com fulcro numa maior sistematização de dados, no que dizem respeito à exploração do trabalho infantil, além de cumprir uma função de monitoramento através de relatos, a terceira linha de ação programática se refere a desenvolver pesquisas, campanhas e relatórios periódicos sobre o trabalho infantil, com foco em temas e públicos que requerem abordagens específicas, tais como agricultura familiar, trabalho doméstico, trabalho de rua.¹¹

As intenções são boas, porém diante do panorama atual, há a necessidade de um maior esforço conjunto de órgãos responsáveis pelo combate à exploração do trabalho infantil, juntamente com a sociedade civil, para que os resultados cheguem a um patamar ainda mais satisfatório.

6.3 ANALISANDO O COMBATE AO TRABALHO INFANTIL SOB A PERSPECTIVA DO PROGRAMA DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL (PETI)

O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil foi criado com o objetivo de eliminar o trabalho infantil e conseqüentemente oferecer melhores condições as crianças e adolescentes na faixa etária de 07 (sete) a 16 (dezesesseis) anos de idade, mediante atividades diversificadas.

Estruturado estrategicamente em 05 (cinco) setoriais de atuação: informação e mobilização (realização de campanhas e audiências públicas), acompanhamentos das famílias através de medidas protetivas elaboradas pelo Poder Judiciário, Ministério Público e os Conselhos Tutelares, transferência de rendas, inserção das famílias em serviços sócio - assistenciais e busca e registros no Cadastro Único.

Dentre as diretrizes do programa está inserida a capacitação e orientação das

10 **Responsável:** Ministério do Trabalho e Emprego. **Parceiros:** Ministério da Educação; Secretaria-Geral da Presidência da República/Secretaria Nacional de Juventude; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

11 **Responsáveis:** Ministério do Trabalho e Emprego; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República; Ministério do Desenvolvimento Agrário; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Ministério da Justiça.

famílias por meio da oferta de ações sócio - educativas, cumpre destacar que o grupo familiar poderá permanecer no programa dentro o prazo máximo de 04 (quatro) anos. Como todo programa é necessários a soma de esforços numa conjuntura macro para concretização das metas estabelecidas, neste sentido conforme apontado inicialmente cabe também ao Poder Judiciário, Ministério Público e os Conselhos Tutelares a atuação mediante políticas protetivas.

7 CONCLUSÃO

A eliminação do trabalho infantil consiste na efetivação de políticas numa conjuntura macro, sendo relevante destacar a necessidade do acompanhamento jurídico no que concerne a aplicação de atos normativos coibindo práticas desumanas e degradantes. Atualmente, as pesquisas comprovam que em pleno século XXI, o Estado Brasileiro apesar da elaboração de projetos, leis ainda apresenta alarmantes índices¹² de trabalho infantil.

Diante dos avanços apontados pelos instrumentos normativos, as perspectivas podem ser positivas se houver comprometimento concomitante dos órgãos junto a sociedade civil em relação ao cumprimento do que se propõe legalmente, eis o desafio: a ligação entre os elementos prático-teóricos que sustentam a problemática. As conquistas contra a exploração do trabalho infantil foram graduais em âmbito internacional e nacional, mas ainda é preciso mais esforço conjunto para se alcançar resultados práticos mais efetivos, tendo em vista que trata-se ainda de um problema presente e real.

Torna-se necessário a centralização e o enfrentamento do trabalho infantil mediante uma educação de qualidade, que assegure a todas as crianças e adolescentes o direito de aprender. Além disto, que seja ampliada progressivamente a oferta de escolas em tempo integral, atrelado com a ampliação do tempo educativo como estratégia para evitar a repetência e o abandono da escola, na maioria das vezes causados pela inserção precoce no trabalho, e ainda pela combinação do trabalho com afazeres domésticos

Desse modo, restam evidentes apontamentos para a concretização de novas

¹²**Números do trabalho infantil doméstico no Brasil preocupam, diz fórum temático.** A situação do trabalho infantil doméstico no Brasil pouco se alterou entre 2008 e 2011, de acordo com relatório divulgado pelo Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI). Enquanto o quantitativo de crianças e adolescentes na faixa etária entre 5 e 17 anos que trabalhavam caiu 17,9% nesse período, o número de casos de crianças e adolescentes ocupados no trabalho infantil doméstico diminuiu de 325 mil (2008) para 258 mil (2011) – uma redução de 67 mil casos. Em termos proporcionais, a redução foi de apenas 0,2 ponto percentual: de 7,2% em 2008 para 7% em 2011. Esse número pode ser ainda maior. Em 2011, dos 3,7 milhões de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil, 57,5% – ou seja, 2,1 milhões de crianças e adolescentes – trabalhavam e ainda eram responsáveis pelas tarefas domésticas em suas próprias casas. Disponível em: <http://www.onu.org.br/150-milhoes-de-criancas-de-5-a-14-anos-sofrem-com-trabalho-infantil-em-todo-mundo-alerta-unicef/>. Acessado em 24/09/2013.

perspectivas a partir da complementação normativa juntamente com os programas e projetos com a participação ativa da sociedade civil. Os atos normativos constitucionais demonstram a realidade de uma nova ordem constitucional atrelada aos princípios, direitos e garantias fundamentais, sendo necessário assegurar uma das fases mais importantes do indivíduo, o período infantil.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2012.

BRASIL. [DECRETO Nº 5.452, DE 1 DE MAIO DE 1943](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 25 set. 2013.

BRASIL. [DECRETO Nº 7.037, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2009](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm). Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 22 dez. 2009 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm >. Acesso em: 25 set. 2013.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)** - rev. e atual. Brasília: SDH/PR, 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf> >. acesso em: 25 set. 2013.

BRASIL. [LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 25/09/2013.

BRASIL. [LEI Nº 10.097, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2000](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10097.htm). Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 20 dez. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10097.htm. Acesso em: 25 set. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Direitos Humanos. PNDH – 3 reúne políticas sobre direitos humanos. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/04/PNDH-3-reune-politicas-sobre-direitos-humanos> >. Acesso em: 25 set. 2013.

D'Agostino, Rosanne. Trabalho infantil cai 14% no Brasil, mas região Norte tem aumento, diz IBGE. **G1 Brasil**, São Paulo, 2012. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/09/trabalho-infantil-cai-14-no-pais-mas-regiao-norte-tem-aumento-diz-ibge.html>>. Acesso em: 25 set. 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012.

FERRO, Andréa Rodrigues; KASSOUF, Ana Lúcia. Avaliação do impacto dos programas bolsa-escola sobre o trabalho infantil no Brasil. Disponível em: <http://www.ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/51/29> Acesso em: 25 set. 2013.

FORTES, Alexandre (Cons.). **Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador**. 2. ed. [s.l.], [s. n.], 2009. 91 p.

GUNTHER. LUIZ EDUARDO. Reflexões sobre o trabalho do menor. **Revista Igualdade**, Curitiba, ano 6, n. 18, jan./mar. 1998. Disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_14_2_2_3.php. Acesso em: 25 set. 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARRES, Carolina. OIT: trabalho infantil no mundo é reduzido em um terço entre 2000 e 2012. **Agência Brasil**. Brasília, 2003. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-09-23/oit-trabalho-infantil-no-mundo-e-reduzido-em-um-terco-entre-2000-e-2012>>. Acesso em: 25 set. 2013

TRABALHO APRESENTADO NA XIV SEMANA DO JUDICIÁRIO

Da Autofagia à Heterofagia do Processo Laboral: Possíveis Consequências da Redação do Novo CPC sobre a Interpretação Processual na Esfera Trabalhista

Ílina Cordeiro M. Pontes

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

RESUMO

O projeto do novo Código de Processo Civil (NCPC) faz renascer com grande intensidade o debate sobre a aferição dos limites de integração da CLT por parte das normas do processo civil. Nessa linha, o presente trabalho realizará um panorama doutrinário e jurisprudencial acerca da evolução do contato hermenêutico entre as duas esferas processuais, desde o surgimento da CLT até os dias atuais. Desse modo, ensaiar-se-á compreender os problemas enfrentados pela inércia da norma trabalhista diante dos avanços do processo civil e de sua aplicação na esfera laboral. Posteriormente, serão abordados os possíveis efeitos da redação do projeto do NCPC sobre o processo do trabalho, tendo como base a identificação apartada dos dois sistemas processuais. Para isso, o artigo será ilustrado de maneira a melhor exemplificar o contexto de relação entre as legislações.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil; integração normativa; Consolidação das Leis do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

O projeto do novo Código de Processo Civil¹, constrói uma realidade diversa para a processualística brasileira. Muitas de suas mudanças atacam raízes já fincadas no ordenamento, dando vida a novas formas de interação dos indivíduos com o processo.

Constatando-se a enorme gama de transformações que trará, resta de grande importância aferir o grau de intensidade sobre a esfera processual trabalhista. Em uma de suas incursões no processo do trabalho, chama bastante atenção o dispositivo responsável por permitir a atuação complementar e suplementar do CPC dentro das lacunas e inércia da CLT.

Referido dispositivo levanta discussões doutrinárias bastante acirradas acerca da posição do CPC dentro da interpretação laboral. Dessa forma, o presente trabalho abordará todo o caminho de distanciamento e aproximação que ambas as legislações percorreram até as possíveis consequências da redação do novo Código.

Primeiramente, serão discutidos os limites entre as duas legislações, detectando-se na doutrina a existência ou não de sistemas distintos e impenetráveis.

Em segundo lugar, será abordado o tratamento inicial concedido pela CLT às normas processuais civis, tendo em vista que a primeira surgiu como mecanismo de alta

¹ Projeto do Novo Código Civil encontra-se atualmente em tramitação final no Senado Federal (PLS - Projeto De Lei Do Senado, Nº 166 de 2010). Aguarda acordo de lideranças partidárias a fim de ser aprovado até o final do ano.

eficácia para resolução de conflitos laborais, enquanto o CPC mergulhava em anacronismos e rigidez impensáveis para os litígios trabalhistas.

Em um terceiro momento, serão apresentadas as novas interpretações e correntes doutrinárias que recaem sobre o vetusto art. 769 da CLT, diante da inércia e ausência de modificações da legislação processual trabalhista.

Por último, intentar-se-á imergir na nova realidade trazida pela proposta do novo Código de Processo Civil. A redação do dispositivo propõe um novo ambiente de interação entre as normas processuais e a legislação processual trabalhista. No entanto, a inovação de abordagem não significará necessariamente a solução para um sistema eficaz de resolução de conflitos de relação laboral. Podendo, por um lado, implicar mais controvérsias e ameaçar a independência do sistema processual trabalhista.

A fim de alcançar os objetivos acima delineados, os encontros entre as legislações serão ilustrados de maneira a se compreender melhor as perspectivas antigas, atuais e futuras. Para tanto, serão utilizados gráficos simples e de fácil compreensão.

2 A CLT E O CPC COMO SISTEMAS APARTADOS

As influências advindas do novo Código de Processo Civil (NCPC) na seara trabalhista fazem ressurgir o embate doutrinário entre os limites de encontro entre as duas esferas. A discussão em torno de o processo civil consubstanciar-se em um sistema englobante da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) encontra tanto respaldo como refutações.

Aponta Amauri Mascaro Nascimento a existência de duas correntes doutrinárias relevantes nesse painel. A primeira delas, a teoria monista, defende que o direito processual constitui um único sistema cujas normas norteadoras são incapazes de se desdobrarem em direito processual civil, direito processual penal e direito processual do trabalho. A teoria dualista, por sua vez, atesta a diferenciação do sistema processual do trabalho frente ao processo civil, tendo em vista suas claras peculiaridades relacionadas ao seu direito material (2002, p. 56-57).

Cabe ressaltar que grande parte dos doutrinadores defende a teoria dualista como meio de manutenção das características singulares do sistema laboral em contraponto aos outros sistemas processuais. É preciso reconhecer, por um lado, que a relação entre os dois conjuntos não permanece inerte, variando ao longo do tempo e conforme as circunstâncias apresentadas em ambos.

A variação de pensamento sobre os limites entre as esferas, sob uma

perspectiva dualista, nunca poderá ferir a individualidade de cada uma. Não se reconhece o CPC como um sistema plenamente autossuficiente capaz de abarcar todos os outros ramos processuais. Todavia, é considerado como um ambiente pertencente ao sistema processual brasileiro, mas responsável pela base de todos os outros. Não se pode esquecer que muitos dos conceitos apropriados pelas outras esferas processuais são próprios do CPC, entre eles, as condições da ação, a natureza do procedimento e o sistema recursal.

Em consonância com o pensamento dualista, ao tratar da evolução do Processo Civil, Arruda Alvim destaca a importância de o processo acompanhar de perto as mudanças trazidas no âmbito material:

[...] sem a articulação do direito processual civil ao direito material, na ordem prática, a proteção, somente desta última, revelar-se-ia sem grandes objetivos práticos, porque não ancorada numa tábua com instrumentos destinados a tornar eficaz o direito material, construída em torno de valores sociais contemporâneos, em que se pretende traduzir um sentimento mais adequado de justiça. (2014, p.85)

Nesse sentido, o direito processual e o material se complementam. Cada sistema processual, por sua vez, detém suas peculiaridades. Cada um relaciona-se a um direito material respectivo, requisitando procedimentos próprios, mesmo que inspirados nos institutos basilares do CPC. Nesse meio, necessário se faz ressaltar a realidade singular do processo no âmbito trabalhista. Seu direito material rege questões sensíveis e singulares, principalmente quando se trata de proteger o hipossuficiente. As características da proteção do hipossuficiente na relação de direito material são transmitidas para o direito processual, o qual assimila expressamente essa postura quando, por exemplo, permite ao indivíduo comparecer em audiência sem advogado (art.791, CLT).

Além disso, a independência pode ser verificada na ausência de necessidade de que as modificações de um sejam atreladas às do outro. As inovações da CLT não dependem do CPC, estão sobre ele amparadas pelo simples fato de que o legislador tornou-se alheio aos problemas que envolvem a seara trabalhista.

Dessa forma, as normas processuais funcionam como elemento de suporte para que o processo trabalhista se mantenha eficaz. Ele não é o responsável único pela sobrevivência do sistema, mas pela manutenção da eficácia de abordagem dos litígios trabalhistas.

De fato, até mesmo para os que defendem a clara separação entre duas realidades distintas, não há qualquer reação negativa ao contato entre as esferas.

Nenhum sistema sobrevive isoladamente, o mínimo de contato é necessário. O que se necessita é delimitar esse contato de forma eficiente para que não haja ingerência de um sobre o outro.

A regulação, por sua vez, cabe ao próprio sistema, ponderando seus limites e regulando sua válvula de entrada a mecanismos estranhos, os quais podem impedir o seu bom funcionamento.

O bom funcionamento, por um lado, também depende da comunicação com fatores externos. Cabe, assim, à CLT, enquanto esfera apartada, regular de maneira eficiente a entrada ou limite de ingresso a normas externas.

O problema, no entanto, recai sobre o fato de que a legislação petrificou-se, longe dos ímpetus de mudança do legislador. Diante disso, a legislação processual civil vem ganhando um grande espaço na esfera laboral, conforme veremos a seguir.

3 A PARTICIPAÇÃO DAS NORMAS DO CPC NA INTEGRAÇÃO DO PROCESSO DO TRABALHO SOB A ÓTICA PRIMITIVA DA CLT

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) surgiu em 1943 como um arcabouço capaz de suprir as demandas da época de forma eficaz, em contraposição a um Código de Processo Civil revestido pela rigidez de procedimentos.

Nesse ambiente, o sistema laboral ativou bruscamente sua válvula de entrada, de modo que as normas do CPC apenas o adentrassem em raríssimas hipóteses, conforme se pode observar do dispositivo ainda em vigência:

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Os limites impostos à integração normativa pelo CPC possuíam um respaldo lógico e amparado na realidade da época. O Código de Processo Civil revelava-se como instrumento vetusto e calcado em institutos inertes e pouco eficazes para atender às demandas trabalhistas. Nesse sentido, afirma Wolney Cordeiro:

A estrutura normativa das regras de subsidiariedade, portanto, foi edificada no âmbito de uma postura defensiva da autonomia do direito processual trabalhista e de um processo mais eficaz para a materialização das garantias do direito material respectivo. Ao se utilizar a expressão 'exceto naquilo que for incompatível com as normas deste Título' (CLT, art. 769, parte final), buscou o legislador preservar os elementos pontuais de otimização do processo implementados e evitar uma invasão do formalismo típico do direito processual civil. (2012, p.9)

Inicialmente, considerava-se a CLT e o CPC como dois sistemas distintos e imiscíveis. A legislação processual poderia apenas oferecer suporte de suas normas ao âmbito laboral quando da inexistência de norma específica e desde que compatível com o sistema a ser complementado.

Ergueram-se, assim, barreiras para a penetração da legislação processual civil na seara trabalhista. A primeira delas requeria a necessidade de não haver norma processual laboral que satisfizesse o procedimento da demanda. A outra, por sua vez, correspondia a uma segunda etapa da integração entre os sistemas. Após a verificação da ausência de norma, selecionava-se aquela pertencente ao CPC e avaliava-se sua compatibilidade com o sistema laboral.

A compatibilidade apresentava-se como mecanismo de extrema importância, já que a esfera trabalhista não poderia de forma alguma permitir que elementos estranhos contaminassem seu ambiente.

Diante do dispositivo mencionado, conclui-se a forte atuação da CLT, amplamente amparada pela doutrina em se delimitar a entrada das normas processuais. Nessa linha, a figura 01, a seguir, serve para ilustrar a relação inicial entre as duas modalidades processuais:



Figura 01

Considerando a primeira esfera como a CLT e a segunda como o CPC, é possível identificar os dois requisitos essenciais ao ingresso das normas processuais no âmbito trabalhista. O primeiro deles, a existência de uma lacuna, e o segundo, o encaixe com a formatação do sistema.

Criou-se, assim, uma verdadeira barreira entre as duas legislações, com o objetivo inicial de que a legislação processual civil não contaminasse a seara laboral com sua rigidez anterior. Dessa forma, observa-se claramente a ausência de contato entre os sistemas sendo, apenas, possibilitado pela cavidade laboral compatível com o sistema processual civil.

Esse encaixe seria permitido em poucas ocasiões, tendo em vista que o legislador, à época da CLT, não previu a evolução do CPC. Inicialmente, a legislação processualística laboral apresentou uma postura vanguardista, não encontrada no processo civil, ao permitir o acesso do cidadão ao Judiciário sem a presença do advogado, o pagamento de custas apenas ao final do processo, a oralidade como fator primordial na prática dos atos processuais, a eliminação das formalidades do recurso mediante a extirpação do termo recurso e a possibilidade de execução da sentença por iniciativa do Juiz. (CORDEIRO,2010, p.6).

A válvula de entrada da CLT, nessa linha, refletia o contexto da época. Não se pode, todavia, permanecer com o mesmo mecanismo incapaz de atender às necessidades atuais dos litígios resultantes das relações de trabalho. Surgem, assim, cada vez mais movimentações doutrinárias no sentido de aperfeiçoar a válvula de entrada da CLT.

4 PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA SOBRE A RELAÇÃO DE INTEGRAÇÃO ENTRE O CPC E A CLT

Com o passar dos anos, a CLT, não tendo sido renovada, vem sendo cada vez mais afogada por institutos anteriormente considerados inovadores e eficazes. O arcabouço normativo foi perdendo sua eficácia e permanecendo atrelado a institutos e procedimentos arcaicos.

Tradicionalmente, Mozart Victor Russomano reconhece a inaptidão da CLT para solucionar os conflitos de ordem processual, enaltecendo o rico desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário:

Se, por essa razão, de longa data, sustentamos a conveniência- mais do que isso, a absoluta necessidade- de dotarmos o país de um Código de Processo do Trabalho, somos, entretanto, daqueles que reconhecem que a insuficiência das normas da Consolidação em matéria processual teve certa vantagem: permitiu que os juízes e tribunais, desenvolvendo uma jurisprudência altamente criadora e inovadora, fossem os principais artífices do nosso Direito Processual do Trabalho. (1993, p. 850)

Enquanto isso, a doutrina e o Legislador se debruçaram sobre as normas processuais civis concedendo-as um caráter mais apropriado à nossa época. Institutos do processo civil como a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (art. 273, CPC) e

cumprimento da sentença (art.475-A, CPC) foram gradualmente apagando a aura eficaz das normas processuais trabalhistas.

A esfera laboral mergulha cada vez mais em um processo autofágico, de destruição de sua eficiência. A colmatação de suas lacunas apenas com engrenagens internas vai, aos poucos, corroendo o sistema como um todo. Sendo assim, a ausência de novos mecanismos que ofereçam suporte e renovação à sua estrutura sistêmica faz com a mesma padeça diante da ausência de reforma normativa necessária para sua manutenção.

Diante desse fato, muitos são os autores que defendem uma nova interpretação acerca do art. 769 da CLT. Um olhar contemporâneo sobre o dispositivo mostra-se necessário frente às circunstâncias que envolvem a esfera laboral, um ambiente cada vez mais necessitado de normas aptas a regular o procedimento relativo aos conflitos trabalhistas.

A utilização do CPC vem sendo defendida não apenas no que for omissa a legislação laboral, mas no que puder conferir maior celeridade e eficácia processual às demandas trabalhistas.

O CPC, portanto, não funciona mais como meio complementar dos espaços vazios na CLT, porém ganha um grande protagonismo em face da inércia e autofagia da processualística laboral.

Nesse sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite atesta a ausência de modificações à CLT capazes de tornar seu processo prático e efetivo, além da necessidade de se ampliar a abertura para as normas processuais:

A heterointegração dos dois subsistemas (processo civil e trabalhista) pressupõe a interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária do CPC não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa do processo laboral, mas também quando a norma do processo trabalhista apresentar manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva deste processo especializado. (2007, s/p)

A ausência de renovação do dispositivo em questão pode, portanto, ser suprida por uma nova interpretação sobre ele. Em outras palavras, a impossibilidade de utilização do CPC fora dos casos previstos no art. 769 deve ensejar um novo olhar sobre o sistema processualístico como um todo.

A rigidez da norma não pode petrificar o sistema, devendo permitir um remodelamento da visão sobre seu texto. Diante dessa remodelagem, pode-se adequar o uso das normas do CPC com maior intensidade na seara laboral:

[...] mostra-se plenamente defensável a tese do reconhecimento do anciloso normativo, por incompatibilidade com o tronco constitucional, de normas processuais trabalhistas que conspirem, numa relação comparativa com a processualística comum ou com outro subsistema processual especializado, contra o espírito da celeridade e efetividade processuais almejados pela Carta Política, notadamente em se tratando de Processo do Trabalho, cuja existência, como ramo especial da processualística, está teleologicamente vinculada aos conceitos de simplicidade e rapidez de seu *iter* procedimental. (CHAVES, 94, 2007)

A ausência de renovação do processo do trabalho condena seus próprios princípios norteadores de celeridade e efetividade. Dessa forma, como meio de corrigir esse congelamento das normas processuais laborais, deve-se buscar amparo supletivo no processo civil. Entendendo-se, por sua vez, o termo “supletivo” como utilização da norma mais eficaz processual independentemente da existência de dispositivo que regule a mesma matéria na seara laboral.

Não se pode considerar como incompatíveis duas normas reguladoras da mesma matéria em ambas as searas (processual civil e processual do trabalho). A incompatibilidade não deve ser visualizada à luz da existência de diferenças entre as normas. Ela deve ser aferida na medida em que contamine o sistema laboral, retirando a sua essência. Mas se se considera que a essência da processualística laboral encontra-se no provimento processual adequado das relações de trabalho, por que não se falar em compatibilidade entre os dois sistemas, mesmo havendo norma expressa da CLT regulando a matéria?

O enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, ainda em 2007, já corroborava as tendências doutrinárias sobre a mudança de visão acerca da interpretação do art. 769, CLT:

66. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social.

A jurisprudência, da mesma forma, tem manifestado inquietação e insatisfação com as normas processuais atuais, conforme se vê abaixo:

PROCESSO DO TRABALHO. SÁBIA SIMPLICIDADE DO LEGISLADOR MANTENEDORA DE UMA PERENE MODERNIDADE. AVAREZA QUE TROUXE FRUTOS DURANTE LONGOS ANOS. CRIAÇÕES DOUTRINÁRIA E

JURISPRUDENCIAL ALTAMENTE POSITIVAS, COM BASE NO ART. 769/CLT. MULTA DO ART. 475-J. AVANÇO QUE NÃO PODE SER DESPREZADO POR EXCESSIVO FORMALISMO. OMISSÃO LEGISLATIVA E COMPATIBILIDADE INTRÍNSECA E EXTRÍNSECA REVELADA PELA UNIDADE DO SISTEMA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO E NÃO APENAS POR LEIS ORDINÁRIAS (CLT E CPC) - A timidez legislativa em torno do Processo do Trabalho e, em especial, acerca da execução, que, sabiamente, sempre e sempre foi tratada como fase e não como processo distinto da cognição, nunca foi causa para a estagnação do Processo do Trabalho. Ao revés, a contribuição da doutrina, dos advogados e dos juízes foi intensa e extensa, pois as dificuldades tinham de ser superadas mediante a interpretação sistemática e harmoniosa do ordenamento jurídico, assim como com muita criatividade, recentemente alimentada pela dicção do art. 5º., inciso LXXVIII, da Constituição Federal. O Código de Processo Civil de 1973 adotou, sem muito estardalhaço, alguns avanços obtidos pelo Processo do Trabalho, despindo-se de algumas formalidades desnecessárias, que só se justificam para a garantia do contraditório. Já a reforma implementada, paulatinamente, a partir da década de noventa, isto é, a partir de 1994, com a modificação do art. 461 do CPC, e, ao depois, mais especificamente, em dezembro de 2004, com a assinatura de um compromisso, que reuniu os chefes dos três Poderes em torno de onze propostas para a agilização e para a efetividade do processo, deu novo colorido ao Processo Civil. Em 22 de Dezembro de 2005, foi publicada a Lei n. 11.232, com vigência seis meses após essa data, introduzindo novas regras para a execução de títulos judiciais, visando à modernização da execução, que constitui o resultado último e útil do processo, porque tudo se deve fazer, nos limites da Lei, para que o comando sentencial seja cumprido e o credor receba o que lhe é devido. Estatuí o art. 475-J que, caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento. Esse dispositivo legal é, a todas as luzes, aplicável ao Processo do Trabalho. Nos termos do art. 769 da CLT, o CPC será fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho, nos casos omissos e desde que haja compatibilidade. Os requisitos são, por conseguinte, a omissão e compatibilidade. Omissão é falta, lacuna; é ausência de norma, vazio legislativo; é fissura da Lei. Assim, impõe-se o reconhecimento de que a CLT é omissa a esse respeito - regra reforçadora e estimuladora do cumprimento da sentença. Nem se diga que o fato de a Consolidação possuir um Capítulo destinado à execução elide a omissão, ao argumento de que existem normas disciplinadoras desta fase processual. Obviamente, algumas regras teriam de existir, sob pena de omissão completa e de fragmentação da autonomia do Processo do Trabalho. Da mesma forma, o fato de a CLT possuir uma Seção destinada às provas, assim como a tantos outros institutos nunca impediu a aplicação subsidiária do CPC. Por outro lado, compatibilidade é harmonia, consistência, coexistência; é algo que possui atributos compatíveis, que é conciliável. O antônimo de omissão é a plenitude; e ninguém a diria presente na CLT. O antônimo de compatível é incompatível, isto é, aquilo que não pode coexistir com outra coisa; inconciliável; incombinável - difícil sustentar incompatibilidade interior ou exterior do art. 475-J do CPC, com a execução trabalhista. As qualidades do Processo do Trabalho não devem se limitar ao que já existe; devem ir além e buscar o que há de bom e compatível, por expressa determinação do art. 5º., inciso LXXVIII, da Constituição Federal. [...]. (TRT 3ª R.; RO 529-13.2012.5.03.0156; Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault; DJEMG 10/02/2014; Pág. 67)

O precedente anterior resume de maneira impecável a situação da realidade processual atual, abordada nos itens anteriores do presente trabalho.

Observa-se, principalmente, a disposição dos magistrados a recorrer às normas processuais civis na seara de execução, âmbito bastante defasado do direito processual do trabalho:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. LIBERAÇÃO DO DEPÓSITO RECURSAL. ART. 475-O DO CPC. APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO. O art. 475-O do CPC é plenamente aplicável ao processo do trabalho, não só pela autorização contida no art. 769 da CLT, mas também porque a natureza do crédito trabalhista se harmoniza com normas de índole protetiva que visem à otimização do princípio da efetividade da prestação jurisdicional. **Assim, sempre que o processo civil, em razão das recentes reformas legislativas, visar o aperfeiçoamento dos procedimentos executivos, com o objetivo de se alcançar de forma efetiva a satisfação dos créditos reconhecidos judicialmente, devemos estabelecer a heterointegração do sistema mediante o diálogo das fontes normativas. Como preceituado no dispositivo legal em comento, a execução provisória em si não impede o levantamento da importância, pelo exequente, sem a caução exigida pelo art. 475- O, III, CPC, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, porque dispensável pelo juiz, quando o crédito for de natureza alimentar, e o autor se encontrar em estado de necessidade, conforme art. 475-o, §2º, I, CPC.** Neste contexto, merece provimento o presente agravo, porque atendidos os pressupostos legais. (TRT 3ª R.; AP 1010-45.2011.5.03.0112; Rel. Des. Jorge Berg de Mendonça; DJEMG 08/07/2013; Pág. 264) **(negrito nosso)**

MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO DO TRABALHO. POSSIBILIDADE. É cediço que a Lei nº 6.830/80, que rege os processos executivos fiscais, aplica-se às execuções trabalhistas, nos termos do art. 889 da CLT. No entanto, não há como negar a aplicação do código de processo civil, quando aludida fonte formal de aplicação subsidiária for omissa e o preceito não for incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho (art. 8º, parágrafo único e art. 769 da clt). Ante a omissão axiológica, com vistas a assegurar o efetivo cumprimento de decisão judicial transitada em julgado, privilegiando as soluções hermenêuticas orientadas pelas garantias constitucionais, inscritas no artigo 5º, inciso XXXVI e lxxviii da CRFB, com a adoção meios que garantam a razoável duração do processo, direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros, conclui-se que o artigo 475-j do CPC aplica-se ao processo do trabalho. No mesmo sentido, posicionamento adotado em enunciado aprovado na 1ª jornada do direito material e processual na justiça do trabalho: “a aplicação subsidiária do art. 475-j do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista”. A natureza singular do crédito requer que sejam incorporadas ao processo do trabalho todas as mudanças legislativas que inovam no sentido de assegurar uma execução mais célere e eficaz. (TRT 1ª R.; AP 0136200-98.2003.5.01.0052; Sétima Turma; Relª Desª Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva; DORJ 14/10/2014)

Na tentativa de se ilustrar essa nova prática doutrinária e jurisprudencial, conclui-se que os sistemas são separados, figura 02, porém com amplo contato e trocas necessárias entre os dois. Misturam-se apenas no que for conveniente para ambas as partes, mas não pertencem ao modelo hermético anteriormente exposto na figura 01:

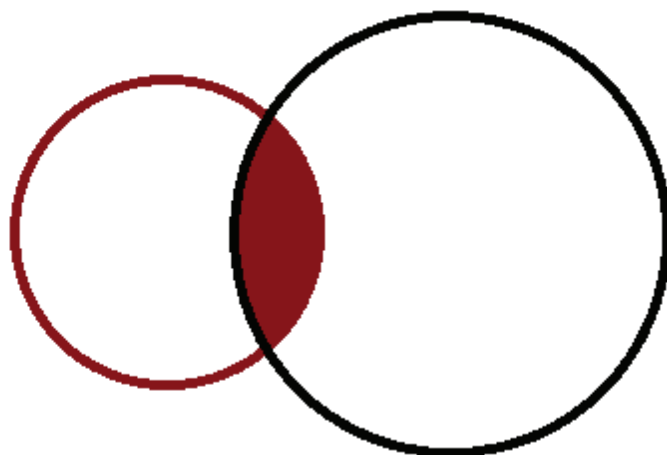


Figura 02

Observa-se claramente o encontro e as trocas sistêmicas entre os ambientes normativos diversos. Sendo que a interação possibilita, ainda, a existência individual de cada um. O CPC pode ser visto como a esfera maior, de cor preta, tendo em vista as maiores transformações pelas quais foi submetido quando comparado à processualística trabalhista, esfera marrom, a qual permaneceu do mesmo tamanho que a representada na figura 01.

Cabe ressaltar que ambos permanecem com suas respectivas peculiaridades e individualidades, mesmo havendo uma troca maior de normas. Essas foram respeitadas pelo fato de que o próprio sistema, representado por seus doutrinadores, admitiram essa coexistência. A válvula de entrada da CLT foi claramente ampliada, mas por elementos internos ao sistema, permitindo, assim, que este permaneça evoluindo, em contato com aquilo que lhe permita apenas o seu crescimento.

Essas trocas entre as legislações tendem, por outro lado, a mudar severamente caso seja aprovado o Novo Código de Processo Civil com a redação que possui atualmente.

5 REFLEXOS DO NCPC SOBRE A APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL NO ÂMBITO TRABALHISTA

A inércia na renovação da legislação processual trabalhista permitiu certo incômodo doutrinário, responsável pela defesa da utilização cada vez maior das normas processuais civis.

No entanto, o processo civil, considerado no século passado um ramo de difícil penetração de mudanças, vem sendo submetido a intensas renovações, entre elas uma verdadeira remodelagem com o novo Código de Processo Civil. Mudanças estas que

tiveram e terão, ainda, grandes reflexos na seara trabalhista.

Em seu art. 15, a proposta do novo Código de Processo Civil, traz menção expressa à forma como se deve proceder à integração da legislação laboral:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

À primeira vista, pode-se pensar que o mecanismo apenas reflete a posição de grande parte da doutrina trabalhista atual, a qual defende a aplicação de normas mais eficazes do CPC, mesmo havendo norma expressa na CLT regendo a matéria. No entanto, observando-se atentamente, conclui-se que a regulação do âmbito processual laboral está partindo de um ente externo.

Diante do novo dispositivo, surgem, assim, duas importantes e preocupantes mudanças. A primeira delas com relação ao poder de um mecanismo externo determinar a regulação de certos aspectos da CLT. Em segundo lugar, a utilização das expressões “supletiva” e “subsidiariamente” para denotar a forma de aplicação do CPC aos conflitos de ordem trabalhista.

Essas duas alterações serão melhor compreendidas a seguir.

5.1 Integrações “supletiva” e “subsidiária”

O novo CPC utiliza as expressões “subsidiária e supletivamente” para se referir à aplicação de suas normas na esfera trabalhista. Diferentemente do art. 769, CLT, esse dispositivo trará grandes inovações frente à perspectiva de colmatação de lacunas processuais trabalhistas.

Em primeiro lugar, é um elemento externo que determina seu ingresso na esfera laboral por duas vias, pela via das lacunas processuais trabalhistas e pela possibilidade de fornecer um mecanismo mais eficiente de resolução dos litígios.

Sendo assim, o CPC será aplicado subsidiariamente na ausência de normas expressas na CLT capaz de abarcar a demanda em questão. Situação já prevista desde o surgimento da CLT. A novidade paira, portanto, sobre o termo “supletivamente”.

De fato, grande parte da doutrina já clamava por uma aplicação supletiva do CPC enquanto as normas da CLT não fossem renovadas. Esse tipo de uso das normas processuais não desnatura o sistema laboral, desde que realizado de maneira sensata e ponderada.

Na realidade, diante do cenário atual, a aplicação supletiva revela-se como

único meio de se abordar os conflitos trabalhistas em um ambiente onde a CLT se tornou incapaz de prover remédios processuais eficazes como anteriormente.

A problemática, no entanto, reside sobre o fato de o CPC estar indiretamente controlando a válvula de entrada da CLT. O mecanismo, caso entre em vigor, procederá à revogação do art. 769, CLT. Sendo assim, ensejará que a esfera laboral seja regulada por um dispositivo estranho às suas origens.

5.2 Regulação por um sistema externo

A maior controvérsia trazida pelo art. 15 não é sua redação, o que muito reflete a posição da doutrina atual, mas o mecanismo que a traz, expondo a relação entre ambos os sistemas processuais e o limite de contato entre os dois.

Seria possível permitir que um sistema processual alheio regulasse a forma como é conduzida a interpretação e integração da legislação laboral? A CLT vista sob a ótica de 1943 jamais permitiria tal movimento processualístico. Seria, portanto, uma nova mudança na concepção dos sistemas apartados. Sendo assim, como impor o limite necessário para que não haja descaracterização da esfera laboral?

Cabe ressaltar que a mudança partiu de um vetor externo ao subsistema do direito processual do trabalho. A regulamentação do CPC corrobora o estado inerte da legislação processual trabalhista. O próprio Código determina sua posição diante das outras esferas processuais, deixando claro seu protagonismo em face das legislações incapazes de se retroalimentarem.

No entanto, o protagonismo do CPC desrespeita os limites entre os diversos sistemas processuais. Com sua nova redação, pode exercer uma verdadeira heterofagia sobre o processo do trabalho, enquanto que a processualística laboral vista sob a ótica de 1943 praticava sua autofagia, diante da inércia de suas normas.

Enquanto os modelos de pensamento anteriores, baseado no mesmo dispositivo da CLT, apenas divergiam no grau de abertura do sistema laboral ao processual civil, o novo Código, mesmo não sendo sua intenção inicial, traz em si uma nova definição de limites entre ambos os sistemas. Pode-se afirmar que os adeptos da teoria monistas se levantarão fortemente em respaldo ao novo dispositivo.

O problema não é necessariamente a possibilidade de aplicação supletiva e subsidiária do NCPC aos litígios de ordem trabalhista, posto que já o vem sendo defendido por grande parte da doutrina. O problema, ressalte-se, recai sobre essa regulamentação externa ao seio laboral. O sistema processual civil, enquanto meio alheio

à esfera laboral não pode controlar a válvula de abertura desse sistema, devendo esta ser regulada pelas próprias normas trabalhistas.

Por outro lado, a inércia dos legisladores diante da CLT, torna-a desesperadamente necessitada de uma reforma, mas não uma reforma que venha de fora. Para se manter, não digamos pureza, mas o bom funcionamento desse ambiente, ele mesmo deve autorregular-se, realizando abertura seletiva e fechamento operacional² necessários à renovação do sistema. Nessa linha, interessante resulta a aplicação do pensamento de Niklas Luhmann :

O sistema pode reagir a irritações e estímulos (perturbações, na linguagem de Maturana), não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando pode processar informação e transformá-la em estrutura. As irritações surgem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação no meio do sistema, assim como não existe *transfer* de irritação de meio a sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio). (2012, p.132)

Aplicando-se o pensamento *luhmanniano* ao embate entre NCPC e CLT, conclui-se que o sistema processual laboral deve criar seus próprios mecanismos de seleção das normas provenientes da esfera processual. Só se pode permitir a entrada daquilo que possa ser acoplado à estrutura total da legislação. Sendo assim, resta clara a impossibilidade de que o NCPC possa vir a regular eficazmente a válvula de entrada da CLT, sem que haja desnaturação do seu sistema.

Ainda assim, percebe-se que nenhum ramo do direito sobrevive isoladamente, as influências de um sobre o outro possibilitam constantemente o crescimento e renovação de todo o aparato jurídico brasileiro. No entanto, é preciso observar que cada ramo do direito é próprio, não podendo ser completamente permeado e perder sua identidade.

A proposta de redação do NCPC pode ser muito bem exemplificada na figura posterior:

² “Por encerramento não se entende isolamento termodinâmico, mas somente fechamento operacional; ou seja, que as operações próprias do sistema se tornem recursivamente possíveis pelos resultados das operações específicas do sistema”. (LUHMANN, 2012, p.103)

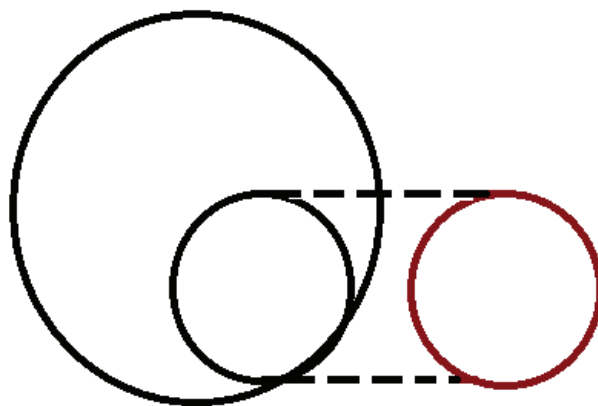


Figura 03

Ocorre, portanto, uma sobreposição de sistemas. O NCPC agiganta-se com relação à CLT, quase que a englobando. Diante disso, conclui-se pela lesividade do novo dispositivo ao, indiretamente, poder quebrar a individualidade da realidade processualística laboral.

6 CONCLUSÃO

A redação do novo Código Processo Civil trará grandes mudanças para a esfera trabalhista. Entre elas, sobre o procedimento de integração da CLT pelas normas de processo civil elencado no art. 15 do projeto de lei.

Referido dispositivo traz à tona os limites de ambas as legislações e os embates doutrinários acerca da separação sistêmica entre elas. A redação inicial da Consolidação das Leis do Trabalho definia claramente os limites de entrada das normas processuais, permitindo seu acesso apenas em situações raras e de extrema compatibilidade com o sistema laboral.

Diante da inércia legislativa, a doutrina laboral passou a defender maior abertura para as normas processuais como forma de manter a eficácia de solução de litígios própria à esfera trabalhista.

Aproveitando-se dos embates doutrinários e das lacunas normativas existentes na CLT, o projeto do NCPC traz a possibilidade de ampliação de sua aplicação no âmbito laboral. O que inicialmente poderia aparentar a resolução dos problemas atualmente vivenciados, enseja, na verdade, a sobreposição de um sistema sobre o outro, mantendo a inércia do legislador trabalhista e a gradual perda de independência do sistema laboral.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as Perplexidades e os Caminhos do Processo Civil Contemporâneo- Sua Evolução ao Lado do Direito Material. In: _____ et al (Orgs.). **Execução Civil e Temas Afins- do CPC/1973 ao Novo CPC: Estudos em Homenagem ao Professor Araken de Assis**. São Paulo: RT, 2014. p.72-90.

CHAVES, Luciano Athayde. As Lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: _____ (Org.). **Direito Processual do Trabalho: Reforma e Efetividade**. São Paulo: LTR, 2007.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Manual de Execução Trabalhista. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As Recentes Reformas do CPC e as Lacunas Ontológicas e Axiológicas do Processo do Trabalho: Necessidade de Heterointegração do Sistema Processual não-penal Brasileiro. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 73. n. 1. jan./mar, 2007. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/2276>>. Acesso em: 05 de outubro de 2014.

LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à CLT- Vol. II. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

**ARTIGOS DA
XIV SEMAJUD – JOÃO PESSOA**

"O ANTEPROJETO DO CPC E O PROCESSO DO TRABALHO: HARMONIZAÇÃO OU POLÊMICA?"

JOSÉ ANTONIO PANCOTTI

O processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tem direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de conseguir. Giuseppe Chiovenda.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por base o Anteprojeto do Código de Processo Civil com as alterações propostas na Câmara dos Deputados, o qual ganhou o número 8046, de 2010.

Há um relatório comparativo em que é possível visualizar três colunas: a) o texto do CPC/73; b) a par da proposta aprovada no Senado; c) as alterações do relatório do Senado que na Câmara vai à votação.

Pois bem.

A proposta de Reforma do Código de Processo Civil, é um novo Código que incorpora as minirreformas do CPC/73, mas traz inovações importantes.

É possível constatar que se procurou emprestar-lhe o caráter de um instrumento básico, com vistas à celeridade e eficiência prática do processo judicial, sem desprezar a evolução científica dos seus institutos. Oferece uma nova estrutura processual, com conceitos, valores e princípios que reafirmam o seu propósito de consolidar uma consistente e orientadora Teoria Geral do Processo.

Isto se justifica porque o CPC é fonte subsidiária de todos os ramos especializados do direito processual: administrativo, eleitoral, penal e trabalhista.

A macro estrutura do anteprojeto do novo Código permite visualizar cinco livros:

Livro I – Parte geral

Livro II – Processo de Conhecimento e do Cumprimento da Sentença.

Livro III - Processo de Execução

LIVRO IV – Processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das

decisões judiciais.

LIVRO V – Das disposições finais e transitórias.

O propósito deste trabalho é destacar alguns pontos que distanciam e aproximam o anteprojeto do Código e o Processo do Trabalho, ou no que se harmonizam ou tem potencial de causar polêmica. O espaço não permite esgotar a matéria.

Sabe-se que muitas as minirreformas do CPC/73 abeberam-se na experiência do Processo do Trabalho, desde enfatizar a conciliação até a citação pelo correio, apenas para ficar nos dois exemplos. Entretanto, houve avanços no CPC não trilhados pela CLT, como, por exemplo, a simplificação do procedimento da liquidação e do cumprimento da sentença. A CLT no art. 880, ainda conserva a distinção da fase de conhecimento e de execução. Assim, conserva a expedição de mandado de citação, para cumprimento de sentença, termo de acordo judicial não honrado, inclusive firmado e homologado em audiência.

As minirreformas no atual CPC, a partir dos artigos 475-I e seguintes introduziram o procedimento do “cumprimento da sentença”, que, em se tratando de condenação de quantia certa ou fixada na liquidação, intima-se o devedor pagar no prazo de quinze dias, caso não o faça ser-lhe-á aplicada multa de 10% (CPC, art. 475-J). Não se fala mais em processo de execução de sentença, por conseguinte, nem citação do devedor, exceto para a execução forçada de título executivo extrajudicial (CPC, art. 566 e seguintes).

Apenas para citar mais um exemplo de que atualmente corremos atrás do CPC, basta olhar para a Lei 13.015/14, que introduziu na CLT o procedimento de julgamentos de recursos repetitivos. Esse procedimento já havia sido introduzido no CPC/73, desde 2008 com a promulgação da Lei nº 11672/2008, acrescentando ao Código Processual o artigo 543-C. Aqui, a Lei 13.015/14 abeberou-se da experiência no STJ, na matéria e introduziu-se alteração da CLT.

Sou da opinião que deveria ser mais intensa essa troca de experiências bens sucedidas entre os procedimentos da CLT e do CPC.

Infelizmente, no procedimento da execução trabalhista necessitamos de avançar aproveitando a experiência do CPC.

Destaques na parte geral do anteprojeto:

LIVRO I – Parte Geral – Capítulo I

No Livro I, Capítulo I, sob o título “Dos princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil”, enuncia conceitos, valores e princípios que vão nortear a exegese do novo Código.

A transcrição de dois artigos é suficiente para nos dar a visão do que se propõe com o anteprojeto, sob este enfoque:

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Reproduziram-se vários princípios de direito material constitucional (dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, exigência do bem comum), além de incorporar os princípios do art. 37 da nossa Carta Magna: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Estes comandos da parte geral são complementados pelo que dispõe o seu Art. 119 do anteprojeto: *O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes.*

Cumpram-se, ainda, a incorporação dos princípios da inércia e da inafastabilidade da jurisdição ou acesso à justiça; do direito a razoável duração do processo, até a entrega do bem da vida ao credor; do direito da parte de participar do processo e do dever de colaborar com a autoridade judicial para a rápida solução da lide.

Enfim, permite inferir que o anteprojeto incorpora normas e preceitos da tutela constitucional do processo, agora no ordenamento infraconstitucional.

O avanço é muito relevante, considerando-se que é consentâneo com os ideais que norteiam a hermenêutica e a aplicação do direito material e processual, porque considera a norma jurídica com a sua referência aos comportamentos reais da sociedade, quer sob o enfoque dos valores e ideais de justiça, quer por reconhecer o direito como busca de uma ordem jurídica justa.

Isto é fruto do movimento pós-positivista que introduz novo olhar e pensar o

processo, com a normatização dos princípios, na dimensão axiológica dos direitos fundamentais, como conquista histórica e intangível da sociedade pós-moderna.

A característica do pós-positivismo é fundamentalmente um conjunto de ideias que ultrapassam os limites do legalismo estrito do positivismo-normativista de Hans Kelsen, não despreza a forte ascensão dos valores e reconhece a normatização dos princípios, a essencialidade dos direitos fundamentais e retorno do debate ético nas questões jurídicas.

2 PROJETO E PROCESSO DO TRABALHO – harmonização ou polêmica

Reiteradamente tenho sustentado que o conjunto de ideias, conceitos, valores e princípios que dão conteúdo à teoria geral do processo aplicam-se ao processo do trabalho e permitem uma interpretação atualizada do texto da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sob o enfoque propedêutico é fundamental observar o que preconiza o art. 8º da CLT:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Não importa, ainda, que a aplicação do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho seja meramente subsidiária (CLT, art. 769). A Consolidação das Leis do Trabalho tem a concepção e a sistemática própria de processo especial, com procedimentos específicos, para dar efetividade ao direito material do trabalho; resolvendo os conflitos individuais e coletivos oriundos das relações de trabalho.

Por força da Emenda 45/2004 a Justiça do Trabalho teve ampliada a sua competência para questões não diretamente disciplinadas por leis trabalhistas, mas pelo Código Civil: ações indenizatórias por danos materiais, morais, estéticos e existenciais – os interditos possessórios durante a greve – os mandados de segurança - ações anulatórias de atos administrativos da inspeção do trabalho - direito sindical (neste envolvendo direito de administração sindical – direito administrativo), a execução fiscal.

A ampliação da competência trouxe para a Justiça do Trabalho novas ações que o sistema processual original da Consolidação das Leis do Trabalho sequer vislumbrava em 1943. E não houve uma atualização da Consolidação com tal finalidade para responder à essa demanda. Essa circunstância reforça a necessidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, de forma mais ampla.

Essas novas ações que decorrem da ampliação da competência, exige que se socorra com maior intensidade e frequência da aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho, porém, não chega ao ponto de colocarmos o CPC no lugar da CLT.

Essas novas ações terão curso na Justiça do Trabalho. Logo, a disciplina da relação processual e do procedimento é o da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e não do CPC. Ainda que o novo CPC seja avançado e pós-moderno, remanesce meramente subsidiária ao processo trabalhista. Os princípios e valores constitucionais que se repetem no novo CPC já estão incorporados ao processo trabalhista e os juízes do trabalho os aplicam com natural habitualidade.

Vale ressaltar que na Câmara dos Deputados alterou-se o art. 15 do anteprojeto para extrair a referência à sua aplicação **supletiva** ao processo trabalhista. Assim, passou a proposta a ter a seguinte redação: *Na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais ou administrativos as disposições deste Código lhes são aplicáveis supletivamente.*

Penso ser salutar a retirada da referência ao processo do trabalho, para evitar polêmica na esfera trabalhista, porque isso não impede a sua aplicação subsidiária na forma regulada pelo art. 769 da CLT e evita o debate do que significa aplicação subsidiária e o que venha ser aplicação *supletivamente*.

Destarte, vislumbra-se a possibilidade de reconhecer ao juiz do trabalho, uma vez convertido anteprojeto em lei, a legitimidade para aplicar os avanços que o novo Código de Processo Civil venha introduzir no ordenamento processual civil, sem desconsiderar, por serem óbvias, as peculiaridades e os aspectos absolutamente incompatíveis com o processo trabalhista. O que se constata, porém, é que há avanços que não podem ser desprezados, mas há um vasto caminho a percorrer e um fecundo terreno para uma construção jurisprudencial que incorpore estes avanços para a segurança jurídica dos litigantes trabalhistas.

3 DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E NECESSIDADE DO CO-OBRIGADO PARTICIPAR DA FASE DE CONHECIMENTO.

No Livro I (Parte Geral), Título IV, Capítulo II, artigo 77 e seguintes, o anteprojeto introduz um incidente específico para o Juiz declarar positivo ou negativo o pedido de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, para a execução alcançar o patrimônio particular do sócio ou terceiro, em caso de suposto abuso da personalidade jurídica.

O Art. 77 do anteprojeto dispõe que:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer fase do processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresas do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica:

I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;

II – é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Art. 78. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.

Art. 79. Concluída a instrução, se necessário, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.

Fica evidente a opção do novo Código pela “Teoria Maior”, enquanto o Código de Defesa do Consumidor optou pela “Teoria Menor”, quando preconiza no art. 28 que:

A art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração à lei, fato ou ato não ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Assim, no processo do trabalho, por ser usual a aplicação da “Teoria Menor” o juiz do trabalho declara a desconsideração da personalidade jurídica *ex officio* na fase de execução. Essa teoria é mais compatível com o processo do trabalho.

Reforça esse poder do juiz do trabalho, a sua legitimidade ativa para promover a execução trabalhista, pela CLT, art. 878. Ora, promover a execução trabalhista é levar a termo a prestação jurisdicional com a entrega do bem da vida ao credor. Assim, se Juiz do Trabalho, pelos elementos dos autos, infere que os administradores ou os sócios esvaziaram de tal modo o patrimônio da sociedade que a tornou insolvente, de sorte que o exequente nada encontrará, ou quando encontrar, só se depare com bens inidôneos a responder pelo crédito trabalhista, tem legitimidade para declarar de ofício a

desconsideração da personalidade jurídica. (aplicação da Teoria Menor)

É necessário ressaltar que, não raro, constata-se uma precária situação econômica da sociedade comercial, industrial ou de serviços. No entanto, os administradores ou sócios ostentam patrimônio pessoal e particular incompatível com os rendimentos a título de *pro labore* ou de retiradas dos frutos da sociedade. Em comarcas do interior, em que tais condutas das pessoas são visíveis perante a comunidade, é extremamente desmoralizante para a Justiça do Trabalho, porque não se consegue entregar ao credor o bem da vida, fim último da prestação jurisdicional, a pretexto de que não encontra patrimônio do devedor (sociedade). No entanto, os seus sócios, diretores, gerentes etc. não têm o menor constrangimento de ostentarem padrão de vida que absolutamente nada condiz com a situação econômica da empresa.

Nestes casos, o abuso da personalidade jurídica revela-se por fatos públicos e notórios, nos municípios e comunidades menores.

Assim, é extremamente útil, na busca da efetividade da execução, a declaração da desconsideração da pessoa jurídica de forma célere e expedita, com vistas a alcançar os bens particulares dos administradores ou dos sócios, para responder pelas dívidas trabalhistas da sociedade. O administrador ou sócio passa a ser, então, o devedor e integra o polo passivo da execução trabalhista. Ato contínuo, determina-se sua a citação, para que a execução contra ele prossiga.

A sistemática adotada na Justiça do Trabalho, hoje, apesar de ser um procedimento singelo, não traz insegurança jurídica, porque está sob a salvaguarda do contraditório e da ampla defesa, por todos os meios e instrumentos que a lei processual oferece ao devedor, para resistir à execução. Nesta oportunidade poderá alegar e provar todas as questões de fato e de direito, em defesa dos seus interesses, especialmente o eventual descabimento da declaração de desconsideração da pessoa jurídica.

O anteprojeto traz inovações profundas, porque pressupõe a necessidade de requerimento da parte, para a instauração de um incidente específico com vistas à declaração judicial de desconsideração da personalidade jurídica. Ainda que dependa de requerimento em qualquer processo ou procedimento (conhecimento ou execução), preconiza-se a concessão de um prazo de quinze dias para sócio ou terceiro manifestar e requerer as provas cabíveis, seguindo-se a possibilidade de instrução probatória específica que culminará com decisão. Na proposta aprovada na Câmara, tal decisão seria impugnável por agravo de instrumento. Essa possibilidade foi excluída da proposta de emenda do Senado.

O Código não tem disposição específica dispondo que a instauração deste

incidente processual acarretará suspensão do processo. Porém, não se descarta em muitas situações a suspensão da execução até a decisão do incidente. Se se der na fase de conhecimento é admissível é até razoável a suspensão do procedimento, mas na fase de execução, como visto, será prejudicial à sua celeridade e efetividade. Não se vislumbra, porém, a necessidade de instauração do incidente no processo do trabalho, na fase de conhecimento.

De sorte que, à primeira vista, estaria inviabilizada a desconsideração da pessoa jurídica, por iniciativa do juiz ou de ofício, tanto pelo Código Civil, como pela proposta no novo CPC.

Não obstante omissa a Consolidação das Leis do Trabalho, este é um dos pontos que o anteprojeto atrita frontalmente com os princípios da informalidade, celeridade e efetividade do processo do trabalho, tornando, por isso, desaconselhável a sua aplicação.

Ademais, no processo do trabalho decisão interlocutória são irrecorríveis de imediato, exceto a que negar seguimento a recurso (CLT, art. 893, § 1º).

Na Justiça do Trabalho, se aplicado como proposto tal incidente, será o caos, especialmente na execução, porque deflagraria um procedimento incidental complexo que postergaria e até atravancaria a prestação jurisdicional. A dinâmica da atividade econômica que envolve a atuação empresarial, seja com a alienação do patrimônio da empresa ou alteração da personalidade jurídica, retirada e admissão de sócios, ou os escaninhos artificiosos de desvios de patrimônio das empresas, inviabiliza o uso de tal procedimento, sem prejuízo à efetividade do processo do trabalho.

Estas questões já tem regramento próprio e específico na CLT, como preconizam o §2º, do art. 2º, no caso de grupo econômico e de sucessão de empregadores nos artigos 10 e 448 da mesma Consolidação.

Este é um dos pontos que o anteprojeto se distancia do processo do trabalho.

Penso, todavia, que se o juiz declarar a desconsideração da personalidade jurídica, de forma açodada, sem respeito ao mínimo contraditório e à ampla defesa revelar-se arbitrário. A singeleza do procedimento trabalhista não autoriza surpreender o gerente, o administrador ou sócio da pessoa jurídica, de forma que dificulte ou inviabilize sua defesa.

Não vislumbro, ainda, a possibilidade de aplicação ao processo do trabalho da norma do art. 501 do projeto: *O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento.*

Se levado a cabo a aplicação desta norma, os advogados de reclamantes vão colocar no polo passivo da reclamação trabalhista todas as empresas do grupo econômico, ou a empresa, o gerente, o administrador e os sócios da sociedade, exceto da Sociedade Anônima.

Tanto já se mostrou inviável na Justiça do Trabalho que a Súmula 205 do TST foi cancelada. Esta Súmula veiculava entendimento de que só seriam alcançadas pela execução as empresas do grupo econômico que figurassem na sentença exequenda.

4 DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRINCÍPIO DA MELHOR APTIDÃO PARA A PROVA

No Livro I, Título IX, Capítulo XI – “Das provas”, tem larga aplicação subsidiária ao processo do trabalho, especificamente no que diz respeito à distribuição do ônus da prova.

Acerca do tema, a CLT dispõe apenas do lacônico Art. 818: *A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.* Notoriamente insuficiente para orientar as partes e o juiz, em tão relevante matéria.

O projeto do novo Código de Processo Civil no art. 357 manteve o clássico ou tradicional sistema de que ao autor cabe o ônus de provar os atos constitutivos do seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Entretanto, no art. 262 incorporou o princípio de distribuição dinâmica do encargo probatório, atribuindo o ônus de provar à parte que tem maior aptidão para produzi-la:

Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observar o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica em alteração das regras referente aos encargos de respectiva produção.

No processo do trabalho, a jurisprudência vem, ainda que timidamente, admitindo o emprego da distribuição dinâmica do ônus da prova, atribuindo ao empregador, a quem compete documentar fatos e ocorrências no contrato individual de

trabalho, o ônus de prova mediante cartão de ponto, por exemplo, se a contratação foi a prazo certo, ou a efetiva jornada do empregado, quando a empresa contar com mais de 10 empregados. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil vai mais além, quando expressamente consagra que o encargo probatório fica a cargo da *parte que detiver melhores condições de produzi-la*.

Ada Pellegrine Grinover critica, com razão, o anteprojeto no que mantém o princípio clássico, *“Trata-se de um princípio estático e superado pela realidade, em que frequente em que réu tem mais condições de provar fatos constitutivos do que o autor, sobretudo quando existe desigualdade real na posição das partes”*. Entretanto, ressalta a autora que a inovação é bem vinda e salutar, porque dá nova dinâmica à instrução probatória.

O anteprojeto, na proposta original, era mais enfático, ao cogitar que *a carga da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre fatos, ou maior facilidade em sua demonstração*. Infelizmente foi retirada, na proposta em tramitação no Senado.

Não vejo dificuldade na aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, como princípio regente para a melhor aptidão para a prova.

No caso do processo do trabalho, a empresa é a parte que terá as informações específicas e até confidenciais acerca de inúmeros fatos, sem contar que, em face do natural poder gerencial e da obrigação de guarda da documentação que decorre do poder organização, direção e controle, terá sempre maior facilidade para demonstração dos fatos, no embate acerca da busca da verdade.

Na controvérsia acerca da extinção do contrato, por exemplo, em que o empregador alega pedido de demissão e o empregado sustenta que foi dispensado sem justa causa, quem melhor tem condições de provar que houve pedido de demissão é a empresa, não sendo o caso de se atribuir exclusivamente ao empregado o ônus de provar a dispensa sem justa causa. Assim, não provado o pedido de demissão, deve-se presumir o argumento da dispensa sem justa causa. Na sistemática vigente, não raro, se o empregado não prova a dispensa sem justa causa, invariavelmente acolhe-se que houve pedido de demissão, porque desconsidera a dinâmica da distribuição do ônus da prova.

De sorte que a distribuição dinâmica do ônus da prova, como princípio jurídico, aplica-se ao processo do trabalho, independente do que dispuser o novo CPC.

5 O PEDIDO CONTRAPOSTO E O FIM DA RECONVENÇÃO

No art. 326, do anteprojeto incorporou-se a figura do “pedido contraposto”, o

que dispensa a propositura da reconvenção.

Art. 326. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido contraposto para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, hipótese em que o autor será intimado, na pessoa do seu advogado, para responder a ele no prazo de quinze dias.

§ 1º. O pedido contraposto observará regime idêntico de despesas àquele formulado na petição inicial.

§ 2º. A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva não obsta ao prosseguimento do processo quanto ao pedido contraposto.

Este artigo explicitamente empresta o caráter de ações dúplices, em todas as ações cíveis – *rectius* os dissídios individuais trabalhistas - nas hipóteses em que no sistema anterior seria exigível a reconvenção. Assim, o réu na contestação, depois de expor toda a matéria de defesa poderá formular “pedido contraposto” para manifestar pretensão própria que seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

E mais, a desistência da ação ou a sua extinção não obsta o prosseguimento do pedido contraposto, com a instrução do pedido efetuado na defesa.

O art. 307, parágrafo único, transporta todos os requisitos da formulação do pedido pelo autor, para o pedido contraposto: a necessidade de causa de pedir, quanto à necessidade de pedido certo e determinado, facultando-se a formulação de pedido genérico, com a determinação desde logo das consequências do fato ilícito, ou quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato da parte contrária.

Não há aí nenhum prejuízo, porque não exige para o “pedido contraposto” identidade de rito, requisito para a reconvenção.

No processo do trabalho, o pedido contraposto vinha sendo adotado exclusivamente nos dissídios coletivos, admitindo-se que o suscitado formule pedido de cláusulas, e por vezes acolhe-se, embora não fora objeto do pedido do suscitante.

No dissídio individual trabalhista de procedimento sumaríssimo não se admite pedido contraposto, como CPC/73 admite no procedimento sumário, no cível, conforme art. 278, § 1º (*É lícito ao réu, na contestação, formular pedido a seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial*).

Este avanço do anteprojeto do novo Código de Processo Civil deve ser incorporado ao processo do trabalho, extirpando, por exemplo, a polêmica do cabimento da reconvenção, no caso de ação de consignação em pagamento de verbas rescisória, em que o empregado reconvinte, formula verdadeira reclamação trabalhista. Assim como no inquérito judicial para a apuração de falta grave em que o reconvinte pede a reintegração ou indenização correspondente ao período estabilitário. Será suficiente que o

trabalhador reclamado na consignatória, depois de esclarecer os fundamentos da resistência da recusa em receber as verbas que a empresa quis pagar, deduzir pedido próprio de pagamento correto do que lhe entender devido, decorrente de dispensa sem justa causa, por exemplo.

Não é mais oponível o argumento da incompatibilidade de rito procedimental, como por exemplo, se o pedido inicial ensejar procedimento de rito sumaríssimo e o pedido contraposto rito ordinário, porque no sistema trabalhista, com alguma exceção, o que define o rito é o valor do pedido inicial.

De sorte que se o pedido inicial ensejar procedimento de rito sumaríssimo e o pedido contraposto rito ordinário, é viável que o juiz do trabalho converta para este rito, na própria audiência, determinando a reatuação e reclassificação do feito, para fins cadastrais e estatísticos. Esta postura é mais consentânea com a razoável duração do processo, porque busca a sua celeridade e efetividade, em vez de exigir que o reclamado venha propor reclamação trabalhista autônoma.

6 A AUDIÊNCIA ESPECÍFICA DE CONCILIAÇÃO - DOS CONCILIADORES E MEDIADORES NÃO JUÍZES

Na Justiça do Trabalho a conciliação sempre foi e continua sendo o meio mais eficaz para a composição dos litígios, no dissídio individual ou coletivo. No dissídio individual o Juiz do Trabalho tem por dever, de ofício, propor a conciliação, no mínimo, em duas oportunidades, na mesma audiência. Além disso, não se descarta a busca da conciliação, em qualquer fase do processo, mesmo depois de desencadeada a execução forçada.

A opção da Justiça do Trabalho pela conciliação remonta às suas origens, tanto na primeira, como na segunda instância, basta um exame da Consolidação das Leis do Trabalho, para se chegar a esta conclusão.

A particularidade é que a conciliação no processo do trabalho se dará sempre com a participação efetiva do juiz do trabalho. Há uma forte resistência em se delegar a servidores, como havia reserva em delegá-la aos juízes classistas, enquanto subsistiram as Juntas de Conciliação e Julgamento.

O novo Código avança, de forma significativa, se comparado com a sua versão original de 1973 e mesmo depois das suas minirreformas. Assim, o processo civil aos poucos foi se enriquecendo com as experiências da Justiça do Trabalho e avança, criando conciliadores não juízes, para dar maior efetividade à conciliação como meio de solução

de conflito.

O anteprojeto expressamente preconiza que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por magistrados, advogados, defensores públicos ministério público, inclusive no curso de processo judicial (art. 145). Nunca, a conciliação no processo civil, teve tratamento tão enfático. Não se desconhece o preconceito dos civilistas, em relação ao processo do trabalho, exatamente por seu caráter marcante de priorizar a conciliação.

No Livro, II, Título, II, Capítulo V, depara-se com a audiência de Conciliação, cujo artigo 323 merece transcrição na íntegra.

Art. 323. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação, observando o previsto nos artigos 144 e 145, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não excedentes a sessenta dias da primeira, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3º As pautas de audiências de conciliação, que respeitarão o intervalo mínimo de vinte minutos entre um e outro ato, serão organizadas separadamente das de instrução e julgamento e com prioridade em relação a estas.

§ 4º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 5º A audiência não será realizada se uma das partes manifestar, com dez dias de antecedência, desinteresse na composição amigável. A parte contrária será imediatamente intimada do cancelamento do ato.

§ 6º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 7º As partes deverão se fazer acompanhar de seus advogados ou defensores públicos.

§ 8º A parte poderá fazer-se representar por preposto, devidamente credenciado, com poderes para transigir.

§9º Obtida a transação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

No Livro I, Título VI, Capítulo III, Secção V, Art. 144 e seguintes, o novo Código institui a figura “Dos conciliadores e dos mediadores judiciais”.

É uma inovação antes impensada, quando insere entre os auxiliares do juízo a figura dos “conciliadores e mediadores judiciais”; facultando a criação, pelos tribunais, de setor específico para tal fim. Resgata-se, com isso, a figura do pretor, no processo civil romano, na medida em que se facultará aos litigantes escolher o conciliador ou mediador e, se infrutífero a escolha consensual, proceder-se-á o sorteio entre os inscritos no registro do tribunal.

O art. 147 preconiza que: *Os tribunais manterão registro de conciliadores e mediadores, que conterà o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional. § 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais,*

necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá a sua inscrição no tribunal.

No §5º preconiza-se expressamente que o conciliador inscrito na OAB está impedido de exercer a advocacia nos limites da competência do respectivo tribunal e de integrar escritório de advocacia que o faça.

O projeto traz, ainda, algo que não se depara na Consolidação das Leis do Trabalho, nem no atual Código do Processo Civil: a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade. O novo Código introduz, então, os princípios que norteiam a postura do conciliador e das partes.

Depreende-se que os conciliadores voluntários dos juizados especiais (Lei 9.099/95) não foi uma experiência de sucesso, por falta de capacitação e porque o trabalho voluntário não vincula o conciliador ao juiz encarregado da homologação do acordo.

Observe-se que o anteprojeto preconiza que o juiz responsável traçará os parâmetros para a atuação do conciliador ou mediador.

A propósito, já houve uma experiência do TRT/23ª Região, de Mato Grosso, um núcleo de conciliação, na sua sede, executadas por servidores que centralizam as tentativas de conciliação de processos em curso nas Varas da Capital e da segunda instância, contando com a coordenação de um Juiz do Trabalho. É o caso de se colher experiência e aprimorar o sistema.

Além disso, cogita-se de remunerar o conciliador e o mediador.

No Fórum Trabalhista de Paulínia, no TRT/15ª Região, cidade próxima à Campinas, há outra experiência bem sucedida, em que o juiz do trabalho faz triagem dos processos a serem submetidos à conciliação, permitindo a atuação de um conciliador leigo, não servidor. Trata-se de um servidor público aposentado, com larga experiência como conciliador no juizado especial cível da Comarca e que se propôs a desenvolver tais serviços no Fórum Trabalhista, sob a supervisão direta dos juízes do trabalho.

Há, ainda, as experiências relatadas por técnicos do Ministério da Justiça, na oficina da Escola Judicial do TRT de Campinas, em juizados especiais federais e estaduais, com a participação de conciliadores e mediadores não juízes, ou servidores devidamente capacitados. É o caso de a Justiça do Trabalho acompanhar e avaliar melhor a instituição de centros de conciliação monitorados por um juiz do trabalho, auxiliado por servidores públicos que tenham perfil para essa tarefa, não sem passar

antes por um curso de capacitação.

Sem estes requisitos do conciliador ou mediador, ainda que se trate de servidor, pode-se chegar ao insucesso a que se verificou nos juizados especiais estaduais e federais.

Eis aí, um avanço que o projeto traz e pode ser utilizado pela Justiça do Trabalho.

7 DA TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA

No Livro I, Título IX, nos artigos 269 e seguintes introduziu-se os institutos da tutela de urgência e tutela de evidência.

O anteprojeto (artigos 276 e 277) definiu as hipóteses de tutelas de urgência – cautelares e satisfativas. Equivale dizer, engloba medidas cautelares em geral ou inominadas (CPC, art. 798) e a tutela antecipada e tutela específica (CPC/73, artigos 273 e 461).

E mais, com maior concisão que o art. 798 do atual CPC, o anteprojeto preconiza, no art. 276: *A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciam a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.*

Cogita-se da possibilidade de exigir caução real ou fidejussória, ressalvada o caso da parte economicamente hipossuficiente. Além disso, o 276: *A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciam a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.* Art. 277 autoriza o juiz, *Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, conceder medidas de urgência de ofício.*

A norma se insere no poder geral de cautela do juiz que, por sinal, é muito pouco utilizado pelos juízes de direito, exceto em questões de família, da infância e adolescência, ações possessórias e previdenciárias.

No processo do trabalho, o poder geral de cautela do juiz do trabalho é mitigado pela jurisprudência.

Na Justiça do Trabalho, aliás, a jurisprudência é conservadora, ainda, quando o juiz do trabalho defere a tutela antecipada do art. 273 do CPC/73, em obrigação de pagar verbas rescisórias, ante a inquestionável dispensa sem justa causa.

É certo, porém, que se o empregado não a solicitou na peça de ingresso, mas durante a audiência surgem indícios e ou a evidência de que o empregador, que se

recusa a conciliar, está se mudando do município ou comarca, ou corre o risco de desaparecer, em razão da natureza alimentar das parcelas, nada justifica desprestigiar o poder do juiz em determinar de imediato tal pagamento. A concessão da tutela antecipada (ou *de urgência*), com estipulação de prazo para cumprimento, reforçada por *astreinte*, é meio de estimular o adimplemento da decisão judicial.

A concentração das tutelas de urgência e de evidência com igual disciplina contribui em muito para a celeridade e efetividade do processo e deve ser adotada, de pronto, pelo processo do trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho só contempla duas hipóteses de tutela antecipada, no art. 659, IX, X, carecendo de uma norma genérica em que a medida se mostre viável, diante do caso concreto. Trata-se de medidas absolutamente compatíveis com o processo trabalhista, em harmonia com os princípios da celeridade e efetividade.

A tutela da evidência é uma ideia nova que merece destaque especial.

O art. 278 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil diz expressamente:

Art. 278. A Tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco e dano irreparável ou de difícil reparação futura quando:
I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do requerido;
II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostra-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;
III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou
IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.
Parágrafo único – Independente igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega de objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

Não se reproduziu a exigência do *caput* do art. 273 do atual Código de Processo Civil acerca da *prova inequívoca*, que convença o juiz da *verossimilhança* da alegação da parte. Andou bem o legislador em enumerar, a título de exemplo, as hipóteses que ensejam a adoção da medida. Com efeito, não aí “*númerus clausulus*”, mas enuncia hipótese que a jurisprudência pode perfeitamente enriquecer, ampliando-as.

Há ampla possibilidade de aplicação das tutelas de evidência no processo do trabalho. É rotineira a presença das partes em audiência, ante a dispensa sem justa causa, em que é indiscutível a estabilidade provisória (gestante, dirigente sindical, cipeiro, pré-aposentadoria, acidentado etc). Infelizmente, na sistemática atual a tutela judicial se limita a aguardar a decisão final do curso ordinário, para ao final converter a decisão em

indenização, por decurso do prazo estabilitário. Não difere o exemplo já citado da incontroversa dispensa sem justa causa, sem pagamento das verbas rescisórias.

A grande novidade é que, havendo pedido com fundamento em julgamentos repetitivos, enseja a aplicação da medida. Vislumbra-se que, por exemplo, os mais de quatrocentos verbetes de Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, resultam indiscutivelmente de julgamentos repetitivos. Isto legitima o juiz a aplicar a tutela de evidência. Com maior razão, por exemplo, em pedidos com respaldo em Súmula do TST, ainda que estas não tenham força vinculante.

Nas hipóteses de cumulação de ações, muito comum na Justiça do Trabalho, se um pedido ou parcela for incontroverso, a solução mediante a tutela de evidência é definitiva, significa, execução definitiva de imediato.

8 REQUISITOS DE MOTIVAÇÃO DECISÃO, SENTENÇA E ACÓRDÃO.

No Livro II, Título I, Capítulo XII – DA SENTENÇA E DA COISA JULGADA – Secção II – Dos efeitos requisitos e efeitos da sentença - o anteprojeto detalha minuciosamente e ressalta tais requisitos.

Nos incisos I a II do art. 476, repete-se o que dispõe o art. 482 do CPC/73.

No Parágrafo Único do art. 476, porém, estabelece elementos que evidenciam uma séria preocupação com decisões, sentenças e acórdãos sem a suficiente fundamentação.

Parágrafo Único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicitar o motivo concreto de sua incidência;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adota pelo julgador.

No Parágrafo Único do art. 477, o anteprojeto é enfático: *Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.*

Poder-se-á argumentar que a CLT não é omissa, ante a norma do seu art. 832: *Da decisão deverá constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.*

O anteprojeto convertido em lei terá, então, aplicação subsidiária ao processo

do trabalho?

A jurisprudência do TST tem aplicado o art. 93, IX e o art. 482 do CPC para anular sentença e acórdãos desfundamentados.

Veja a Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 N. 115:

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (alterada em decorrência da redação inciso II do art. 894 da CLT, incluída pela Lei 11.496/2007) – Res. 182/2012, DEJT 19, 20 e 23.04.2012.
O conhecimento do recurso de revista, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, art. 458 do CPC ou do art. 93, IX, da CF/88.

A decisão que empregue conceitos jurídicos difusos, fluídos ou indeterminados sempre requer de motivação concreta da decisão.

Nessa diretriz parece adequado do sustenta Luis Roberto Barroso

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação do fato e da norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto.

O juiz do trabalho ao apreciar acusação de justa causa por improbidade, por indisciplina, por insubordinação deverá fazer fazendo ponderações cerca das condutas do empregado e do empregador, a fim de fazer adequação do fato à norma ao caso concreto. Há que se valor a prova dos fatos provados, interpretá-los e para a subsunção à norma da CLT que contém um conceito jurídico indeterminado.

Em todos estes casos, faz-se a exposição do sentido analítico da norma que se aplica ao caso concreto e confronto com os fatos.

9 ALGUMAS SIMPLIFICAÇÕES DE PROCEDIMENTOS COMPATÍVEIS E DE APLICAÇÃO CONTROVERTIDA AO POCESSE DO TRABALHO.

- a) A possibilidade de revisão de ofício do valor dado à causa (§ 3º do art.267). A CLT é omissa. Não obstante haja controvérsia na Justiça do Trabalho, perfilho o entendimento que o juiz do trabalho detém o poder de arbitrar o valor dado à causa, quando em dissonância com o valor da soma de pedidos líquidos. Penso que a norma é aplicável ao processo do trabalho, com as implicações práticas decorrentes, inclusive de alteração de rito;

- b) a revogação ou revisão da concessão da justiça gratuita (art. 99), sem necessidade de incidente específico, harmoniza-se com o processo do trabalho e está em consonância com o que já dispõe a Lei 1060/50, mormente considerando que atualmente é possível a extensão do benefício ao empregador;
- c) A extinção da ação declaratória incidental de falsidade documental, o que será possível mediante simples arguição na contestação ou no prazo de dez dias da intimação da juntada de documento (art. 417);
- d) No Livro II, Título III “DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS” extinguiu “ação monitória”, introduzida no CPC/73 (Lei n. 9079/95) que causou debate e repercussão doutrinária, mas parece ter caído em desuso. A sua extinção foi salutar.
- e) O artigos 382-390 do anteprojeto simplificaram a “exibição de documentou ou coisa”, no capítulo das provas, tanto por determinação de ofício ou a requerimento da parte, o que parece compatível com o processo do trabalho;
- f) A simplificação e o resumo das formas de intervenção de terceiro: a) Da Assistência (art. 308); Da Denúnciação em Garantia (art.314); Do Chamamento ao Processo (art. 319) e Do amicus curiae (art. 322). As hipóteses de oposição e nomeação à autoria deixam de existir, mas na prática foram fundidas com denominação de “Denúnciação em Garantia”;
- g) Extinção das ações cautelares (nominadas e inominadas), substituída pelas tutelas de urgência e tutela de evidência com procedimento simplificado (art. 269-278), com simplificação de procedimento que é compatível com o processo do trabalho (art. 279-286).
- h) Dentre os efeitos da citação (no processo do trabalho, a “notificação inicial”), ainda que ordenada por juiz incompetente é interromper a prescrição (art. 209). Não se faz referência à declaração de prescrição de ofício (CPC/73, 219, §5º). Penso que está implícito na norma que o juiz do trabalho poderá declarar de ofício a prescrição, porque a simples notificação inicial tem o efeito de interrompê-la. Há entendimentos contrários à declaração da prescrição de ofício pelo Juiz do Trabalho, em razão da natureza alimentar destes direitos e por estar inserido na categoria de Direitos Fundamentais. Não compartilho dessa

opinião. Por este último argumento, ainda, que dependa arguição pela parte, os direitos seriam imprescritíveis, por força do art. 7º, XXIX da Constituição.

- i) O art. 186, do anteprojeto dispõe que: *computar-se-ão somente os dias úteis. Ao contrário senso, não se computa feriados que recaia em meio ao transcurso do prazo. Cabe harmonizar com o que preconiza o art. 775 da CLT: Os prazos estabelecidos neste Título contam-se com exclusão do dia do começo e exclusão do dia do vencimento, e são contínuos e irrelevantes, podendo ser prorrogados.....* Essas expressões da CLT - *contínuos e irrelevantes* - podem ser interpretadas de que os feriados em meio ao curso do prazo serão computados. Aliás, na Justiça do Trabalho sempre foram. Só a jurisprudência vai conciliar e harmonizar estes preceitos.

- j) Eliminação da distinção entre praça e leilão, sem necessidade de duas hastas públicas. Desde a primeira, o bem pode ser arrematado por valor não inferior ao da avaliação, desde que não configure preço vil. No processo do trabalho já adotamos um único leilão e, se não há arrematação, passa-se, ato contínuo, à venda pelo melhor preço.

- k) O anteprojeto preconiza que os advogados das partes podem formular diretamente perguntas às testemunhas, senão vejamos: *Art. 445. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as causas ou importarem em repetição de outra já respondida.*

Essa disposição, se transformada em lei, ao contrário do que se sustenta, não retira do juiz do trabalho o poder de direção, controle e o poder de polícia da audiência, conforme o art. 345 do anteprojeto. Observe-se que se reservou ao juiz que preside a audiência o poder de vetar perguntas indutivas de respostas, ou sobre matéria estranha à causa e repetitivas. É evidente que há outras razões para o juiz intervir e impedir as respostas a outros tipos de perguntas.

Com efeito. O mesmo anteprojeto dispõe que *Enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, os advogados e o Ministério Público não poderão intervir ou apartear, sem licença do juiz* (art.346, Parágrafo Único).

Assim, não há dúvida que foi preservada a autoridade do juiz como presidente da audiência, com poderes de intervir para repelir perguntas repetitivas, impertinentes, inconvenientes ou quanto aos fatos que não depende de prova oral, na ressalva da parte final do art. 445.

Por outro lado, a Consolidação tem norma própria acerca do tema, quando preconiza no art. 820: *As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos juízes classistas, das partes, seus representantes ou advogados.*

Não sendo a CLT omissa (art. 769), fica afastada de plano a aplicação subsidiária do art. 445 do anteprojeto.

Penso que preservados os poderes do juiz na audiência, como o próprio anteprojeto preconiza, não se deve transformar essa questão numa batalha entre juízes e advogados.

É necessário ressaltar que o anteprojeto contempla no art. 445, § 1º (*O juiz poderá inquirir a testemunha assim antes como depois da inquirição pelas partes*) e no § 2º (*As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias*).

A pergunta que não cala: quem preservará esses direitos das partes na audiência?

A resposta é uma só: Juiz que a preside.

Para finalizar este tema: o § 3º do art. 445 reza (*As perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requerer*). É mais uma inequívoca indicação de que o juiz tem poderes de indeferir perguntas, ainda que as partes as possam formular diretamente à testemunha.

Acredito que, transformado em lei, haverá tentativa de se abstrair a aplicação do art. 820 da CLT, em prol da total adoção da norma do art. 445 do anteprojeto. Os advogados vão investir nisso.

Se se optar, por sua aplicação, vale a advertência do Prof. Jorge Pinheiro Castelo *No entanto, trata-se de inovação cujas consequências podem ser nefastas caso não se observem a lealdade e o respeito processual, para tanto a gravação de imagens e som será essencial.*

Vejo que os juízes tem receio de gravação de imagem e som da audiência, penso que pode funcionar como freio, para eventuais excessos das partes.

l) No art. 841 traça parâmetros orientadores para solução há muito reclamada: critérios para a definição de preço vil, na arrematação em hasta pública ou leilão.

Eis a uma proposta, a meu ver, razoável:

Art. 841. Não será aceito lance que ofereça preço vil.

Parágrafo único – Considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação, salvo se outro for o preço mínimo estipulado pelo juiz para a alienação do bem.

m) Impugnação à arrematação e ação anulatória por nulidades na arrematação.

A CLT, no art. 884 preconiza que: *Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo a exequente para a impugnação.*

Com suporte no que preconiza o art. 889 da CLT, aplicável o art. 16 da Lei 6.830/80 que reforça a exigência de garantia do juízo para as defesas do executado (depósito, ou da fiança bancária e da intimação da penhora). Assim, salvo melhor juízo, não há que se falar em embargos, sem garantia do juízo. Neste sentido inaplicável o art. 870 do anteprojeto (*O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos*).

Embora só no § 5º do artigo 884 da CLT contemple a espécie específica de embargos - “Embargos à Penhora” - sempre se entendeu que a disposição do seu *caput* autoriza o juiz do trabalho receber todos os tipos de embargos do devedor (inclusive embargos à adjudicação e à arrematação).

Quanto ao debate do cabimento da ação rescisória ou anulatória de decisão homologatória de adjudicação e arrematação, a Súmula 399 do TST trouxe o entendimento daquela Corte, de sorte que: *I- É incabível ação rescisória para*

impugnar decisão homologatória de adjudicação ou arrematação. A contrário senso, tem se entendido que é cabível a ação anulatória.

SUM-399 do TST:

AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO DA SENTENÇA DE MÉRITO. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE ADJUDICAÇÃO, DE ARREMATACÃO E DE CÁLCULOS.

I- É incabível ação rescisória para impugnar decisão homologatória de adjudicação ou arrematação.

II – A decisão homologatória de cálculos apenas comporta rescisão quando enfrentar questões envolvidas na elaboração da conta de liquidação, quer solvendo a controvérsia das partes quer explicitando, de ofício, os motivos pelos quais acolheu os cálculos oferecidos por uma das partes ou pelo setor de cálculos, não contestados pela outra.

Neste sentido, Elisson Miessa e Henrique Correia, destacam que:

*O art. 485 do CPC estabelece que a ação rescisória será cabível para desconstituir sentença de mérito. [...] Por outro lado, os atos judiciais que independem de sentença ficam submetidos à **ação anulatória**, como vaticina o art. 486 do CPC, in verbis [...]*

É o que acontece com as decisões homologatórias de adjudicação ou arrematação que são decisões que independem de sentença. [...]

Com efeito, tais decisões são sujeitas à ação anulatória e não à ação rescisória. Neste sentido, leciona Fredie Didier Jr:

Quanto aos atos que independem de sentença, tem se como exemplo, a arrematação e adjudicação. Sua invalidade deve ser postulada por ação anulatória, e não por ação rescisórias, eis que tanto a arrematação como adjudicação não dependem de sentença; o que se invalida, portanto, é negócio jurídico, por meio do qual houver a transferência do domínio do bem que fora penhorado

Os autores acima arrematam: *Assim, cabível à hipótese a ação anulatória de competência do juízo que proferiu a decisão impugnada (OJ nº 129, SDI-II do TST) e não ação rescisória.*

Neste ponto, o anteprojeto do Código de Processo Civil se harmoniza com o entendimento da jurisprudência do TST, quando elimina os embargos à arrematação, criando mero incidente de impugnação à arrematação no art. 867, § 1º e preconiza que depois de expedida a carta de arrematação ou de ordem de entrega, decorridos os dez dias, cabe a ação anulatória:

§ 1º - A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:

n) Por vício de nulidade;

- o) *Senão observado o disposto no art. 761;*
- p) *Se não for pago o preço ou se não for prestada caução;*
- q) *Quando realizada por preço vil;*
- r) *Nos demais casos previstos neste Código.*

§ 2º O juiz decidirá nos próprios autos da execução dos vícios referidos no § 1º, enquanto não expedida a carta de arrematação ou de ordem de entrega.

§ 3º Expedida, após dez dias, a carta de arrematação ou de ordem de entrega, o vício deverá ser arguido em ação autônoma, na qual o arrematante figurará como litisconsorte necessário.

No anteprojeto, o Capítulo que trata *DA AÇÃO RESCISÓRIA E DA AÇÃO ANULATÓRIA*, o Parágrafo Único do art. 929 do anteprojeto, na *Secção II – Da ação anulatória*, dispõe que:

Art. 929. Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juiz estão sujeitas à anulação, nos termos da lei.

Parágrafo Único. São anuláveis também atos homologatórios praticados no curso do processo de execução. (destaquei)

Inicialmente, não se vislumbra aplicação desta ação para anular acordos homologados pelo juiz do trabalho, porque em flagrante incompatibilidade com a norma do Parágrafo Único do art. 831 da CLT (*No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas.*). Daí, a jurisprudência iterativa, notória e atual do TST só admitir ação rescisória.

Neste sentido, a Súmula 259 do TST:

SUM-259 – TERMO DE CONCILIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21 de 11.2003.

Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto Parágrafo Único do art. 831 da CLT.

No que se refere aos “embargos à adjudicação ou arrematação” o art. 884 e §§ da CLT há omissão. Por compatibilidade são rotineiramente admitidos. Assim, terá plena aplicação subsidiária este dispositivo do novo Código de Processo Civil que transforma os embargos à arrematação em mera “impugnação para torna-la sem efeito.” Parece-me que a sistemática do CPC dispensa garantia do juízo, mesmo porque houve arrematação.

A questão a ser resolvida, na prática, se dará quando fruto da arrematação

impugnada, não foi suficiente para satisfazer o crédito.

Penso que os juízes do trabalho não aplicarão o § 1º do art. 867 do anteprojeto, mas vão determinar que tal impugnação, se proceda sob a forma dos embargos à adjudicação ou arrematação. Sendo o fruto da arrematação insuficiente, exigirá complementação de penhora.

10 CONCLUSÃO

Como ressaltado no início, impossível esgotar neste espaço as repercussões e polêmicas do anteprojeto do CPC, no processo do trabalho, neste espaço.

Assim, optou-se destacar aspectos que demonstram muitos pontos do anteprojeto de reforma do CPC que podem harmonizar-se, bem como outros que poder ser fonte de séria controvérsia no processo do trabalho.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional, Revista da Procura Geral do Estado do Rio de Janeiro, n. 54, p.277, 2001.

CASTELO, Jorge Pinheiro. REVISTA DA AMATRA/XV, *artigo do Prof. Anteprojeto do novo CPC e reflexos no processo do trabalho – primeiras impressões*. Revista da AMATRA/XV, n. 06, ano 2013.

DIDIER JR, Fredie: *Curso de direito processual: meios de impugnações às decisões judiciais e processo nos tribunais*, 8 ed., Bahia jus PODIVM, 2010, v. 3, p.421.

GRINOVER, Ada Pelegrine, ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos e Dinamarco, Cândido Rangel, *in Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros 9ª edição, 1992.

GRINOVER, Ada Pelegrine, REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ano XIV, 14 – 15.02.2010, p.31.

MIESSA, Elisson e CORRIA, Henrique *Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*, Salvador (BH), Editora jus PODIVM, 2014, p.1210-1211.

PANCOTTI, José Antonio, *in Institutos Fundamentais de Direito Processual – jurisdição, ação, exceção e processo*. São Paulo: LTr, 2002.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. *Conflitos de princípios de constitucionais na tutela de benefícios previdenciários*. São Paulo: LTr, 2009.

NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Rinaldo Mouzalas

Mestre em Processo e Cidadania pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Especialista em Processo Civil pela Universidade Potiguar – UnP. Graduado em ciências jurídicas e sociais pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Professor da Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Membro da Associação Norte e Nordeste dos Professores de Processo – ANNEP. Membro da Academia Paraibana de Letras Jurídicas – APLJ. Advogado e consultor jurídico.

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior

Doutorando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Graduado em ciências jurídicas e sociais pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Professor da Escola Superior da Advocacia da Paraíba – ESA/PB. Advogado e consultor jurídico.

RESUMO

O presente ensaio analisa a distribuição do ônus da prova quando estabelecida de forma diversa da estaticamente instituída pelo art. 333, I e II, do Código de Processo Civil, em razão de convenção processual. Por pesquisa indireta (bibliográfica e documental), apresentam-se os requisitos de existência e validade dos negócios jurídicos processuais para, em seguida, mostrar quais as consequências decorrentes da configuração e invalidação da convenção em torno da distribuição do ônus da prova. Ao final, analisa-se caso em que as partes firmaram negócio jurídico para distribuir o ônus da prova, mas que foi descumprido por uma delas.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção processual. Requisitos de existência e validade do negócio jurídico.

ABSTRACT

The essay here presented analyses the distribution of the burden of proof when, because of the procedural convention, it is different from what is minded in the article 333, I and II, of the Brazilian Civil Process Code. For indirect research (bibliographic and documental), we find the requirements needed to the existence and validation of the procedural juridical acts. Therefore, we want to show witch are the consequences that come out of the configurations and invalidations of the conventions related to the burden of proof. Finally, we analyse cases where the parts signed juridical acts to distribute the burden of proof and later did not fulfilled it.

KEYWORDS: Distribution of the burden of proof procesual convention; Requirements to the existence and validation of the procedural juridical acts.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Negócios jurídicos processuais – 2.1. Negócios jurídicos processuais acerca da distribuição do ônus probatório – 3. Existência e validade do negócio jurídico processual sobre a distribuição do ônus da prova – 4. Consequências processuais decorrentes da configuração e da invalidação da convenção processual sobre distribuição do ônus da prova – 5. Análise crítica de um caso emblemático – 5.1

Questionamentos jurídicos em torno do caso descrito – 5.2. Análise do caso concreto – 5.3. Respostas aos questionamentos jurídicos em torno do caso descrito – 6. Conclusões. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por escopo investigar a distribuição, por convenção, do ônus da prova no processo civil brasileiro. Analisar-se-á a possibilidade de as partes convencionarem a distribuição de modo diverso do estabelecido, estaticamente, pelo art. 333, I e II, do Código de Processo Civil (CPC), de acordo com o qual o ônus da prova incumbe “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” e, “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Para tanto, imprescindíveis se afiguram: prévias considerações acerca dos negócios jurídicos processuais (*unilaterais* ou *bilaterais*); tomada de posição quanto à possibilidade de convenção processual sobre a distribuição do ônus da prova; apresentação dos requisitos necessários à formação válida de um negócio jurídico; verificação das consequências processuais decorrentes da configuração de convenção processual sobre distribuição do ônus da prova, inclusive, em caso de posterior invalidação do negócio jurídico.

Ao final, antes de apresentar as conclusões acerca do tema, analisar-se-á criticamente um caso emblemático em que se discutiu acerca da (não) configuração de um negócio jurídico processual relativo à distribuição do ônus da prova.

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A noção de negócio jurídico processual deriva da própria noção de negócio jurídico associada à de ato processual.

Na Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda, o negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu* são espécies de ato jurídico *lato sensu*. Daqueles atos humanos, que têm na vontade o seu elemento nuclear e não se constituem em ilícito. O traço diferencial entre essas duas espécies de ato jurídico consiste em que, no ato jurídico *stricto sensu*, a parte não escolhe a categoria jurídica, os efeitos são preestabelecidos e inalteráveis pela vontade dos interessados, ao passo em que, no negócio jurídico, o direito “outorga liberdade às pessoas, para, dentro de certos limites, auto-regrar os seus interesses, permitindo a escolha de categorias jurídicas, de acordo com as suas conveniências, e possibilitando a estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas decorrentes”.

Como definido por Marcos Bernardes de Mello, “*negócio jurídico* é o fato jurídico, cujo elemento nuclear do suporte fáctico consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites pré-determinados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”²⁴.

Expostas essas noções acerca dos *negócios jurídicos*, apresentam-se breves considerações a respeito dos *atos processuais (lato sensu)*. São todos que, de algum modo, interferem no desenvolvimento da relação jurídica processual, seja um ato do processo, que compõe a cadeia de atos do procedimento (como, por exemplo, a prévia renúncia ao direito de recorrer de ato decisório definitivo), seja um ato praticado fora do processo, mas que surte efeitos na relação jurídica processual (como, por exemplo, a eleição de foro²⁵). Assim, “o ato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fáctico) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento. Esse ato pode ser praticado durante o itinerário do procedimento ou fora do *processo*. A ‘*sede*’ do ato é irrelevante para caracterizá-lo como processual”²⁶.

Somada a noção de *negócio jurídico* a de fato jurídico processual (*lato sensu*), pode-se concluir que *negócio jurídico processual* é o *negócio jurídico* que decorre da incidência de uma norma de natureza processual e que se refere a algum processo, ou melhor, que tem valor para o processo.

Conquanto, em tempos passados, existissem defensores da inadmissibilidade de sua formação²⁷, já na década de 30 do século XX, Chiovenda tratava dos *negócios jurídicos processuais* como atos processuais, cujos efeitos produzidos na relação processual se relacionam imediatamente com a vontade das partes. Todavia, ele os admitia de forma um tanto quanto restrita, pois, partindo da premissa de que o acordo entre as partes não poderia condicionar/regular a atividade pública do juiz, somente seriam válidos quando expressamente previstos em lei. Ele não aceitava os negócios jurídicos processuais *atípicos*. Apesar disso, deu grande contribuição ao desenvolvimento da matéria, pois, já naquela época, percebera que os negócios jurídicos processuais: (i) poderiam ser praticados dentro e fora do processo (*v.g.*, o *pactum de foro prorrogando*); (ii) poderiam ser unilaterais (*v.g.*, declarações unilaterais de vontade como a renúncia,

24 Idem, p. 189.

25 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*, p. 30-31

26 Idem, p. 31.

27 Sobretudo para aqueles que, em Brasil, foram contemporâneos ao código de Processo Civil de 1939. É o caso, por exemplo, de José Alfredo Lopes da Costa (1946, p. 278). Para ele, “não é lícita a distribuição convencional do ônus da prova. as partes não podem tolher ao juiz a liberdade de avaliação da prova”.

aceitação de sentença...) ou bilaterais (v.g., o *compromisso* de submeter controvérsia a um árbitro); (iii) “conquanto dotados de eficácia dispositiva, não deixam de ser atos processuais, e, portanto, regulados pela lei processual, quanto à forma, à capacidade, e o mais que lhe diz respeito”²⁸.

No que mais interessa para os fins do presente ensaio – a inversão convencional do ônus da prova –, Chiovenda posicionava-se em sentido contrário, porque tal negócio jurídico não tinha previsão na lei processual italiana²⁹. Mais tarde, entretanto, a convenção sobre o ônus da prova acabou por encontrar previsão expressa na legislação italiana (artigo 2.698 do Código Civil³⁰).

Em Brasil, os negócios jurídicos processuais têm sido utilizados pelos sujeitos processuais, com maior frequência, para afirmar diversas garantias, inclusive, constitucionais, tais quais a do acesso qualificado à justiça e da duração razoável do processo. Acrescente-se que as convenções processuais proporcionam uma maior efetividade à prestação jurisdicional e/ou um maior alcance do ideal de pacificação prometido pelo Estado-juiz, especialmente porque “a efetiva participação das partes no regramento de suas situações jurídicas é exigência de um processo civil democrático”³¹.

As partes resolvem, por vontade própria (mesmo que unilateralmente), contratar (quando há interesses contrapostos) ou negociar (quando os interesses são confluentes) em torno das regras processuais disponíveis. Não são incomuns os casos em que as partes, por exemplo: (i) escolhem o procedimento, quando facultativo (como é o caso do mandado de segurança, a ação monitória entre outros); (ii) renunciavam mutuamente ao prazo para a prática de algum ato processual, como a interposição de recursos; (iii) alteram prazos dilatatórios³² (aumentando-os ou reduzindo-os); (iv) elegem foro competente para julgar ação que advenha de determinada avença firmada no plano extraprocessual³³; (v) suspendem o processo para tentarem alcançar uma composição

28 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 121-123; 945-947; 969-970.

29 *Idem*, p. 946-947.

30 “Art. 2698 - Patti relativi all'onere della prova: Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione (1341) ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto”.

31 GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*, p. IV.

32 Código de Processo Civil

Art. 181. Podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatatório; a convenção, porém, só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo.

33 Código de Processo Civil

Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

amistosa³⁴; (vi) adiam a realização de audiência³⁵; (vii) distribuem o tempo para apresentar razões finais orais (entre os litisconsortes, por exemplo); (viii) instituem arbitragem (a evitar que a ação seja intentada perante o Poder Judiciário ou mesmo quando frustrada a conciliação nos juizados especiais cíveis³⁶).

Além dos negócios jurídicos previstos expressamente na legislação processual, admitem-se negócios jurídicos atípicos, dentre os quais podem ser enumerados exemplificativamente os seguintes: (i) o estabelecimento de deveres e sanções para o caso de descumprimento de negócio jurídico processual³⁷; (ii) disposição da responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais; (iii) acordo para não promover execução provisória³⁸.

Alguns (não todos) negócios jurídicos processuais precisam de homologação judicial para ter eficácia. Envolvem situações mais complexas (vistas como conjunto de negócios jurídicos), que exigem o empenho inclusive do(s) ocupante(s) do órgão jurisdicional³⁹. É o caso, por exemplo, dos negócios que envolvam: (i) ajuste de procedimento, sobretudo para que haja maior plasticidade processual às especificidades do específico objeto litigioso⁴⁰; (ii) calendarização processual, com a finalidade de se definir, independentemente de intimações futuras, atos e prazos processuais para todos os sujeitos do processo⁴¹.

34 Código de Processo Civil
Art. 265. Suspende-se o processo:
(...)

II - pela convenção das partes;

35 Código de Processo Civil
Art. 453. A audiência poderá ser adiada:

I - por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez;

36 Lei nº 9.099/95

Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.

§ 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

37 Assim orienta o enunciado 17 do Fórum Permanente de Processualistas.

38 Assim orienta o enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas.

39 Loïc Cadet (2012, p. 25-26), quando se refere ao direito francês, defende que, quando o acordo entre as partes é suscetível de atentar contra as prerrogativas do juiz, sua eficácia depende do acordo suplementar do magistrado.

40 Como a dilação do prazo de resposta para evitar a limitação do litisconsórcio multitudinário, conforme orientação do enunciado 116 do Fórum Permanente de Processualistas.

41 O Projeto do Novo Código de Processo Civil, com redação dada pela Câmara dos Deputados, em seu art. 191, dispõe acerca da possibilidade do ajuste de procedimento e da calendarização processual. Confira-se:

Art. 191. Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

§ 1º De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 2º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 3º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas

Como antes dito, a negociação processual torna o resultado da prestação jurisdicional (bem assim os atos decorrentes da comunhão de vontades) mais legítimo, porque advém de maior participação dos sujeitos do processo, especialmente os parciais. Mas, para garantir a contínua conformação, possibilita-se a gestão processual, para que o(s) negócio(s) seja(m) ajustado(s) aos fatos vindouros os quais, em primeiro momento, poderiam não ser contemplados pela negociação inicial.

2.1 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Os negócios jurídicos processuais que envolvem a distribuição do ônus probatório estão expressamente previstos pelo CPC, que, conforme já afirmado, estabelece a distribuição do ônus probatório de forma estática, segundo as disposições estabelecidas pelo *caput* e incisos I e II, do art. 333. Mas, o parágrafo único, de forma expressa, autoriza que as partes, contanto que observados os requisitos ali descritos, por convenção processual, distribuam o ônus probatório de maneira diversa⁴²

Pode-se inferir que, em Brasil, a convenção sobre a distribuição do ônus da prova é um *negócio jurídico processual típico*, podendo se dar tanto *unilateralmente* – mediante a manifestação de vontade suficiente à assunção do ônus da prova com todas as consequências daí derivadas, sem que para tanto se exija qualquer aceitação da parte adversa –, como *bilateralmente* – mediante manifestação das vontades de ambas as partes em forma coincidente, recíproca e concordante sobre um mesmo objeto, que, para fins deste ensaio, é a distribuição do ônus da prova de modo diverso do previsto estaticamente no art. 333, I e II, do CPC^{43,44}.

A convenção sobre a distribuição do ônus da prova pode se dar *judicial* ou *extrajudicialmente*, sendo relevante, neste última hipótese, que ela seja analisada sob os preceitos da preclusão lógica, da boa-fé objetiva (sobretudo da *supressio*⁴⁵), visando a

tiverem sido designadas no calendário.

§ 4º De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual qualquer parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

42 Acerca do negócio jurídico processual relativo à inversão do ônus da prova, recomenda-se a leitura das seguintes obras: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da Prova e sua Dinamização*; GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*, dentre outros.

43 Sobre os negócios jurídicos unilaterais e bilaterais: Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 201-204.

44 Entendendo pela possibilidade de negócio jurídico processual *unilateral* e *bilateral* sobre a inversão do ônus da prova: GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*, p. 161.

45 “A ‘*supressio*’ é a situação de um direito subjetivo que, não tendo sido exercido por determinado tempo, não pode mais sê-lo, por limitação ensejada pelo princípio da boa-fé objetiva. Limita-se o exercício de um direito subjetivo

evitar o comportamento contraditório da parte a quem beneficie a inversão do ônus da prova. Assim, “havendo convenção contratual sobre a distribuição de ônus probatórios (art. 333, parágrafo único do CPC) se o acordo não for invocado na petição inicial e na contestação, ou até o momento de proposição das provas, haveria uma inação significativa de que as partes renunciaram à avença”⁴⁶. A alegação da convenção sobre inversão do ônus da prova encontra limite no momento de fixação do despacho saneador⁴⁷, ocasião em que o Estado-juiz está preparado para julgar.

Há relevante questão analítica relativa à convenção sobre inversão do ônus da prova, que consiste na distinção entre o *negócio jurídico processual unilateral* e o *ato jurídico processual stricto sensu* atinente à atividade probatória da parte. Não há que se confundir com um *negócio jurídico processual unilateral* o simples ato de o réu requerer a produção de determinada prova sobre fato que ao autor incumbia comprovar. Tal não altera a distribuição estática do ônus probatório, podendo apenas constituir uma atitude diligente do réu de se adiantar na comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, até porque tal ônus, a rigor, só lhe será imposto se e quando o autor comprovar o fato constitutivo do seu direito⁴⁸. O simples fato de o réu *querer provar* fato cuja comprovação incumbia ao autor, jamais pode ser entendido como *querer assumir o ônus da prova*, pelo que não constitui *negócio jurídico processual unilateral* sobre inversão do ônus probatório.

Aliás, a *vontade* é o elemento nuclear do *negócio jurídico*, de modo que, para que se configure o *negócio jurídico processual unilateral* de inversão do ônus da prova, é necessária a manifestação de vontade expressa da parte quanto à assunção do ônus probatório. Isso porque o *negócio jurídico processual unilateral* sobre o ônus da prova constitui renúncia do direito à distribuição estática do ônus da prova (art. 333, I e II, CPC), devendo, pois, ser interpretado restritivamente, nos termos do art. 114⁴⁹ do Código Civil. A consequência lógica disso tudo consiste em que a hipótese de o réu ter querido produzir e não ter conseguido demonstrar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor, não quer significar a inversão do ônus da prova, nem retira do autor o ônus de comprovar a existência do fato constitutivo do seu direito⁵⁰.

pela inércia do seu titular. A ‘*surrectio*’ é a face oposta da ‘*supressão*’, que passa a ser vista pela ótica do beneficiário. Se o titular do direito subjetivo fica impossibilitado de exercê-lo por sua inércia, nasce para a outra parte o direito de liberação, que é a ‘*surrectio*’.” In: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Estrutura clássica e moderna da obrigação*, p. 302. No mesmo sentido: ROMEU, Talita. *O princípio da boa-fé e o instituto da preclusão: a suppressio processual*, p. 844-845.

46 CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições estáveis*, p. 121.

47 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da Prova e sua Dinamização*, p. 124.

48 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da Prova e sua Dinamização*, p. 118.

49 “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

50 Chiovenda, mesmo sem analisar a questão sobre o prisma analítico, chegou à mesma conclusão. Confira-se:

3 EXISTÊNCIA E VALIDADE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Conforme asseverado no item anterior, o *negócio jurídico processual* sobre a distribuição do ônus da prova é um fato jurídico pertencente à espécie dos atos jurídicos *lato sensu*.

Para Pontes de Miranda, “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois, a de relação jurídica”⁵¹. Tal conclusão é lógica, pois é a partir do fato jurídico que se forma o mundo jurídico, possibilitando o nascimento das relações jurídicas com a produção de toda a sua eficácia, constituída por direitos-deveres, pretensões-obrigações, ações, exceções e outras categorias eficaciais (situações jurídicas)⁵².

Há fatos que são tidos como relevantes para o direito e outros não. A valoração do que tem relevância para o relacionamento inter-humano e, conseqüentemente, para o direito, encontra-se nas normas jurídicas editadas, que, na sua finalidade de ordenar a conduta humana, atribuem relevância a determinados fatos, prevendo-os no seu suporte fático⁵³ e atribuindo-lhes conseqüências, quando da sua concretização no mundo fático. Parece claro, daí, que

[...] a norma jurídica atua sobre os fatos que compõem o mundo, atribuindo-lhes conseqüências específicas (efeitos jurídicos) em relação aos homens, os quais constituem um *plus* quanto à natureza do fato em si. A norma jurídica, desse modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos – o ser fato jurídico⁵⁴.

A norma jurídica é que, por sua incidência sobre o suporte fático concretizado no mundo dos fatos, gera os fatos jurídicos, que compõem o mundo jurídico, e de onde se

“Apresenta-se muitas vezes a hipótese, quando, por exemplo, o réu chama a si a tarefa de provar a inexistência daquilo que ao autor incumbia provar existente; pode o réu não lograr êxito na prova, se que, só por isso, se deva considerar existente o direito afirmado pelo autor e, conseqüentemente, condenar o réu”.

(In *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 946)

51 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, tomo I*, p. XVI.

52 Nesse sentido: GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de; ARAÚJO, Gabriela Expósito de. *Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especialidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial: ensaio a partir do pensamento de Pontes de Miranda*, p. 506. No mesmo sentido: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Situações Jurídicas Processuais*, p.749-753.

53 Afigura-se importante a distinção que o Prof. Marcos Bernardes de Mello faz entre (a) o suporte fático, que designa o enunciado lógico da norma em que se representa a hipótese fática condicionante de sua incidência – denominado de *suporte fático hipotético* ou *abstrato* e, (b) que nomeia o próprio fato quando materializado no mundo dos fatos, denominado de *suporte fático concreto*. Nesse sentido, leia-se a seguinte transcrição: “(a) Ao suporte fático, enquanto considerado apenas como enunciado lógico da norma jurídica, se dá o nome de *suporte fático hipotético* ou *abstrato*, uma vez que existe, somente, como hipótese prevista pela norma sobre a qual, se ocorrer, dar-se-á a sua incidência. (b) Ao suporte fático quando já materializado, isto é, quando o fato previsto como hipótese se concretiza no mundo fático, denomina-se *suporte fático concreto*.” In: *Op. Cit.*, p. 42.

54 MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 09.

possibilita o nascimento de relações jurídicas com a produção de toda a sua eficácia, constituída por direitos-deveres, pretensões-obrigações, ações, exceções e outras categorias eficaciais⁵⁵. Somente com a incidência e o conseqüente surgimento do fato jurídico é que se pode falar de eficácia jurídica (relação jurídica, direitos, deveres e demais categorias eficaciais)⁵⁶.

A norma, contendo a previsão normativa do fato jurídico, constitui-se numa proposição, “através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas conseqüências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos jurídicos)”⁵⁷. Como afirma Marcos Bernardes de Mello, “do ponto de vista lógico-formal, a norma jurídica constitui uma proposição hipotética que, usando-se a linguagem da lógica tradicional, pode ser assim expressada: ‘se SF então deve ser P’, em que a hipótese é representada pelo suporte fático (SF) e a tese pelo preceito (P)”⁵⁸.

O suporte fático da norma jurídica é composto por (a) *elementos nucleares*, que, por serem considerados essenciais à sua incidência e à conseqüente criação do fato jurídico, constituem-se no cerne, cuja ausência ou deficiência, acarreta a inexistência do fato jurídico; (b) *elementos completantes*, que junto ao elemento cerne constituem o próprio suporte fático do fato, de modo que sua integral concreção no mundo é pressuposto necessário à existência do fato jurídico; (c) *elementos complementares*, não integram o núcleo do suporte fático, apenas o complementam (não completam) e se referem, exclusivamente, à perfeição de seus elementos, repercutindo apenas *nos planos da validade e eficácia* dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos – fundados na vontade humana – e, (d) *elementos integrativos*, que também não compõem o suporte fático do negócio jurídico, sendo atos praticados por terceiros, em geral autoridade pública, que integram o negócio jurídico, repercutindo apenas no plano da eficácia, a fim de que se irradie certo efeito que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico⁵⁹.

A suficiência dos *elementos nucleares* e *completantes* se refere à própria existência do fato jurídico, ao passo que os *elementos complementares* e *integrativos* relacionam-se à validade e eficácia do ato jurídico a que dizem respeito, de forma que a ausência de quaisquer deles pode ensejar a invalidade ou ineficácia do ato, nunca sua inexistência⁶⁰.

55 Idem, p. 20.

56 MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 74.

57 Idem, p. 20.

58 Ibidem.

59 Idem, p. 52-56.

60 Idem, p. 62-63.

O *negócio jurídico processual* sobre a distribuição do ônus da prova tem como *elemento nuclear*, como requisito de existência, a manifestação ou declaração consciente de *vontade*⁶¹ de uma ou de ambas as partes quanto à assunção por uma delas do ônus da prova e, como *elementos completantes* (i) a existência de um poder de determinação e regramento da categoria jurídica⁶²⁻⁶³ relativa à redistribuição do ônus da prova e, (ii) a existência de um processo a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior, isto é, fora da “sede” processual⁶⁴.

Quanto aos requisitos de *validade* do *negócio jurídico processual* sobre a inversão do ônus da prova, deve-se observar que os negócios jurídicos estão disciplinados no Título I do Livro III do Código Civil, em seu art. 104, e, para sua validade, assim como para a de qualquer *ato jurídico (lato sensu)* exige-se: (i) agente capaz; (i) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

A tais requisitos genéricos de validade, somam-se aqueles estabelecidos nos incisos I e II, do parágrafo único, do art. 333, do CPC, que podem ser entendidos como integrantes do *objeto lícito, possível, determinado ou determinável*, quais sejam: (i) a disponibilidade do direito sobre o qual vai recair a inversão do ônus da prova e, (ii) não se tornar a prova excessivamente difícil para a parte a quem incumbirá o ônus após a inversão⁶⁵.

O agente capaz é aquele que pode manifestar a sua vontade por intermédio de um contrato. É preciso que haja, nos negócios jurídicos processuais, “capacidade de ser

61 MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. Cit.*, p. 122; 172.

62 BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano da Existência*, p.312.

63 Sem a existência desse poder de determinação e regramento da categoria jurídica não há *negócio jurídico*, basta perceber a impossibilidade de *negócio jurídico processual* para dilatar prazo peremptório.

64 Nesse sentido: “À luz da teoria do fato jurídico, pode-se dizer ser um elemento completante do núcleo do suporte fático do fato jurídico processual a existência de um procedimento a que se refira. Sem a pendência do procedimento, portanto, pode até haver fato jurídico (*lato sensu*), mas não há fato jurídico processual. A processualidade fica condicionada ao surgimento (que poderá ser anterior, concomitante ou posterior ao fato) de um procedimento a que se refira o fato (manifestação de vontade, conduta, ou simples evento). Assim, v.g., o negócio jurídico acerca da estipulação de competência territorial (CPC-1973, art. 111) somente será adjetivado de processual quando a demanda judicial a que se refira o pacto vier a ser proposta (primeiro ato introdutor do procedimento). Antes disso, não há que se falar (ou seria pouco útil) de efeitos processuais. Uma vez ajuizada a demanda, o suporte fático do fato jurídico processual se compõe, surgindo como efeito em benefício do interessado o direito de arguir a incompetência relativa.” *In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, p. 52. No mesmo sentido: GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*, p. 75.

65 Nas lições de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, será admitido o negócio jurídico processual quando: “(a) quando se tratar de direitos disponíveis, hipóteses nas quais as partes já estão autorizadas pelo ordenamento e renunciar integralmente ao próprio direito litigioso e a afastar a própria jurisdição estatal, com opção pela arbitragem; (b) quando as partes sejam capazes e (c) quando estejam em situação de equilíbrio (a não ser que para beneficiá-la), não se permitindo o acordo de procedimento em contratos de adesão ou em contratos em que figurem partes em situação de vulnerabilidade”. *In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, p. 52. No mesmo sentido: GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*, p. 57.

parte e capacidade de estar em juízo”⁶⁶. A capacidade de ser parte é a aptidão para ser sujeito de uma relação processual qualquer, que pressupõe a existência de uma relação jurídica específica. Quase todas as pessoas têm capacidade de ser parte. Além das pessoas físicas e jurídicas, têm capacidade de ser parte o nascituro, o condomínio, a massa falida etc. O morto, o animal, por exemplo, não têm capacidade de ser parte. Já a capacidade processual, é a aptidão de praticar atos processuais sem assistência ou representação. Em regra, quem tem capacidade civil, tem capacidade processual.

Quanto ao objeto, ele deverá ser lícito (não proibido pelo direito), possível (jurídica e fisicamente), determinado ou determinável (dotados de elementos mínimos para sua caracterização).

O parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil autoriza a formação de negócio jurídico processual em torno da distribuição do ônus probatório⁶⁷, pelo que é lícito. Ao dispor que não pode ser formado quando recair sobre direitos indisponíveis ou quando tornar excessivamente difícil o exercício do direito afirmado, o Código reconhece, a partir de uma interpretação lógico-jurídica, que é possível convencionar a distribuição do ônus probatório. Tais premissas levaram Luiz Guilherme Marinoni a concluir que “a regra do art. 333 do CPC é de cunho dispositivo [...] o ônus da prova pode ser distribuído, a princípio, livremente entre as partes, que podem estabelecer, de comum acordo, que determinado fato deva ser provado por esta ou por aquela”⁶⁸.

Quanto ao momento da formação do negócio jurídico processual, Fredie Didier Junior leciona: “Permite o CPC, no parágrafo único do art. 333, às partes distribuir de maneira diversa o ônus da prova mediante convenção, formada antes ou no curso do processo”⁶⁹, sendo certo que o negócio jurídico formado antes da existência de um processo a que se refira só será adjetivado pela *processualidade* com o surgimento do processo a que se referiu (antes disso tem *negócio jurídico material*⁷⁰).

Pontes de Miranda defende que a negociação acerca do ônus probatório somente poderia versar sobre processos futuros. Para ele, “apenas se traçaram dois limites a tal acordo entre os figurantes de algum negócio jurídico com a previsão de algum dia se iniciar alguma ação”⁷¹. Todavia, não há sentido imaginar que a convenção em torno do ônus probatório só possa ser formada antes de início do curso do processo, nomeadamente porque as partes, por agirem de boa-fé, muitas vezes, não esperam que,

66 MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil*, p. 200.

67 Com idêntico tom se pronuncia a disposição do § 3º do art. 380 do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

68 MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil*, p. 337.

69 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 95.

70 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, p. 52.

71 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 229.

entre elas, surja um litígio. Além disso, não há qualquer vedação à negociação da distribuição do ônus da prova durante o curso do processo que, inclusive, é bem mais comum do que aquela que lhe antecede⁷².

O objeto da negociação especificada é a distribuição do ônus da prova, o que pode, em sua determinação, envolver várias afirmações de fato ou um ponto específico. Entretanto, mesmo que convencionada entre as partes a distribuição do ônus da prova, tal não impede a livre investigação por parte do ocupante do órgão jurisdicional⁷³. É que, além de as partes estarem a convencionar sobre suas atividades (e não sobre as do juiz), quando formulam negócio jurídico processual que envolve a distribuição do ônus da prova, entender contrariamente seria possibilitar o cometimento de fraudes, que poderiam alcançar terceiros (a justificar, até mesmo, ajuizamento de ação rescisória).

Para se verificar a possibilidade da convenção acerca da distribuição do ônus da prova, a atenção deve estar voltada à *disponibilidade do direito* e à *excessiva dificuldade na produção da prova* em razão de distribuição do ônus de forma diversa daquela estabelecida no caput do art. 333. Se indisponível ou excessivamente dificultosa a produção da prova, a convenção é inválida em razão da sua ilicitude. Necessário, portanto, delinear quando o direito será ou não disponível, bem como quando será excessivamente difícil a produção da prova no âmbito fático ajustado.

O direito será indisponível, na esteira das lições de Jacinto Fernandez Rodrigues Bastos, quando “o seu titular não puder se privar dele por simples acto de vontade”⁷⁴, seja porque a lei determina, seja porque sua natureza o torna inalienável. Para Luís de Lima Pinheiro, indisponível é o direito “de que o respectivo titular não pode constituir ou extinguir por acto de vontade e os que não são renunciáveis”⁷⁵ em operação inversa, será disponível o direito quando o seu titular, por simples manifestação de vontade, puder dele se privar.

Como pontua Moacyr Amaral Santos, “se versar a lide sobre direitos indisponíveis, já que a parte não pode confessar os fatos, sobre sua prova não poderá igualmente dispor”⁷⁶. Por contrariedade à disposição do parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil, haverá ilicitude do objeto.

72 Criticando, lucidamente, a posição de Pontes de Miranda: GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*, p. 161-164.

73 MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da Prova e sua Dinamização*, p. 126.

74 BASTOS, Jacinto Fernandez Rodrigues. *Código Civil Português*, p. 38.

75 PINHEIRO, Luis de Lima. *Direito Internacional Privado*, p. 25.

76 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 32

Para Luiz Guilherme Marinoni, “Se determinados direitos são indisponíveis e se algumas pessoas não podem dispor de seus direitos – ainda que estes, em relação às outras pessoas, seja disponíveis –, o direito processual obviamente deve impedir tal disponibilidade e, ao mesmo tempo, conter normas que sejam capazes de evitar que essa disponibilidade ocorra de forma indireta”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil*, pp. 201-202.

Se o direito for indisponível, mas a convenção beneficiar o seu titular, não haverá que se falar em invalidade do ato, porque o titular do direito disponível não será onerado⁷⁷. E é isso que a disposição legal visa (a evitar que o titular do direito indisponível seja onerado com o negócio jurídico processual em torno da distribuição do ônus da prova). Logo, como apregoa Fábio Tabosa, “se a inversão não agravar a posição processual do titular de direitos indisponíveis, mas da outra parte, a convenção será perfeitamente válida”^{78_79}.

Por conta da indisponibilidade do direito, não é possível (pelo menos em regra) firmar negócio jurídico processual em torno do ônus probatório nas relações de consumo. O art. 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) é expresso neste sentido⁸⁰. Por idêntica razão, a negociação (em regra) será inválida quando ligada às relações jurídicas que envolvam direito de idosos, crianças e adolescentes (aqui, há, também, o impedimento relacionado à incapacidade do agente), dentre outros grupos (sobretudo de vulneráveis), cujos direitos gozem do atributo da indisponibilidade.

A expressão “excessivamente difícil”, utilizada pelo parágrafo único do art. 333 Código de Processo Civil, é um conceito jurídico indeterminado, que, conquanto outorgue ao órgão julgador maior discricionariedade quanto à sua precisão, estabelece consequência jurídica certa (invalidade do negócio jurídico processual respectivo). Na análise do caso concreto é que o juiz poderá identificar se a dificuldade imposta em razão da distribuição do ônus probatório na forma convencionada é excessivamente dificultosa ou não⁸¹ (consequentemente, se válido ou não o negócio jurídico processual).

E não basta que haja dificuldade na produção da prova, em razão da convenção. É necessário que seja excessiva, bem mais intensa que as comumente apresentadas para a produção de uma prova. O dispêndio de tempo razoável, o necessário investimento financeiro, a localização de um profissional habilitado etc. todas estas situações estão relacionadas a dificuldades consideradas simples (ou pelo menos

77 Tal ilação pode ser extraída pela inteligência do enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas.

78 TABOSA, Fábio. *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 1062.

79 No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da Prova e sua Dinamização*, p. 124-125; GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*, p. 171-174; GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, p. 292.

80 Código de Defesa do Consumidor

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

[...]

81 Esta também é a posição adotada por Moacyr Amaral Santos (1982, p. 31): “ao juiz cumpre resolver caso a caso, pois a matéria se converte numa questão de fato a ser por ele apreciada e decidida”.

razoáveis), que podem ser superadas pela parte que foi onerada pela produção da prova, pelo que não comprometem a convenção das partes na distribuição do ônus da prova.

Haverá excessiva dificuldade na produção da prova, em razão da distribuição diversa daquela estabelecida pelo caput do art. 333, quando, ou impossível sua produção (apesar de a disposição legislativa não ser expressa neste sentido)⁸², ou quando, para tal, exigir-se dispêndio incompatível, proporcionalmente, ao bem objeto do litígio. A título de exemplo, não se poderia estabelecer, em detrimento de uma das partes, que ela assumira o ônus, que originariamente não lhe compete, de produzir, em processo que envolve bem jurídico de reduzida monta financeira, prova pericial sem que, em lugar próximo, exista profissional habilitado. Se fosse o caso, a parte teria de investir numerário que, em muitas vezes, seria superior ao valor do bem jurídico, a chegar ao ponto de, em frontal desrespeito à ampla defesa, ser-lhe mais conveniente reconhecer o direito da outra parte.

Forte nessas premissas, Luiz Guilherme Marinoni defende ser “necessário verificar se a convenção é racional, uma vez que assim não é aquela que retira o ônus probatório da parte que, diante do direito material, está em condições favoráveis para a demonstração do fato”⁸³, para impor àquela outra que se encontra em condições plenamente desfavoráveis. Mesmo que não existisse disposição legal expressa neste sentido (parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil), o comprometimento do direito fundamental à ampla defesa, como antes posto, tem a aptidão de invalidar o respectivo negócio jurídico processual. Até porque, repita-se, a ilicitude não decorre apenas da violação às disposições do art. 333. Ela é bem mais ampla. Desarrazoada violação ao sistema, para tentar justificar a distribuição do ônus da prova de forma diferente àquela prevista no caput do art. 333, enseja invalidade em razão da ilicitude do seu objeto.

A resumir, como bem observa Leonardo Greco, a validade da convenção sobre inversão do ônus da prova, sob o prisma da *licitude do objeto*, está relacionada diretamente relacionada a três fatores: (i) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; (ii) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa e, (iii) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito⁸⁴.

82 Parte da doutrina, representada por Luiz Guilherme Marinoni, entende que “excessivamente difícil não é o mesmo que impossível, já que é evidente – e assim não precisaria estar escrito em norma alguma – que a convenção não pode tornar impossível o exercício do direito”. *Op. Cit.*, p. 203.

83 MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil*, p. 203.

84 GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das*

O último elemento necessário à validade dos negócios jurídicos é a verificação de forma prescrita (prevista em lei) ou não defesa em lei (não vedada pela lei). Se não respeitada a forma prescrita ou se utilizada a defesa por lei, o negócio jurídico será inválido.

Em processo, as formas são colocadas como garantia do devido processo legal, mediante estabelecimento das condições de tempo, de lugar e de modo de expressão que a lei exige para a perfeita configuração do ato processual⁸⁵⁻⁸⁶. Constituem “garantia às próprias partes, evitando-se abusos e chicanas, sendo necessárias no processo, porquanto a ausência acarreta desordem, confusão e incerteza”⁸⁷⁻⁸⁸.

Nem todos os atos processuais têm formas definidas⁸⁹. No sistema jurídico brasileiro, prevalece a liberdade das formas, conquanto se reconheça que os principais atos estão sempre delas revestidos⁹⁰⁻⁹¹. Quando a forma é imposta por simples culto, sem uma finalidade razoável⁹²⁻⁹³, devem ser desconsideradas, especialmente se for alcançada

Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 292.

85 AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Fungibilidade dos meios*, p. 16.

86 Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, constituem o “invólucro do ato processual, a maneira de como deve este se exteriorizar; cuida-se, portanto, do conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta e dos requisitos a serem observados na sua celebração” (In *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*, p.5)

87 CHIOVENDA, *Op. Cit.*, p. 131.

88 Segundo as lições de Sálvio de Figueiredo Teixeira, as formas servem “para assegurar a regularidade do procedimento, garantindo às partes a ciência dos atos que foram, serão ou poderão ser praticados, de modo a não serem surpreendidas com atos inesperados praticados pelo adversário ou pelo próprio Estado-juiz” (In *Código de Processo Civil Anotado*, p. 151).

Ramiro Podeti preceitua que “a forma pode ser considerada uma proteção contra arbitrariedade das partes e do Estado, funcionando como elemento básico da liberdade civil e conferindo estabilidade e eficácia às decisões judiciais” (In PODETI, Ramiro. *Teoria y Pratica del Processo Civil*, p. 116).

89 Para Leonardo Greco, “adota-se e expressão ‘forma’, em sentido estrito, para identificar o conjunto de requisitos extrínsecos que devem ser observados na prática do ato, abrangendo o como, o onde e o quando do ato: o lugar, o tempo e o modo de expressão” (In *As Invalidades Processuais e a Execução*, p. 5).

90 Esta opinião é compartilhada por José Roberto dos Santos Bedaque (*Op. Cit.*, p. 91) para quem:

“Os atos processuais analisados individualmente sujeitam-se a determinada forma previamente estabelecida pelo legislador. Embora o Código de Processo Civil apregoe a adesão à ideia da liberdade das formas (art. 154), os atos mais importantes do processo são eminentemente formais. Basta pensarmos na petição inicial, na citação, nas várias modalidades de resposta do réu e na sentença. Na verdade, a forma é exigida na grande maioria dos atos processuais”.

91 Piero Calamandrei ressalta que “as várias atividades que compõem o processo, e que, por acaso, sendo materialmente distintas e estando cronologicamente separadas uma das outra formam conceitualmente uma série contínua individualizada pela unidade do fim, constituem outros tantos atos jurídicos, à medida que suas formas e seus efeitos estão regulados por lei: e neste sentido se fala, na doutrina e na lei, de atos processuais” (In *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 266).

92 Como diz José Roberto dos Santos Bedaque (*Op. Cit.*, p. 26), “de nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem”. Adiante, o professor assevera “o culto à forma favorece aquele que pretende valer-se do processo para obter resultados que o direito material não lhe concede”.

93 Amoldam-se, a este sentido, as ponderações de João Álvaro Dias: “Para que serve uma boa ‘forma’ se conduz a uma deficiência substancial? Abstrair de tal questão é proceder a uma inversão de valores onde a instrumental se sobrepõe ao material, onde o adjectivo ganha primazia sobre o substantivo. O normal encadeamento de actos e formalidades em que todo o processo se consubstancia não pode, em nenhuma circunstância, ser erigido a um fim em si mesmo” (In *Simplificação das Formas Processuais*, p. 131).

a finalidade pretendida⁹⁴⁻⁹⁵.

Mesmo que o ato tenha forma prevista em lei, nem sempre ela deve ser obrigatoriamente seguida. A possibilidade de não ter sido instituída (ou não mais constituir) a melhor forma não pode obstaculizar a efetivação do direito material a ser tutelado. Seria incoerente impor-se forma para efetivar o direito tutelado e não possibilitar, quando verificado impedimento ao fim pretendido, a superação (ou, pelos menos, o ajuste) de uma forma. José Roberto dos Santos Bedaque, para efetivar a prestação jurisdicional, defende que “o caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelem imprescindíveis em determinadas situações”⁹⁶.

O procedimento e, por isso, as formas, não podem ser obstáculo à inafastabilidade do controle jurisdicional⁹⁷ e, a não observância daquelas somente pode ensejar a decretação de invalidade se ensejar a experimentação de prejuízos⁹⁸. Não haveria de ser diferente, porque “assegurados o contraditório e a ampla defesa, o juiz extrairá do processo o maior rendimento possível, aproveitando tudo o que foi feito e desconsiderando nulidades processuais, em prol da economia e por força da natureza instrumental do processo”⁹⁹.

Para convencionar acerca da distribuição do ônus da prova, o parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil não dispõe, especificamente, qualquer forma a ser obedecida, nem estabelece qualquer restrição específica. Mas, de uma maneira geral, os atos processuais são praticados de forma escrita, ou, embora na forma oral, são

94 Luiz Guilherme Marinoni, com lucidez, registra que é “impossível prever todas as necessidades futuras e concretas, sendo imprescindível dar poder aos operadores do direito para a identificação e utilização dos meios processuais adequados às variadas situações”. E completa: “a lei não pode atrelar as técnicas processuais e a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional do direito” (*Op. Cit.*, p. 133).

95 Não se olvidando que outros valores também podem estar sendo desrespeitados, a exemplo da garantia do amplo acesso à justiça, que devem balizar tanto a atividade judicial, como a legislativa.

96 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 51.

97 Piero Calamandrei identifica que “a rigidez de um procedimento regulado de um modo uniforme para todas as causas possíveis, tem o grande inconveniente de não se prestar a satisfazer simultaneamente a exigência de cuidadosas e exaustivas investigações que se sente, especialmente, em certas causas mais complicadas e difíceis, e a exigência de uma rápida solução, que predomina nas causas mais simples e urgentes” (*Op. Cit.*, p. 264).

98 Sensatamente, adverte Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Embora a forma sirva como mecanismo para o regular desenvolvimento do processo, pode trazer o inconveniente de impor uma maior demora na resolução dos litígios, elevando o custo do processo e, o que é mais grave, sacrificando o direito material por exigências de conteúdo meramente formalista.

Assim, quando a lei estabelece uma formalidade que não serve ao momento histórico em que se aplica, para assegurar a continuidade do processo ou um maior acerto na resolução do litígio, deve-se reconhecer que se trata de mero formalismo, que somente serve para embarçar o desenvolvimento processual” (In *Código de Processo Civil Anotado*, p. 155).

99 José Roberto dos Santos Bedaque (*Op. Cit.*, p. 105)

registrados (muitas vezes na forma escrita¹⁰⁰). Tal acontece com a manifestação acerca das provas a serem produzidas pelas partes. Ao serem instadas a especificá-las, ou as partes apresentam petição, para que o despacho saneador seja realizado independentemente da realização de audiência, ou, quando designada audiência preliminar, as partes ali se manifestam, com redução a termo escrito (ou com registro, pelo menos, de som) das provas requeridas pelas partes e dos demais atos ali praticados. Portanto, a convenção em torno da distribuição do ônus da prova “pode ser realizada por qualquer forma idônea, dado que nenhuma exigência faz a lei a esse respeito”¹⁰¹.

Nos termos do art. 114 do Código Civil, “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”. Se a convenção for específica em relação a algum ponto ou a alguma prova, não se poderá adotar interpretação extensiva. Se a convenção foi em torno de apenas um ponto, só este estará alcançado pela convenção. Se a convenção disser respeito unicamente a uma prova, somente com relação a ela é compreendida a modificação na distribuição. Eventuais ampliações justificariam a decretação da invalidade do ato decisório albergado em amplitude mais ampla que a efetivamente definida no negócio jurídico.

4 CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DECORRENTES DA CONFIGURAÇÃO E DA INVALIDAÇÃO DA CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

As duas consequências básicas da convenção processual sobre modificação do ônus da prova são (i) a alteração da atuação probatória das partes e (ii) a modificação de quem arcará com os riscos de não se desincumbir do ônus da prova. Configurado o negócio jurídico processual sobre a distribuição do ônus da prova, ao réu incumbirá, por exemplo, comprovar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor e, a sua não desincumbência quanto a tal ônus, poderá ensejar a procedência da demanda.

Questão interessante pode surgir em caso de invalidação pelo juiz da convenção sobre a distribuição do ônus da prova. Em tal hipótese, em observância ao modelo constitucional do processo e ao princípio da cooperação¹⁰², deve o juiz chamar o feito a ordem e possibilitar que a parte a quem, originariamente, incumbia o ônus da

100 Excepcionalmente, podem ser praticados oralmente e registrados de outra forma, que não seja a escrita, a exemplo da gravação de voz de depoimento pessoal prestado em audiência.

101 Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 161.

102 Sobre o princípio da cooperação: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro*; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil. Vol. I.*

prova, desincumbir-se de tal ônus. Caso contrário estar-se-ia a impedir a parte de influir no resultado da demanda e, conseqüentemente, a cercear o seu direito de defesa.

5 ANÁLISE CRÍTICA DE UM CASO EMBLEMÁTICO

Após toda essa análise em abstrato do negócio jurídico processual sobre a inversão do ônus da prova, cumpre apresentar e analisar um caso emblemático.

Perante o Poder Judiciário, a pessoa jurídica X adquiriu, da pessoa jurídica Y (fabricante), máquina para desempenho de trabalhos gráficos. Desde as primeiras vezes em que foi utilizada, a máquina começou a apresentar defeitos relativamente à impressão do material produzido. Tal fato levou a pessoa jurídica X a procurar, por diversas vezes, a assistência técnica, sem, entretanto, alcançar solução para o defeito apontado.

Ao se aproximar o término do período inicial de garantia (conquanto se saiba que foi interrompida quando a máquina fora levada à assistência técnica), a pessoa jurídica X, prejudicada pelo defeito apontado, ajuizou ação de obrigação de fazer, a fim de que a pessoa jurídica Y fosse compelida a trocar a máquina, sob pena de aplicação de multa diária. No prazo legal, a pessoa jurídica Y apresentou resposta, o que fez através de contestação.

Foi designada realização de audiência preliminar, ocasião em que as partes X e Y convencionaram que, a despeito de, nos termos do art. 333, I, do CPC, caber à pessoa jurídica X o ônus de comprovar a existência de defeito na máquina, tal ônus seria invertido, passando a caber à pessoa jurídica Y provar, por meio de perícia, que a máquina não possuía qualquer defeito. Diante da manifestação da pessoa jurídica Y, a X não requereu a produção de prova pericial e concordou com as provas requeridas por aquela em torno do ponto controvertido indicado (existência ou não de defeito que comprometia o funcionamento da máquina adquirida). Acreditou que, pelo fato de a pessoa jurídica Y ter assumido o ônus de demonstrar assertiva fática que lhe cabia por disposição legal, teria havido um negócio jurídico processual válido em torno da distribuição do ônus probatório.

Ao serem formulados quesitos e, em seguida, nomeado perito, este apresentou sua proposta de honorários (cerca de 1/25 do valor da máquina), ocasião em que a pessoa jurídica Y afirmou ser elevado o valor da verba remuneratória profissional e disse que não mais tinha interesse em produzir a prova respectiva. Também não mostrou interesse em produzir outras provas para convencer o juiz sentenciante de que a máquina não possuía o defeito apontado pela pessoa jurídica X e pediu o julgamento imediato do

mérito, conforme disposição do art. 330 do Código de Processo Civil.

O juiz de primeira instância julgou improcedente a demanda e, por consequência, indeferiu o pedido de substituição da máquina. Entendeu que a pessoa jurídica X não teria demonstrado o fato constitutivo de seu direito, qual seja, a existência do defeito afirmado, cujo ônus lhe caberia (pois a pessoa jurídica Y não seria obrigada a produzir prova contra si), pelo que, ainda, condenou aquela nos pagamentos das custas processuais e dos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência. O processo seguiu, em razão da interposição de recurso apelatório.

5.1 QUESTIONAMENTOS JURÍDICOS EM TORNO DO CASO DESCRITO

Descrito o caso acima, resta formular alguns questionamentos, cujas análises e respostas se amoldam à estrutura do presente ensaio. São eles: *(i)* pode-se concluir que as partes firmaram negócio jurídico processual? *(ii)* concluído que houve negócio jurídico processual, o juiz agiu acertadamente ao julgar improcedente a demanda?

A resposta ao primeiro questionamento indicará (confirmará) os elementos necessários para a formação de um negócio jurídico processual, bem assim as formas de manifestação de sua aceitação. Já a resposta ao segundo, apresentará, para o caso concreto, as consequências processuais decorrentes da convenção processual (e seu posterior descumprimento) acerca da distribuição do ônus da prova, especialmente no que diz respeito à regra de julgamento estabelecida para o caso concreto.

5.2 ANÁLISE DO CASO CONCRETO

No caso apresentado, o juiz de primeira instância julgou improcedente a demanda e, por consequência, indeferiu o pedido de substituição da máquina, porque concluiu que a pessoa jurídica X não teria demonstrado o fato constitutivo de seu direito (a existência do defeito afirmado), cujo ônus lhe caberia, pois, no seu entender, a pessoa jurídica Y não seria obrigada a produzir prova contra si. Foram, portanto, dois os argumentos utilizados pela sentença para julgar improcedente a demanda: *(i)* ser da pessoa jurídica X o ônus de demonstrar o fato constitutivo do seu direito; *(ii)* não ser a pessoa jurídica Y obrigada a produzir prova contra si.

Antes de analisar os argumentos trazidos pela sentença, mostrar-se-á que, para o caso, foi firmado negócio jurídico processual válido em torno da distribuição do

ônus da prova. Além da manifestação de vontade, caracterizada pela intenção de distribuir o ônus da prova de forma diferente daquela estabelecida pelo caput do art. 333 do Código de Processo Civil, havia: (i) agente capaz (pessoas jurídicas representadas por seus diretores); (ii) objeto lícito (distribuição do ônus probatório), possível (trazer elementos probatórios, sobretudo a prova pericial), determinado (provar perfeito funcionamento da máquina), (iii) bem como forma prescrita ou não defesa em lei (conforme disposição do art. 333, parágrafo único, do CPC).

Especificamente em relação ao objeto, ficou determinado entre as partes litigantes que o ônus de provar o perfeito funcionamento da máquina adquirida era da pessoa jurídica Y. Apesar de, originariamente, por se tratar de fato constitutivo do direito afirmado (demonstrar a existência de defeito), ser o ônus probatório do autor (no caso, a pessoa jurídica X), as partes, por convenção processual, estabeleceram que ele seria do réu (pessoa jurídica Y). É verdade, como posto pela sentença, que o réu não estaria obrigado a produzir prova contra si (assim como o autor), mas, se ele não produzisse a prova que lhe cabia, assumiria o ônus de sua omissão, com as consequências decorrentes.

E não se pode dizer que seria impossível demonstrar o “fato negativo” (não existência de defeito) e, por conseguinte, excessiva dificuldade no cumprimento do ônus, porque aquele era definido, razão por que poderia ser afastado por simples demonstração de afirmativa (perfeito funcionamento da máquina) em sentido contrário. Aqui se reconhece a impossibilidade de demonstrar fato negativo indefinido¹⁰³, por inviabilizar o cumprimento do ônus probatório, todavia, para o caso analisado, o fato negativo era definido.

Quais seriam as consequências do descumprimento do ônus probatório? A aceitação, pela parte sobre quem recaía o ônus, como presumidamente verdadeiro, do ponto a ser demonstrado ou dos fatos alcançados pela prova pactuada. No caso, relativamente à amplitude da consequência, esta estaria delimitada pela convenção processual estabelecida entre as partes. Como a determinação foi a assertiva de perfeito funcionamento da máquina, se ela não restou demonstrada pelo descumprimento do ônus probatório, a consequência pelo inadimplemento do negócio jurídico processual seria

103 Não pode qualquer das partes ser onerada pela necessidade de comprovação de assertiva fática negativa indefinida (inexistência de relação jurídica) afirmada, sob pena de inviabilizar o próprio acesso à Justiça (seria a imposição de ônus na produção daquilo que a doutrina chama de “prova diabólica”). As proposições fáticas negativas indefinidas afirmadas por uma das partes devem ser demonstradas, contrariamente, pela parte adversa. Se a parte alega, tem de provar, mas se nega, cumpre à outra parte positivar a assertiva fática negativa indefinida (STJ. RESP 493881/MG. DJU 23.03.04). Por Exemplo, se “A” ajuíza uma demanda pedindo que se declare que nunca foi locatário do imóvel pertencente a “B”, cabe a esse último provar a existência do contrato de locação (positivar a assertiva fática negativa – qual seja, a inexistência de contrato).

entender como existente o defeito, conforme afirmado pela pessoa jurídica X, o qual comprometia o perfeito funcionamento.

Essa premissa de incontrovérsia de afirmação apresentada é ratificada por vários dispositivos trazidos pelo Código de Processo Civil, a se mencionar, a título de exemplo, os artigos 302, 319, 334, 343 e 359. O comportamento processual omissivo da parte, quando ela deveria agir, em processo civil, tem força probatória em sentido contrário, pelo que é entendido como meio atípico de prova¹⁰⁴. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, em razão da força probatória do comportamento processual, editou o enunciado 301, de acordo com o qual “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Esse enunciado ensejou, posteriormente, a edição da Lei nº 12.004/09 (que “altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências”). Nos termos do parágrafo único do art. 2º, “a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”. A prova da paternidade decore do comportamento processual omissivo do investigado pai [*rectius*, genitor], que deveria cooperar para a produção da prova pericial.

Foi o que ocorreu no caso descrito no início deste ensaio. A pessoa jurídica Y, em razão de negócio jurídico processual, deveria demonstrar que a máquina adquirida pela pessoa jurídica X estava em perfeito funcionamento, mas não agiu como convencionado. Permaneceu inerte, sem cumprir o ônus probatório que lhe incumbia, em virtude do negócio jurídico processual, motivo por qual seu comportamento omissivo deveria ensejar o reconhecimento da existência de defeitos, que impossibilitava o perfeito funcionamento da máquina comprada, conforme afirmado na petição inicial.

Quando a sentença concluiu que a demanda era improcedente porque a pessoa jurídica Y não estaria obrigada a produzir prova contra si, quedou em erro. Primeiramente, porque, conquanto não seja aquela obrigada a produzir prova contra si, o seu comportamento processual omissivo constitui meio de prova, ou seja, apesar de não obrigada, a pessoa jurídica Y produziu prova contra si, a reconhecer a existência de defeito que comprometia o perfeito funcionamento da máquina. Em segundo lugar, a sentença quedou em erro porque desconsiderou o firmamento de negócio jurídico

104 No comportamento processual, o juiz leva em consideração, para a formação do seu convencimento, a conduta das partes ao longo do processo. No CPC, ele não foi colocado propriamente como meio típico de prova, embora seja empregado como tal em casos específicos, a exemplo do não comparecimento da parte em audiência para prestar depoimento pessoal e da não entrega, pela parte adversa, de documentos que se encontram em sua posse (de tais comportamentos processuais extrai-se a confissão).

processual, em que a pessoa jurídica Y se obrigou a demonstrar o perfeito funcionamento da máquina, o que não foi feito, a dever, assim, arcar com as consequências de sua omissão.

Ao julgar improcedente, a sentença, além de desconsiderar o comportamento processual como meio de prova e a validade (bem assim a existência e a eficácia) do negócio jurídico firmado, em atentado à cooperação processual, cerceou o direito de defesa da pessoa jurídica X, pois lhe impediu de produzir provas para mostrar que a máquina adquirida possuía defeito que impossibilitava seu perfeito funcionamento. No mínimo, ainda que se considerasse inexistente, ou inválido ou ineficaz o negócio jurídico processual estabelecido em torno da distribuição do ônus probatório, o juiz, em respeito à cooperação, deveria ter facultado à pessoa jurídica X produzir as provas que entendesse conveniente. Contudo, assim não fez. E mais: desconsiderou a disponibilidade do direito e a possibilidade de a pessoa jurídica Y demonstrar a afirmação, cujo ônus se obrigou.

5.3 RESPOSTAS AOS QUESTIONAMENTOS JURÍDICOS EM TORNO DO CASO DESCRITO

Ao final, resta responder aos questionamentos acima formulados. São eles: (i) pode-se concluir que as partes firmaram negócio jurídico processual? (ii) concluído que houve negócio jurídico processual, o juiz agiu acertadamente ao julgar improcedente a demanda?

Como houve manifestação de vontade entre as partes para a formação de um negócio jurídico processual acerca da distribuição do ônus da prova e restaram preenchidos todos os requisitos de validade da convenção, a resposta ao primeiro questionamento é positiva. O negócio era existente e válido. O réu, portanto, a pessoa jurídica Y, assumiu o ônus de demonstrar que a máquina adquirida pela pessoa jurídica X funcionava perfeitamente. Caso isso não fosse demonstrado, a afirmação apresentada pelo autor, no caso, a pessoa jurídica X, de que a máquina adquirida possuía defeito, era procedente. Sendo este o fato suficiente à certificação do direito da pessoa jurídica X, qual seja, o de ter garantida a troca da máquina, seria procedente a demanda.

Entretanto, a sentença julgou a ação processualizada pela pessoa jurídica X como improcedente, pelo que o juiz não agiu acertadamente. Ao concluir que a pessoa jurídica Y não estaria obrigada a provar contra si, olvidou que o comportamento processual é um meio (atípico) de prova, bem assim que as partes firmaram negócio jurídico processual, onde aquela não cumpriu o ônus que lhe competia, ou seja, não

demonstrou o perfeito funcionamento da máquina. Sob esta perspectiva, a pessoa jurídica Y, ao mostrar o perfeito funcionamento da máquina, estaria a provar em seu favor, e não contrariamente, como equivocadamente definiu a sentença proferida pelo juízo de primeira instância. Portanto, a resposta ao segundo questionamento é negativa. A demanda deveria ter sido julgada procedente.

6 CONCLUSÕES

A par das considerações apresentadas, pode-se concluir que a convenção sobre a inversão do ônus da prova é um *negócio jurídico processual típico*, previsto no parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil.

O *negócio jurídico processual* sobre a distribuição do ônus da prova tem como *elemento nuclear*, logo, como requisito de existência, a manifestação ou declaração consciente de *vontade* de uma ou de ambas as partes quanto à assunção por uma delas do ônus da prova e, como *elementos completantes* (i) a existência de um poder de determinação e regramento da categoria jurídica relativa à redistribuição do ônus da prova e, (ii) a existência de um processo a que se refira, ainda quando sua ocorrência seja exterior (fora da “sede” processual).

Como todo ato jurídico *lato sensu*, o negócio jurídico processual sobre distribuição do ônus da prova deve atender aos seguintes requisitos genéricos de validade: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável e, (iii) forma prescrita ou não defesa em lei¹⁰⁵. A convenção do ônus da prova exige, ainda, como requisito de validade: (i) que não recaia sobre direito indisponível da parte e (ii) que não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (objeto possível).

Com relação à análise crítica do caso concreto, pode-se concluir que estavam preenchidos os requisitos para a existência e para a validade do negócio jurídico processual, pelo que quedou em erro a sentença ao julgar improcedente a demanda, por concluir que a parte, que assumiu o ônus e não o cumpriu, não poderia ser onerada pela sua omissão em comprovar a inexistência do fato constitutivo do direito da parte adversa. Ao contrário. Ela não seria obrigada a provar contra si, mas, ao convencionar a distribuição do ônus probatório, o descumprimento do pactuado significaria assunção de ônus. No caso, ter-se-ia por verdadeira a afirmação da existência de defeito na máquina, o que seria suficiente para garantir a procedência da ação de obrigação de fazer.

105 Quanto à forma, tal negócio jurídico processual dispensa forma específica, bastando que adote forma idônea, porque não há nenhuma exigência específica a este respeito (forma não defesa em lei).

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. **Fungibilidade dos meios**. Salvador: Juspodivm, 2009.

BASTOS, Jacinto Fernandez Rodrigues. **Código civil português**. Imprensa: Viseu, Tip. Guerra, 1966.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**, nº 148. São Paulo: RT, junho, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil**. Vol. I. 3. ed., p. 110-113 – São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições estáveis*. Salvador: Juspodivm, 2013.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización de proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, v.3, n.3, p. 3-35, ago./dez. 2012. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 19 set. 2014.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Bookseller, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições del processo civil**. Tradução de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1994. v.3.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paolo Capitanio. 4. ed. – Campinas: Bookseller, 2009.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro: (código de 1939)**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1946. v 3.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O Processo Civil no Estado Constitucional e os**

Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: **Revista de Processo**, nº 209. São Paulo: RT, junho, 2012.

DIAS, João Álvaro. **Simplificação das formas processuais**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual Civil**. 4ª Ed. Malheiros Editores. São Paulo: 2002.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria general del proceso**. 2ª ed. Buenos Aires: Universidad, 1997.

GODINHO, Robson Renault. **Convenções sobre o ônus da prova** - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de; ARAÚJO, Gabriela Expósito de. *Da noção de direito ao remédio jurídico processual à especialidade dos procedimentos das execuções fundadas em título extrajudicial: ensaio a partir do pensamento de Pontes de Miranda*. In: DIDIER Jr., F.; CUNHA, L. C.; BASTOS, A. A.. (Org.). **Execução e Cautelar - Estudos em homenagem a José de Moura Rocha**. Salvador: Juspodivm, 2012.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo**, nº 172. São Paulo: RT, junho, 2009.

GRECO, Leonardo. **As invalidades processuais e a execução**. Revista de Ciências sociais. v. 2. Rio de Janeiro, 2009.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. José Miguel Garcia Medina e outros (coord.). São Paulo: RT, 2008.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil**. 2ª Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Colaboração no processo civil como prôt-á-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: **Revista de Processo**, nº 194. São Paulo: RT, abril, 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Situações Jurídicas Processuais*, p.749-753.

_____. **Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo**. In http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm. Acesso em 07/agosto/2011.

PINHEIRO, Luis de Lima. **Direito internacional privado**. v. 1. Coimbra Editora: Coimbra, 2001.

PODETI, Ramiro. **Teoria y pratica del processo civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. I. 4 ed. São Paulo: RT, 1983.

ROMEU, Talita. O princípio da boa-fé e o instituto da preclusão: a suppressio processual. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2010. 2v.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Estrutura clássica e moderna da obrigação. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org.). Faculdade de Direito da PUCRS: **O Ensino Jurídico no Limiar do Novo Século** – Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

TABOSA, Fábio. Código de processo civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004.

REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

Wolney de Macedo Cordeiro*

Desembargador do Trabalho do TRT da 13ª Região. Professor Titular do UNIPÊ-Centro Universitário de João Pessoa e ESMAT13- Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

1 A LETARGIA DA INOVAÇÃO LEGISLATIVA PROCESSUAL TRABALHISTA E A RELEITURA DOS PROCEDIMENTOS DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO PROCESSO COMUM.

O direito processual do trabalho encontra-se atualmente em uma situação de extrema acomodação. Nas últimas décadas, poucas alterações legislativas ocorreram na CLT em matéria de direito processual do trabalho. Essas poucas modificações, por outro lado, não alteraram o eixo central de regulamentação do processo do trabalho, aprimorando apenas alguns aspectos tópicos e isolados do processo do trabalho. A título de exemplificação, as últimas e mais relevantes alterações da CLT em relação ao processo do trabalho consistiram na sistematização da execução previdenciária, instituição do procedimento sumaríssimo (Lei nº. 9.957, de 12 de janeiro de 2000), criação de títulos executivos extrajudiciais (Lei nº. 9.958, de 12 de janeiro de 2000), (Lei nº. 10.035, de 25 de outubro de 2000) e regime de custas processuais (Lei nº. 10.537, de 27 de agosto de 2002). É certo que a edição da Emenda nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, deu um novo impulso em relação à competência material da Justiça do Trabalho, no entanto, do ponto de vista procedimental, as modificações havidas nos últimos tempos foram invariavelmente cosméticas.

Essa inexplicável acomodação reverteu uma tendência vanguardista que sempre nutriu o direito processual do trabalho no Brasil, muito embora lançando mão de uma postura absolutamente pragmática e sem qualquer preocupação de criar um sistema verdadeiramente autônomo¹⁰⁶.

*

106 Sobre esse tema já tivemos oportunidade de nos pronunciar nos seguintes termos: “É sabido que, nos dias atuais, temos um processo do trabalho ineficaz do ponto de vista de regulamentação legal e incapaz de atender às necessidades de uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Nem sempre foi assim. Na década de 1940, o processo do trabalho se apresentava vanguardista, rompendo com as barreiras de um processo civil extremamente formal, pautado pela dificuldade do acesso do cidadão e do efetivo formalismo na prática dos atos jurisdicionais. O processo formatado pela CLT, na primeira metade do século XX, trouxe inovações, como o acesso do cidadão ao judiciário sem a presença do advogado (art. 791), o pagamento das custas processuais no final do processo (art. 798), a oralidade como marca indelével da prática dos atos processuais (arts. 840, § 2º; 847; entre outros) e a eliminação das formalidades do recurso mediante a extirpação do termo de recurso (art. 899). Além dessas características inovadoras, a Consolidação estabelecia algo que na época representava uma ruptura com as diretrizes ideológicas do processo até então vigente, ou seja, a possibilidade de execução da

Situação inversa ocorreu em relação ao direito processual civil que, no final do século XX, teve um período de profícua reformulação de seus marcos normativos. O início do novo milênio não interrompeu o ritmo frenético de alterações na tessitura do processo civil que, hoje em dia, conseguiu se livrar de muitos dos entraves formais e anacrônicos que impediam a plenitude e a rapidez na prestação jurisdicional¹⁰⁷. Hodiernamente, entretanto, os papéis se invertem. O processo do trabalho, do ponto de vista normativo, é atávico, rígido e elemento de atraso na prestação jurisdicional. Já o processo civil, pelo menos do ponto de vista normativo, apresenta-se dinâmico, flexível e apto a oferecer uma prestação jurisdicional rápida e efetiva.

Essa situação paradoxal faz com que seja necessária a releitura das regras de aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho. O modelo construído até o momento partia da premissa de que o marco normativo da legislação trabalhista, embora incapaz de regular todas as questões processuais, apresentava-se mais dinâmico e efetivo que o marco normativo civil. Sendo assim, a aplicação subsidiária das normas de direito comum (CLT, art. 769 e 889) deveria ocorrer apenas diante da efetiva omissão material da norma trabalhista. Esse modelo, portanto, impede a aplicação de norma processual civil ao processo do trabalho, pelo simples fato de existir regulação própria da CLT em relação à matéria. Essa aplicação não poderia ocorrer, mesmo que o processo civil apresentasse regramento mais efetivo do que o processo laboral.

Logo, a evolução do processo civil e a letargia normativa do direito processual do trabalho demandam a revisão do modelo de aplicação subsidiária das normas de direito comum. Essa alteração do modelo, no entanto, não implica alteração legislativa específica, sendo apenas necessária a atuação proativa do hermeneuta¹⁰⁸.

sentença por iniciativa do Juiz (art. 878).” *In*: Limites da cognição dos embargos do devedor no âmbito da execução atípica do processo do trabalho. **Revista LTr, Ano 70, v. 03**, São Paulo: LTr, março de 2006, p. 335-346 (335)

107 Em uma análise rápida e panorâmica, podemos relacionar as seguintes inovações do direito processual civil: a generalização da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (Lei nº. 8.952, de 13 de dezembro de 1994); o regime de tutela específica das obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa (Leis nº. 8.952, de 13 de dezembro de 1994 e nº. 10.444, de 07 de maio de 2002); o aprimoramento do sistema recursal (Leis nº. 10.352, de 26 de dezembro de 2005 e nº. 11.276, de 07 de fevereiro de 2006); a instituição do regime específico de cumprimento de títulos judiciais (Lei nº. 11.232, de 22 de dezembro de 2005). Além do mais, no momento em que escrevemos esse texto, há uma forte tendência para a aprovação de um novo Código de Processo Civil capaz de amalgamar e fortalecer as grandes conquistas procedimentais anteriormente descritas. Por outro lado, no mesmo momento histórico não se identifica qualquer tentativa concreta no sentido de reformar a legislação processual trabalhista

108 O reconhecimento de que não é possível delegar integralmente ao legislador a tarefa de “atualizar” as normas jurídicas tem ocupado um espaço considerável do pensamento hermenêutico contemporâneo. Dentro de tal perspectiva, ressalta Karl Larenz o que ele denomina de “alteração da situação normativa: “De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fáticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variam de tal modo que a norma dada deixou de se «ajustar» às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qual lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo não está em

Pode acontecer que, embora a legislação processual trabalhista regule integral e sistemicamente a matéria, a norma de direito processual civil se apresente mais apta a promover uma prestação jurisdicional rápida e efetiva. Pela aplicação da literalidade do disposto na CLT, arts. 769 e 889, a existência de norma trabalhista expressa implicaria a impossibilidade de se transpor o normativo comum ao processo laboral.

Esse ramo da processualística deve ser célere, posto que é instrumental em relação a um direito de carácter protecionista. A autonomia do processo do trabalho só se justifica diante da possibilidade de implementar um trâmite processual mais dinâmico e efetivo do que aquele previsto pelas normas de direito comum¹⁰⁹.

2 PROBLEMAS DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO PROCESSO COMUM NA TUTELA DE EXECUÇÃO LABORAL

A situação em que a norma de direito processual civil se afigure mais simples e efetiva do que a de processo do trabalho não foi cogitada pela doutrina tradicional. Sempre se partiu da premissa de que a normatização da trabalhista, embora lacônica, seria mais acessível do que aquela contida no processo comum. Nos dias atuais, conforme exaustivamente exposto, essa assertiva não é necessariamente verdadeira. Ou seja, é possível o confronto das normas processuais, com uma nítida vantagem para o processo comum. É o que ocorre com a regulação da execução de títulos executivos judiciais no processo civil, imposta pela Lei nº. 11.232/2005, que estabelece um marco normativo bem mais inteligente e flexível do que o preconizado pela norma laboral.

São, portanto, situações desse jaez que traduzem o dilema do intérprete nas hipóteses de regulamentação concorrencial. Nesse caso, seria muito cômoda a posição de apenas lamentar o anacronismo da legislação trabalhista e recomendar a adoção das soluções *de lege ferenda*. De fato, o próprio direito processual do trabalho nos fornece elementos necessários para a transposição dessa situação paradoxal. Basta que se reconheça a superioridade do processo comum na comparação com o processo do trabalho, e se adaptem os normativos daquela disciplina aos ambientes deste ramo da ciência do direito.

quietude; o que no momento da génese da lei actuava de modo determinante, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar." (*In: Metodologia da ciência do direito*, 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012, p. 495).

109 Como bem assevera Guillermo Cabanellas: "La lentitud de la justicia ordinaria y lo costoso de los procesos seguidos ante ella son argumentos de plena eficacia para um poder judicial laboral distinto, que resuelve con la urgência precisa los problemas de carácter alimentario que se plantean em los más de los pleitos del trabajo para el trabajador, que se vê disminuidos arbitrariamente sus derechos salariales o se encuentra privado em absoluto de su fuente de ingresos, por un despido sin causa." (*In: Compendio de derecho laboral*, tomo II, 4. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2001, p. 762).

Nesse sentido, o método proposto para as chamadas hipóteses de regulamentação concorrencial envolve uma atividade cognitiva adicional do intérprete. Enquanto nas outras hipóteses, a atividade inicial do intérprete se limitava a aferição topológica da omissão, na regulamentação concorrencial, a análise preliminar pressupõe uma ponderação de ordem valorativa. Em outras palavras, no cotejo entre as normas apresentadas, o hermeneuta deve avaliar o “envelhecimento” da norma trabalhista e eventual preponderância da norma de processo civil. Essa análise deve ser procedida de forma a se projetarem os efeitos concretos da norma no âmbito da dinâmica processual. Afigurando-se o processo civil mais apto para disciplinar os conflitos de índole laboral, abre-se a possibilidade de sua aplicação subsidiária ao processo laboral.

Vejamus de maneira mais detalhada o exemplo decorrente da aplicação da Lei nº. 11.232/2005. Como já dissemos, a referida norma criou um sistema regulador da tutela executiva proveniente de títulos judiciais, onde se dispensou a formação de nova relação processual executiva e a expedição de mandado citatório, além de cominar pena pecuniária para o cumprimento de obrigação de pagar (CPC, art. 475-J). No confronto com o direito processual do trabalho, vê-se que a mesma matéria é referenciada e regulamentada pela consolidação nos seus artigos 880 e seguintes. Ou seja, o direito processual do trabalho positivo permaneceu, pelo menos do ponto de vista formal, com a obrigatoriedade da formação de nova relação processual e, conseqüentemente, a necessidade de expedição de mandado de citação e abertura de prazo para indicação de bens a penhora. Utilizando-se do método tradicional, poderíamos afirmar que não existe lacuna a ser suprida, sendo inaceitável a aplicação do direito processual comum.

No entanto, observando o problema à luz dos fundamentos do direito processual do trabalho, vê-se que o objetivo maior do regramento laboral não foi atingido. Nesse sentido, a comparação valorativa entre os dois ordenamentos jurídicos conduz à conclusão inequívoca de que a norma de processo comum prepondera, sob o ponto de vista de dinâmica e efetividade, sobre a norma de direito processual do trabalho.

Trata-se, portanto, da primeira operação a ser implementada pelo intérprete, que, no entanto, não prescinde das demais etapas destinadas a analisar as hipóteses de regulamentação. Ou seja, não basta apenas a realização da análise valorativa da norma. Deverá o intérprete verificar se todos os aspectos desse conjunto normativo adaptam-se ao direito processual do trabalho, tendo em vista a necessidade de respeito de suas diretrizes ideológicas.

Mais uma vez lançando mão do exemplo da Lei nº. 11.232/2005, vê-se que o art. 475-J preconiza a necessidade de requerimento do credor para a expedição do

mandado de penhora. Sendo o processo do trabalho marcado pelo caráter inquisitorial do Juiz, o requerimento do credor para impulsionar a execução é absolutamente desnecessário, não sendo, pois, aplicado o referido normativo.

É óbvio que diante dos diversos temas que estão sendo objeto de reforma do direito processual civil, o método de comparação poderá comportar diversas variáveis. No entanto, deve-se abrir a possibilidade de se resolverem as hipóteses de regulamentação concorrente mediante a aplicação do direito processual comum, especialmente no âmbito da tutela executiva.

A despeito da constatação óbvia de anacronismo do arcabouço processual laboral, especialmente em matéria de execução, não se observam grandes avanços na jurisprudência no sentido mitigar a rigidez das regras preconizadas pela CLT, art. 769 e 889. Identifica-se certa inibição na tentativa de expandir a participação dos institutos de processo civil, sob o argumento de uma inverossímil completude da norma procedimental trabalhista.

O desnecessário apego aos postulados tradicionais de aplicação subsidiária do processo comum ao contexto laboral produzem situações paradoxais, por meio das quais o resultado é uma execução trabalhista mais rígida e formal do que a de natureza cível.

A demonstração da precariedade sistêmica dessa formulação pode ser feita até pela interpretação teleológica da regra originalmente preconizada pela CLT, art. 889. Observe-se que a opção do legislador celetista foi de atribuir ao sistema de execução laboral a norma processual que pressuporia um sistema de execução mais efetivo e incisivo. Fê-lo mediante a abertura da possibilidade de inserção na norma regente do “[...] processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”.

A opção foi feita a partir da aferição de efetividade da execução fiscal e da aplicação desses métodos para incisivos na dinâmica laboral. Em outras palavras, a perspectiva de assimilação das normas de direito processual comum foi mensurada a partir de sua atuação concreta e não meramente formal. Buscou-se, então, uma execução trabalhista mais efetiva mediante a inserção de ferramentas processuais já consagradas na dogmática em geral.

Partindo-se da constatação de que o aparato estatal revela-se extremamente cioso na construção de estruturas processuais capazes de promover a execução das dívidas das quais é sujeito ativo¹¹⁰, o manejo subsidiário da norma dos executivos fiscais

¹¹⁰ Nessa linha de raciocínio não custa lembrar que, na época da outorga da CLT, a lei dos executivos fiscais vigente era o Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938, editado antes mesmo do primeiro Código de Processo Civil brasileiro. Assim sendo, o Estado brasileiro sempre foi muito mais diligente na edificação de uma norma processual para a cobrança de suas dívidas, do que com a sistematização de

foi medida imbuída de um viés muito mais pragmático e teleológico do que formal.

Esse processo, conforme temos insistentemente fundamentado, não deve ser visto sob a ótica estritamente operacional de blindagem do direito processual do trabalho, mas sim de uma perspectiva teleológica de consecução de objetivos concretos na aplicação da norma processual trabalhista. O método de colmatação do processo do trabalho deve envolver, precipuamente, uma perspectiva concreta de resultados obtidos na busca de uma duração razoável ao processo (CF, art. 5º, LVXXVIII).

Destaque-se, ainda, que a própria norma regente dos executivos fiscais apresenta regra de subsidiaridade, permitindo a aplicação do Código de Processo Civil aos trâmites da execução fiscal (Lei n. 6.830/80, art. 1º, *in fine*). Como a norma em questão é anterior ao conjunto de alterações na fase de execução do Código de Processo Civil (2005 e 2006), a jurisprudência cível tem costumeiramente se deparado com questões relacionadas à escolha entre a aplicação da norma processual específica ou a codificada. Na solução do problema tem-se optado pela aplicação da norma processual contida no CPC, quando esta se demonstrar mais consentânea com o perfil contemporâneo da execução¹¹¹.

um processo aplicável para as relações jurídicas em geral.

111 Um exemplo eloquente desse posicionamento jurisprudencial pode ser destacado em relação ao debate sobre a aplicação do art. 739-A à execução fiscal. O texto original da Lei n. 6.830/80 (art. 16, § 1º) estabelece a obrigatoriedade de **garantia do juízo** como requisito dos embargos do devedor. O CPC, no seu art. 739-A determina, por outro lado, que a oposição dos embargos não implica a suspensão da prática dos atos executórios, que só ocorrerá diante da possibilidade de "...o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes." (CPC, art. 739-A). Em uma interpretação voltada exclusivamente para o método estritamente formal de aplicação subsidiária do CPC à execução fiscal, poderíamos vindicar pela inaplicabilidade do disposto no art. 739-A do diploma processual consolidado, em face da previsão expressa da norma especial. No entanto, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem pontificado entendimento diametralmente oposto, conforme se vê do seguinte julgado: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (*FUMUS BONI JURIS*) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (*PERICULUM IN MORA*) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL. 1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791. 2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme o evidencia sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696. 3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa. 4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio

3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A MODIFICAÇÃO DOS PARADIGMAS DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

Mesmo diante de incontestáveis evidências dogmáticas, o que se vê é uma verdadeira relutância de parte da jurisprudência trabalhista em admitir a possibilidade de aplicação do processo comum ao procedimento executivo trabalhista, mesmo na perspectiva de se obter um resultado mais concreto e efetivo da atividade jurisdicional executiva.

A questão, no entanto, não pode ser abordada de maneira exclusivamente abstrata e apriorística. Sendo assim, a abordagem do tema implica, necessariamente, uma visão procedimental casuística, mediante o levantamento das situações de cotejo entre o direito processual comum e o laboral.

A aprovação do novo texto do Código de Processo Civil tem sido aguardada ansiosamente pela classe jurídica, tendo em vista a quantidade de modificações propostas. As intensas incursões do parlamento na modificação do direito processual civil, que culminaram com o novo código, revelam o coroamento de uma legislação procedimental sintonizada com os postulados processuais contemporâneos. Nessa perspectiva, o laconismo crônico, do qual é acometido o direito processual do trabalho, faz com que as alterações na norma processual civil sejam fundamentais para a reconstrução do rito procedimental laboral.

Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias. 5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância a fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). 6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal. 7. **Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça.** [...] Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008. (REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013). (**negrito nosso**). O que se vê claramente é uma perspectiva de flexibilização do Superior Tribunal de Justiça ao aplicar as regras de subsidiariedade do processo comum em relação à execução fiscal, abandonando uma compartimentalização meramente formal da regra preconizada pela Lei n. 6830/80, art. 1º, *in fine*.

Não se pode deixar de destacar o fato de que o imobilismo na construção de uma norma processual trabalhista própria, abrangente e sistematicamente orientada tem produzido efeitos absolutamente nefastos para o amadurecimento da disciplina. As poucas e pontuais modificações legislativas¹¹² havidas na norma instrumental trabalhista conduzem, inexoravelmente, o direito processual do trabalho a uma situação de dependência do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, avoluma-se a importância do novo Código de Processo Civil para o aprimoramento do direito processual do trabalho, em especial, na fase de execução. Desde a implementação das modificações legislativas anteriores, em especial as Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, o debate acerca da construção de um novo modelo para a execução trabalhista tem ocupado um papel significativo na doutrina processual do trabalho.

A tarefa de análise da compatibilidade das diretrizes do novo Código de Processo Civil é extensa e árdua, até porque não existe uma linha doutrinária e jurisprudencial determinante para a composição de um sistema adequado de recepção das normas processuais cíveis ao sistema laboral.

Além do mais, a eventual aprovação do novo texto do Código de Processo Civil poderá implantar uma novidade no nosso sistema jurídico. O futuro art. 15 do mencionado Código preverá a possibilidade de aplicação **subsidiária e supletiva** do direito processual civil ao sistema processual trabalhista¹¹³. Nessa perspectiva, há uma mudança paradigmática no entrelaçamento entre a processualística laboral e a cível, admitindo, com maior facilidade, a inserção das inovações do procedimento executivo.

Por outro lado, a sensível abertura da norma processual civil em face da realidade laboral poderá ocasionar sérios problemas de compatibilidade procedimental, que serão resolvidos mediante a edificação de um sistema adequado de norma de supletividade e contenção.

112 Não se pode deixar de reconhecer recentes modificações na legislação processual trabalhista, em especial a Lei n.º 13.105, de 21 de julho de 2014, que alterou o procedimento dos embargos à Seção Especializada do Tribunal Superior do Trabalho e do recurso de revista, bem como estabeleceu parâmetros para a uniformização da jurisprudência nos Tribunais Regionais do Trabalho. A mencionada norma, no entanto, refere-se a um universo muito específico da processualística e, de fato, teve um escopo de aproximar o regramento do recurso de revista ao do recurso especial, especialmente no que concerne ao represamento das demandas repetitivas. Ressente-se a comunidade jurídica de um conjunto consistente e abrangente de normas processuais construídas para a realidade procedimental da ação trabalhista.

113 A redação proposta para o mencionado art. 15 é a seguinte: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”.

REFERÊNCIAS

CABANELLAS, Guillermo. **Compendio de derecho laboral, tomo II, 4. ed.** Buenos Aires: Heliasta, 2001.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Limites da cognição dos embargos do devedor no âmbito da execução atípica do processo do trabalho. **Revista LTr, Ano 70, v. 03**, São Paulo: LTr, março de 2006, p. 335-346.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito, 6. ed.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

O SISTEMA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CPC E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO DO TRABALHO

Paulo Henrique Tavares da Silva

Doutor e Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB; professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Unipê-JP, ESMAT 13 e ESA-PB; Juiz do Trabalho, Titular da 5ª Vara do Trabalho de João Pessoa-PB; Integrante do Conselho Pedagógico da Escola Judicial do TRT da Paraíba e Coordenador do Centro de Pesquisas sobre o Judiciário Trabalhista Paraibano (CPJ-TRT13).

Juliana Coelho Tavares da Silva

Pesquisadora bolsista do CNPq (PIBIC) vinculada ao grupo de pesquisa “Marxismo e Direito” e do Centro de Pesquisas sobre o Judiciário Trabalhista Paraibano (CPJ-TRT13), graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

1 INTRODUÇÃO

Seguramente, dentre as inovações que se anunciam para o novo Código de Processo Civil, cuja tramitação está em fase final perante o Congresso Nacional, reside na disciplina dada ao precedente judicial. No nosso entender, representa a transformação mais relevante, pitoresca e radical, posto que se insere em todas as fases processuais, radicada que está no procedimento de formação da decisão, disciplina recursal, coisa julgada e mesmo ação rescisória.

O que se pretende nesse passo da reforma do código representa, em verdade, um esforço de aproximação entre os sistemas anglo-saxão e o romano-canônico, também conhecidos por *common law* e *civil law*, em sintonia com aquilo que ocorre nos Estados Unidos e países da Europa ocidental, sendo essa também a cultura que vem sendo gestada em relação à política de resolução de demandas implantadas nas cortes internacionais. No caso nacional, procura-se romper de uma vez por todas aquelas perspectivas da função jurisdicional como meramente declaratória, calcada na busca de um sentido adequado aos textos legais emanados do legislativo, passando-se a um sistema que, ao menos em tese, seria mais sintonizado com a dinâmica dos fatos sociais, ampliando-se, igualmente, a segurança jurídica tão cara às transações econômicas.

A tese ora defendida é a de que não há como efetuar tal transposição de forma automática, sem com isso violar a natureza do processo do trabalho. Seguiremos assim, na tentativa de justificar essa opinião, por três momentos. O primeiro, cuida de estabelecer as balizas originais que separam os dois sistemas decisórios. A seguir, faz-se necessário desenhar como se funcionará o sistema do precedente no novo código, procurando divisar o que realmente se pretende com isso, sua real utilização. Por fim,

cotejaremos o sistema proposto com a estrutura procedimental vigente para o processo do trabalho. É desse contraste final, que advém boa parte de nossas objeções.

De qualquer modo, já estamos ganhando com essa discussão, que somente contribuirá para o aprimoramento do nosso processo do trabalho, tão carente de mudanças alinhadas com seu perfil histórico, ao contrário daquilo que se faz já por tantas décadas, assimilando o conteúdo de reformas do CPC, algumas delas sem a devida sintonia com os reais escopos que informam a atuação da Justiça do Trabalho no país.

2 CONTRAPONDO OS DOIS SISTEMAS EM SUA FORMA ORIGINÁRIA

O principal ponto que diferencia os sistemas de *common law* dos de *civil law* é a importância dispensada a certas decisões judiciais como fonte do Direito, que passam a ser denominadas precedentes e a possuir efeito vinculante em casos futuros. A doutrina do precedente é alicerçada e tem como norte os ideais de previsibilidade e estabilidade do Direito e das relações sociais; justiça, ao evitar decisões contraditórias sobre casos análogos, garantindo a aparência de neutralidade do julgamento; bem como a eficiência, tendo em vista que o julgador pode utilizar como guia os casos decididos anteriormente acerca das mesmas questões judiciais (FINE, 2011, p.67, 77).

De forma geral, uma sentença nos moldes anglo-saxônicos é constituída de uma sucinta exposição do fato, da decisão e do motivo que levou o juiz a decidir naquele sentido. (LOSANO, 2007, p.338). Todavia, em um sistema de precedentes, muito além de analisar os aspectos formais do julgamento, há que se examinar profundamente a jurisdição e a hierarquia da Corte que emitiu a opinião, a data, o histórico e a situação processual e os fatos considerados importantes para o caso e para a decisão (fatos materiais) (FINE, 2011, p.71).

Duas das marcas registradas do processo decisório em questão são a *consistência* e a *certeza*, alicerçadas na doutrina do *stare decisis* de que se deve tratar da mesma forma os casos similares (*treat like cases alike*) (BAILEY *et al*, 2007, p.474,475), ou seja, *o julgador deve se perguntar como os casos análogos anteriores foram decididos*. Em um sistema jurídico de *common law*, nos moldes ingleses, uma proposição determinada ou derivada de um caso A é vinculante em um caso B se:

(1) é um argumento de direito; (2) faz parte da *ratio decidendi* do caso A; (3) o caso A foi decidido numa corte cujas decisões são vinculantes para o juízo que está decidindo o caso B; (4) não há nenhuma diferença relevante entre o caso A e o B que permita uma distinção. (BAILEY *et al*, 2007, p. 475, em tradução nossa).

Se uma decisão pode vincular um órgão, seja ele o juiz singular ou tribunal, é

imperativo que haja algum modo racional de determinar qual parte do precedente é vinculante. Daí a doutrina dividir o precedente entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*, ressaltando-se que tal contraposição é imprecisa, sendo foco de inúmeras correntes de interpretação, visando a identificação do significado formal das suas partes, para que seja possível extrair o efeito vinculante.

O primeiro elemento, a *ratio decidendi*, para o Direito inglês ou *holding*, no Direito norte americano, é a parte da decisão com capacidade de obrigar o processo de decisão de um tribunal posterior (BAILEY *et al*, 2007, p.477), a depender da posição que ocupe na sistemática dos tribunais. Ou seja, é o fundamento jurídico que sustenta a decisão, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi.

Simon Whittaker (2008, p. 50), afirma que a *ratio* de um caso traça as proposições de direito discutidas na sentença com os fatos e reclamações das partes, o que significa que:

[...] a análise acerca dos fatos de um caso excede um simples contexto, tendo função decisiva na determinação da força futura do processo, de modo que a obrigatoriedade de um precedente reconhece a particularidade inerente a todo desenvolvimento jurídico efetuado no curso do litígio, no qual os juízes têm em mente as circunstâncias e o resultado do pleito que conhecem

Já as *obiter dicta* não obrigariam, apesar de deterem certa autoridade persuasiva (WHITTAKER, 2008, p. 49-50), posto que seriam proposições constantes da decisão que não são necessárias ao resultado do caso ou da questão, como por exemplo àquelas relativas às alegações que nenhuma das partes arguiu, declarações acerca de fatos hipotéticos e questões que o julgado não está de fato decidindo. Embora tais preposições não sirvam como precedente, por excelência, elas não podem ser desprezadas, especialmente se levarmos em conta que é impossível definir o que o conteúdo e a abrangência precisos da *ratio* ou o seu grau de vinculação e universalização de forma apartada de seu contexto de justificação na decisão judicial. Outro ponto importante a se considerar é que em um juízo posterior, caso tenham sido atentamente consideradas, podem receber efeito vinculante e não só constituir simples observações.

Assevera Toni Fine (2011, p.70) que o papel do *dictum*, na prática forense não deve ser subestimado, seja pelos advogados ou pelos juízes. Com efeito, aos procuradores das partes é dada a oportunidade de arguir que certas declarações anteriores não são vinculantes, por ser *dicta*. Ao juiz, por outro lado, é permitido delimitar se o que foi proferido em casos passados devem ser tratados como parte do *holding* ou como *dictum* não vinculante.

Quanto as fronteiras entre *ratio* e *dicta*, clarifica Neil MacCormick (2008, p. 211, grifos no original) que:

O que pode ser vinculante ou fortemente persuasivo, conforme já explicado, é a *ratio*, ou seja, a solução cuidadosamente produzida após ampla argumentação sobre o ponto que precisa ser solucionado, e que é suficiente – e não mais do que suficiente – para decidir tal questão concreta. De resto, as *obiter dicta* não devem ser desconsideradas simplesmente por não serem vinculantes. Afinal de contas, elas incluem as discussões judiciais sobre os valores inerentes do Direito, seu sopesamento de princípios e suas tentativas de formular os princípios jurídicos menos explícitos. Muitas discussões jurídicas dizem respeito a questões como essa, e a falta de força estritamente vinculante em tais *dicta* é irrelevante para seu valor mais amplo como elemento do discurso jurídico

Observe-se que para os próprios juízes “common lawyers” tal diferenciação apresenta alto nível de imprecisão. Seja pela possibilidade de excesso de *rationes* como acontece, por exemplo, quando há causas de pedir cumuladas, ou pela sua ausência (BAILEY *et al*, 2007, p.481,482); seja pelo fato de que em certos casos a *obiter dictum* pode ter efeito persuasivo de intensidade tão forte quanto à do efeito obrigatório particular à *ratio decidendi*, ou ainda pela incerteza quanto a quem definiria a *ratio decidendi* (se o órgão que instituiu o precedente ou o que o está analisando), posto que o seu escopo só poderia ser determinado ou determinável após decisões posteriores (STONE, 1959, p.607).

Decerto é passível de questionamento o fato de que a teoria do *stare decisis*, por se basear em adesão e vinculação ao que foi decidido anteriormente através da *ratio decidendi*, implicaria em engessamento da atividade judicial, baseada na adaptação de regras antigas a situações novas. Entretanto, ressalta Toni Fine (2011, p.76) que se por um lado a aplicação dos precedentes restringe os juízes, especialmente os de primeira instância, por outro, não devem ser utilizados de forma acrítica e mecânica, pois, aos julgadores é dada a liberdade de interpretar e determinar o alcance do *holding* em casos anteriores, o que é de grande relevância para a aplicação dos princípios do *common law*.

Percebe-se ainda que a prática judiciária baseada no *stare decisis* requer que se enunciem na *ratio* o mínimo possível de fatos tidos como relevantes, a fim de facilitar a adaptação dos precedentes aos casos futuros (MACCORMICK, 2008, p. 202-204). Outrossim, não se pode olvidar que o *stare decisis* representa uma *tendência de seguir os casos análogos anteriormente decididos e não uma regra inflexível*. Dessa forma é que encontramos maneiras de superar a aplicação do caso anterior, sendo as mais usadas a distinção (*distinguishing*) e a revogação (*overruling*).

O precedente, mesmo que vinculante, pode não ser aplicado se houver distinção relevante entre os fatos da decisão anterior e os do caso presente (BAILEY *et al*,

2007, p. 515). Após a detecção de que o caso *sub judice* é passível de distinção, abrem-se dois caminhos: restringir ou estender a *ratio decidendi*. Pode-se optar por firmar o entendimento de que as peculiaridades da hipótese em questão não permitem a aplicação da tese jurídica anterior e interpretar a *ratio decidendi* restritivamente (*restrictive distinguishing*), não estando, portanto, vinculado ao precedente. Também é viável ampliar a solução conferida na decisão anterior, apesar das especificidades do caso concreto, aplicando a tese jurídica (*ampliative distinguishing*).

Observe-se que o órgão julgador, independente da sua posição no sistema judicial, opera a distinção a partir da reformulação factual do precedente, baseando-se em argumentação fundamentalmente analógica, sendo possível também a reinterpretação do que foi julgado anteriormente à luz das circunstâncias específicas do caso em deslinde.

Mesmo sendo um sistema fundado na hierarquia entre a produção dos tribunais, há uma dose de discricionariedade bastante relevante dada ao julgador de origem, quando da operação de identificação da razão de decidir, decompondo o julgado paradigma, ou mesmo promovendo sua distinção em relação aos elementos fáticos presentes no caso sob julgamento. A princípio, no âmbito do *civil law*, essa margem de discricionariedade era inexistente, fruto do entendimento dos revolucionários franceses do século XVIII, que viam essa liberdade no ato de julgar como perigosa, capaz de ressuscitar as práticas do Antigo Regime, em defesa dos interesses da aristocracia agrária. O magistrado deveria ser a “boca da lei”. Nada mais.

Por isso, na constância do século XIX, pouco foi agregado à função jurisdicional dos tribunais latinos, senão uma atividade meramente declarativa dos textos legais, promovendo-se uma prestação jurisdicional voltada para o passado, sem pretensões de interferir no futuro das pessoas e instituições, o que somente passou a ser uma realidade disseminada a partir do século, graças ao movimento constitucionalista, que inseriu no texto das cartas maiores dos países ocidentais catálogos de direitos fundamentais que exigiam uma interpretação bem mais criativa e destinada a emprestar efetividade aqueles direitos. Tal fato somente veio realçar a pobreza dos textos legais, incapazes que são de abarcarem toda a dinâmica social, sentido que somente é alcançado a partir do esforço interpretativo, destacando-se a atividade judicante.

3 UM SISTEMA DECISIONAL CALCADO NO PRECEDENTE NA PROPOSTA DO NOVO CPC

Na proposta do novo CPC, a reforma mais radical vai se alojar justamente na produção jurisdicional. Isso porque o ato de decidir comparece em praticamente todos os

momentos procedimentais. Portanto, esse projeto embute uma maneira totalmente diversa de se encarar a discricionariedade judicial.

A estrutura do Poder Judiciário passou por modificações importantes, destinadas a equipá-lo ao enfrentamento dos novos temas decorrentes da judicialização das relações sociais, isto é, não apenas o Direito se modificou, mas a estrutura orgânica do poder teve que se adaptar a essas novas responsabilidades.

Houve a introdução de diversos aspectos do toyotismo, que foram implantados, substancialmente, a partir da Reforma do Judiciário, em dezembro 2004, tendo por característica essencial o estabelecimento do *centralismo decisional* em dois eixos: o *jurisdicional* e o *administrativo*, visando o atingimento daqueles objetivos estratégicos traçados pelo Banco Mundial, fundados na busca da *segurança jurídica* para o desenvolvimento e a ampliação das relações alusivas ao capital (interno e externo).

O centralismo decisional manifesta-se na vertente jurisdicional, através da intensificação do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, com a introdução da súmula vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, adiante transcrito:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Em 2006, através da Lei nº 11.417, restou definido o procedimento visando editar, revisar e cancelar tais entendimentos jurisprudenciais cristalizados e se estabeleceu como mecanismo de prevenção o uso da figura da reclamação, com a possibilidade de editar provimentos liminares, com o objetivo de suspender ou cassar os atos praticados pelas instâncias inferiores supostamente em desconformidade com a diretriz vinculante.

No âmbito do processo civil esse sistema foi disseminado pela onda reformatória de 2006, que, através da Lei 11.277, instituiu o julgamento de plano de demandas repetitivas. Ademais, a presença da súmula vinculante potencializou seu caráter impeditivo de recursos, hipótese prevista no art. 518, § 1º, do CPC, algo igualmente pretendido na reforma do Judiciário, frente ao caráter de repercussão geral que foi dado ao Recurso Extraordinário, através do art. 102, § 3º, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) passa a ser o catalisador dos influxos que vêm da sociedade civil e ingressam no sistema jurídico, do mesmo modo que cuida de

disseminar concepções jurídicas novas, que passam a influenciar a vida das pessoas, com a prática dos juízes e dos tribunais que lhe são subordinados, ou seja, embora os Ministros daquela Corte não sejam eleitos, mas escolhidos por um procedimento manifestamente político, praticamente nivelam-se aos legisladores, considerando os poderes que ostentam na sociedade contemporânea quanto à predição dos valores constitucionais a partir da aferição das condições materiais existentes para a interpretação.

O atual sistema constitucional brasileiro concentra poderes em sua Corte constitucional, numa dimensão maior do que a Suprema Corte Americana, considerando o grau de contenção institucional a que são submetidos os organismos a ele subordinados e a quantidade absurda de matérias que a ela podem chegar, por apresentar dimensão constitucional capaz de desafiar um esforço interpretativo por parte dos onze ministros que integram o STF.

Logo abaixo do Supremo Tribunal, ainda vamos encontrar os órgãos de cúpula das justiças especializadas, com destaque para o papel exercido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), cada um com a incumbência de uniformizar a jurisprudência no plano infraconstitucional, igualmente dispendo de um sistema de acesso baseado em entendimentos sumulados ou orientações jurisprudenciais (no caso do TST) em profusão.

Com efeito, o sistema moldado pela novel sistemática do CPC, já transforma o ato decisório, especialmente a sentença, por estar na base da pirâmide hierárquica do judiciário, num exercício burocratizado e extremamente delicado, pois resta estabelecido no Projeto, como componentes necessários à inteireza da fundamentação de qualquer decisão (seja ela interlocutória, sentença ou acórdão): limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento (ver itens V e VI do § 1º, art. 499 do código projetado). As consequências da desatenção daquilo que está estatuído podem ser diversas ordens, não apenas referentes à sujeição de ataque, legítimo, diga-se, pelas vias recursais apropriadas.

Se a decisão, consoante a dicção do dispositivo acima mencionado, apresenta deficiência na fundamentação, elemento essencial à decisão judicial, o caminho óbvio será postular a decretação da nulidade do julgado, com o retorno dos autos para nova entrega da prestação jurisdicional. Mas isso, além de trazer repercussões no âmbito

administrativo, pois a presença de um número expressivo de decisões anuladas pode contribuir para o retardo duma eventual promoção funcional do magistrado sentenciante (e a primeira instância certamente é a mais atingida), oferece a sistemática do código um novo e absurdo sucedâneo recursal, baseado na genética da vigente Reclamação para o STF (inserta no art. 13 da Lei 8.038/90). O código projetado apresenta-nos também sua “Reclamação”, a partir do art. 1.000, cuja legitimidade pertine à parte interessada ou ao Ministério Público, para: preservar a competência do tribunal; garantir a autoridade das decisões do tribunal e, *garantir a observância de súmula vinculante e de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência*. Sucadâneo recursal sim, pois não está elencado dentre os recursos, na forma do art. 1007 do projeto, mas que, se “julgada” procedente, levará o tribunal a *cassar* a decisão exorbitante de seu julgado ou *determinará medida adequada à solução da controvérsia* (art. 1004).

A práxis do STF já bem indica a quantidade elevada de reclamações cujo teor veicula manifesta pretensão recursal. Imagine-se essa figura ampliada, possibilitando, por um caminho de índole flagrantemente administrativa, a retirada de uma decisão do mundo jurídico, ou mesmo sua reapreciação noutra sentido, mesmo que o recurso referente àquela decisão já tenha sido julgado (ver o disposto no art. 1.000, § 5º). Converte-se o poder judiciário, num *bureau*, numa corporação firmemente baseada numa hierarquia rígida, onde nem mesmo as figuras tradicionais da preclusão e da coisa julgada subsistem em nome dessa ferrenha disciplina imposta pelas instâncias superiores. Enfim, superados todos os caminhos recursais, ainda restará ao litigante o uso da instância administrativa, provocando mais o judiciário a rediscutir sua tese suplantada pelo caminho natural do processo. Pergunta-se: em que isso contribui para a celeridade e a estabilidade das relações sociais?

Voltemos para o sistema dos precedentes.

Há necessidade, previamente, de estabelecermos a distinção entre súmula e precedente, sendo as lições de Marinoni, neste particular, de grande valia. Diz ele, sinteticamente, que o “precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina” (2013, p. 214). Já as súmulas, não derivam de um processo onde as partes, no livre uso do contraditório, cuidaram de forjar a tese jurídica vencedora, a ser usada como paradigma, são elas “uma metalinguagem” acerca daquilo que já estava enunciado noutras decisões da corte (2013, p. 215).

O projeto, ao menos no estágio em que se encontra no momento do fechamento deste ensaio, traz o disciplinamento “do precedente judicial”, a partir do seu

art. 520, prescrevendo que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, isso em nome dos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, todos elencados no art. 521 subsequente. Como nossa preocupação aqui é operacional - voltada para a adequação de tal sistema ao processo do trabalho-, pouparemos o leitor da discussão acerca de tais princípios, embora deva ficar marcado que se trata de tema igualmente importante, haja vista ser bastante questionável que o *common law* que esse projeto constrói realmente esteja sintonizado com boa parte daqueles enunciados principiológicos.

No entanto, não podemos nos furtar de transcrever, até com finalidade didática, da íntegra dos incisos que compõem o art. 521, que dão forma ao sistema de precedentes no código projetado, já com grifos nossos, que serão importantes para a argumentação que segue:

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;

b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

§ 1º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial.

§ 2º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

§ 3º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que

presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§ 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

§ 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do *caput*.

§ 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

§ 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

§ 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Primeiramente, observa-se que a geração de precedentes não se limita a matérias fechadas, algumas são especialmente destacadas apenas no intuito de emprestar ênfase ao aspecto hierárquico do uso do precedente, conforme acima realçado. No topo, encontramos os precedentes STF em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes (ou de matéria constitucional) e os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários repetitivos. Oriundos do STJ, as súmulas em matéria infraconstitucional, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas ou recursos especiais dessa mesma ordem. Mesmo que inexista súmula, há que se observar os precedentes oriundos do Plenário do STF em

matéria constitucional e os julgados da Corte Especial ou Seções do STJ, nesta ordem, em matéria infraconstitucional. Já adiantamos que na parte seguinte deste trabalho iremos detalhar como se dará a adequação do disposto nesse sistema no âmbito do processo do trabalho, desde já firmando que a Justiça do Trabalho se antecipou em larga medida ao disposto no novel CPC, a partir das inovações adotadas pela Lei 13.015/2014.

De forma muito sucinta, o parágrafo terceiro do artigo em comento aponta que o efeito vinculante do precedente surge a partir da *ratio decidendi*, não tendo o projeto a coragem de assumir tal terminologia anglo-saxônica, aqui identificada como “fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado”. Do mesmo, as *obiter dicta* estão descritas no parágrafo quarto, em seus dois incisos, seguindo-se, no parágrafo quinto, a possibilidade da distinção (*distinguishing*). Note-se que essa lacuna no trato dessas três figuras, tão caras ao modelo do *common law*, até porque conferem uma discricionariedade fundamental ao julgador, são tratadas com pouca ênfase pelo código não por acaso. O estímulo aqui é pelo tratamento mecânico das causas, com sua eliminação em massa, a partir dos ditames gerais prescritos pelas cortes superiores.

Vejamos, pois, como se articulam tais inovações no âmbito do processo do trabalho.

4 IMPLICAÇÕES DO SISTEMA DO PRECEDENTE JUDICIAL NA SEARA TRABALHISTA

Chegamos a ponto claro de divergência entre o espírito que preside o processo civil e aquele que rege o processo do trabalho. Se é verdade que temos uma pletora de precedentes advindos de nossa corte superior, seu uso é restrito à admissibilidade ou não das instâncias recursais. Não é possível assimilar de forma direta todas as inovações previstas no novo CPC, mesmo que, aparentemente, se inspirem nos mais elevados propósitos constitucionais.

Com efeito, o processo do trabalho sempre regeu-se pela diretriz maior da simplicidade e da eficiência, obviamente sem descurar-se do zelo pela aplicação das normas e do respeito aos entendimentos sumulados pelas instâncias superiores, até porque, graças ao sistema de restrição recursal já existente, acrescido dos refinamentos contidos nas alterações da CLT através da Lei 13.015/2014, não se pode nutrir o jurisdicionado com falsas expectativas, decidindo, por bel-prazer, contra aquilo que está consolidado no degrau jurisdicional superior.

O filtro a presidir essa admissibilidade, ou não, reside no art. 769 consolidado,

prescrevendo que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. E o uso dos precedentes nas instâncias trabalhistas reveste-se mais por razões de utilidade do que propriamente normativas.

A utilidade aqui decorre de algo que há muito vem sendo desenhado no âmbito do processo trabalho, acerca do uso dos entendimentos consolidados como mecanismo destinado a tolher o acesso às instâncias recursais, a padronizar o tratamento do julgamento em bloco dos recursos análogos que povoam aos milhares o TST e alguns tribunais regionais. Toda a construção legal referente ao uso dos entendimentos consolidados nos TRTs é voltada, essencialmente, para seu relacionamento com o TST, embora isso não exclua que os regimentos internos adotem, para processamento interno, regras de padronização. Aqui vale destacarmos a hipótese descrita no novo artigo 896-C da CLT, em seus parágrafos 11 e seguintes, quanto aos recursos de revista múltiplos, fundados em idêntica questão de direito:

Art. 896-C. Quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno, por decisão da maioria simples de seus membros, mediante requerimento de um dos Ministros que compõem a Seção Especializada, considerando a relevância da matéria ou a existência de entendimentos divergentes entre os Ministros dessa Seção ou das Turmas do Tribunal.

...

§ 11. Publicado o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, os recursos de revista sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação a respeito da matéria no Tribunal Superior do Trabalho; ou

II - serão novamente examinados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da matéria.

§ 12. Na hipótese prevista no inciso II do § 11 deste artigo, mantida a decisão divergente pelo Tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso de revista.

§ 13. Caso a questão afetada e julgada sob o rito dos recursos repetitivos também contenha questão constitucional, a decisão proferida pelo Tribunal Pleno não obstará o conhecimento de eventuais recursos extraordinários sobre a questão constitucional.

§ 14. Aos recursos extraordinários interpostos perante o Tribunal Superior do Trabalho será aplicado o procedimento previsto no art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), cabendo ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte, na forma do § 1º do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

§ 15. O Presidente do Tribunal Superior do Trabalho poderá oficiar os Tribunais Regionais do Trabalho e os Presidentes das Turmas e da Seção Especializada do Tribunal para que suspendam os processos idênticos aos selecionados como recursos representativos da controvérsia e encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, até o seu pronunciamento definitivo.

§ 16. A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes

no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

§ 17. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.”

Ora, se bem observamos os dispositivos acima, veremos elementos similares ao modelo de precedentes contido no CPC projetado, a exemplo da técnica da distinção e a revisão, insertas, respectivamente, nos parágrafos 16 e 17. Porém, mesmo quando aplicado tal mecanismo de padronização, ainda se garante ao TRT de origem o direito à divergência, consoante o disposto no parágrafo 12.

Em relação aos julgados proferidos pela primeira instância, a incompatibilidade ainda se revela bem mais profunda. Isto porque há casos, dentro do próprio universo do processo civil, onde o disciplinamento acerca da sentença é menos detalhado, até porque isso se afina com escopo do procedimento especial que se está operando. Tome-se como exemplo o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, previsto na Lei 9.099/95, que contém, acerca dos requisitos da sentença, o seguinte: “A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório” (art. 38). Aquela minudência acerca do uso ou não dos precedentes, na forma do art. 499, § 1º, V e VI, do CPC projetado, ali não caberia.

Observemos agora o regramento previsto para o processo do trabalho. Existem dois dispositivos cuidando daquilo que deverá conter a sentença, a depender do procedimento ordinário ou sumaríssimo. São eles, nessa ordem:

Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

Conforme já afirmado, o papel dos precedentes no processo do trabalho, ao menos no momento que antecede à edição do novo CPC, é reservado e bem demarcado ao tratamento recursal, disciplinando o fluxo especialmente daquilo que vai ou não ao TST, bem como, modernamente, servindo para eliminar em bloco recursos residentes nas instâncias intermediárias. Não há nenhuma norma processual própria estatuinto algo diverso ou semelhante aquilo que trará o código projetado. Portanto, pelas razões acima expostas, não há como entender compatíveis alterações que somente privilegiarão a

demora na prestação jurisdicional, sujeitando os ritos a debates desnecessários quanto à validade ou não provimentos, por deficiência de fundamentação.

A rigor, vislumbramos apenas as seguintes hipótese em que as prescrições atinentes ao uso de precedentes teriam cabimento no processo do trabalho, a partir do texto constitucional. A primeira, aquela que se atrela ao disposto no art. 102, § 2º, da CF, a estatuir:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Mais adiante, a súmula vinculante, assim disposta no art. 103-A da norma maior:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Por serem normas que afligem a todo Judiciário, o juiz de primeira instância está jungido à observância daqueles entendimentos cristalizados, razão pela qual, aí sim, em caráter subsidiário, dá-se a atração da disciplina dos itens V e VI do art. 499 do novo CPC. E só.

5 CONCLUSÃO

O sistema que se desenha para o processo civil brasileiro, ao contrário do

modelo americano, não privilegia o papel criativo do julgador. É fortemente centralizado na atividade uniformizadora dos tribunais nacionais (STF e STJ), com a pretensão de se transpor a mesma característica para o TST. A dinâmica essencial do *stare decisis*, construída a partir do jogo que se estabelece entre a fundamentação e a distinção, aqui é substituída pelo caráter imperativo na aplicação dos entendimentos consolidados, na intenção de se obstar a via recursal e desafogar as instâncias superiores.

Noutro lado, esse indisfarçável desejo de fazer uma limpeza profunda nos quantitativos recursais existentes nos tribunais, atrai um malefício extra, consistente no apego excessivo ao formalismo, na demonstração que se está respeitando, detalhadamente, as ordens emanadas das cortes superiores, em detrimento da análise dos fatos frente o texto legal, essência, no *civil law*, da atividade judicante.

Preocupa-nos, sobremaneira, a utilização imediata e pouco refletida dessas inovações no âmbito do processo do trabalho brasileiro. E não se quer aqui negar que nosso procedimento ancilar, anacronicamente inserto no mesmo diploma que regulamenta a base do direito material do trabalho (na CLT), já não careca de profunda reformulação, ao invés de se prestigiar pequenas maquiagens em pontos cirurgicamente identificados. Contudo, a constância recorrência ao procedimento civil pode não representar avanço. Note-se o quanto ficou burocratizado o acesso ao judiciário trabalhista, com a introdução de técnicas e incidentes civis, incompatíveis com a simplicidade que deve presidir os ritos de decisão laborais. O excesso de técnica não representa um procedimento melhor. Procedimento melhor é que, com o mínimo de tempo possível e menor dispêndio de recursos, entrega uma prestação jurisdicional efetiva.

Até que ponto o transporte integral da disciplina dos precedentes para o trabalho propiciará um avanço temporal da tramitação das causas, ou uma melhor entrega da prestação jurisdicional? Para nós, pelas razões expostas, em pouco irá acrescentar, além daquilo que já consta da nossa seara, particularmente após a última onda renovatória da parte recursal da CLT, levada a cabo ainda neste ano. Somente nos casos em que, por força constitucional, o sistema dos precedentes integra o processo do trabalho, a partir da Reforma do Judiciário de 2004, é que se pode falar na utilização das normas do processo do comum no ambiente procedimental trabalhista, ainda assim, com as maiores cautelas. No mais, deixemos tudo como está!

REFERÊNCIAS

BAILEY, S.H et al. **The modern english legal system**. 5. ed. London:Thomson Sweet & Maxwell, 2007.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STONE, Julius. The ratio of ratio decidendi. **The Modern Law Review**, n. 6, vol. 22, pp. 597-620, nov. 1959.

WHITTAKER, Simon. El precedente en el derecho inglés: una vision desde la ciudadela. **Revista Chilena de Derecho**. Santiago, n.1 v.35, pp. 37-83, 2008 Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100003> >. Acesso em: 10 fev. 2014.

O PRINCÍPIO PROCESSUAL DA ADEQUAÇÃO FORMAL: REFLEXÕES E TENDÊNCIAS*

Luciano Athayde Chaves**

Juiz do Trabalho da 21ª. Região (RN). Titular da 2ª. Vara do Trabalho de Natal. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Ciências Sociais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

“Não me coloco hipocritamente fora do Brasil oficial, nem se trata de nos opormos à verdadeira modernidade. Trata-se de recriar as instituições do Brasil oficial de acordo com a verdade do Brasil real. Assim, lembro apenas que, como fez Euclides da Cunha, sempre que nos descobrirmos no caminho do erro e do processo histórico oficial, devemos obrigar-nos a um exame de consciência tão rigoroso quanto os religiosos, procurando então retomar o caminho real oposto. É o que teremos de fazer a cada instante, se é que desejamos realmente transformar o nosso País numa verdadeira Nação, num Brasil que seja grande e justo, e não apenas vulgar, injusto e falsamente próspero como se vem tentando”.

Ariano Suassuna, discurso de posse na Academia Brasileira de Letras.

Sumário: 1. Introdução; 2. A adequação formal no Direito Processual brasileiro; 3. O princípio da adequação formal no Direito Processual Português; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio busca refletir sobre o instituto da adequação formal ou procedimental, tendo como mote as diversas propostas sobre o tema ao longo da tramitação do projeto de um novo Código de Processo Civil no Brasil, debate iniciado mesmo antes da apresentação do Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, ainda na fase de elaboração do anteprojeto.

Nesse propósito, como anuncia o fragmento textual que constitui a epígrafe deste ensaio, pretendo apresentar o problema de forma um pouco diferente, sob o olhar do escritor Ariano Suassuna, o qual, inspirado em Machado de Assis, costumava tratar dos problemas contemporâneos a partir de uma consideração de dois brasis: o “oficial” e o “real”.

O primeiro, o *oficial*, é caracterizado pelos discursos hegemônicos dos atores sociais de mais destaque e instâncias de autoridade (como o tecido formal e positivado da ordem jurídica, os quais, frequentemente, deixam de observar os movimentos marginais e periféricos¹¹⁴). O segundo, o *real*, é representado pelas práticas

* O presente artigo representa uma versão adaptada da palestra “Do poder judicial de adequação do procedimento ao bem jurídico tutelado”, proferida na *XIV Semana do Judiciário*, promovida pela *Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª. Região*, em João Pessoa, Paraíba, em 31 de outubro de 2014.

**

114 Neste ponto, vejo uma clara aproximação com o esforço intelectual de Boaventura de Sousa Santos com a sua “epistemologia do Sul”, na medida em que esta retrata a necessidade de um pensar a partir das diferenças culturais, nomeadamente as que brotam do conhecimento que decorre das práticas sociais. Nas suas palavras: “*Toda experiência social produz e reproduz conhecimento e, ao fazê-lo, pressupõe uma ou várias epistemologias. Epistemologia é toda a noção ou ideia, refletida ou não, sobre as condições do que conta como conhecimento válido. É por via do*

sociais, comumente ignoradas pelas instituições oficiais, mas que, de alguma forma, está presente, ainda que como força de resistência em torno de suas crenças e tradições, nos processos históricos de construção da tessitura social.

Para Suassuna, citando Machado de Assis, “o ‘país real’, esse é bom, revela os melhores instintos. Mas o ‘país oficial’, esse é caricato e burlesco”.

Pois bem. A partir dessa visão de mundo, tenho procurado afirmar que, no panorama processual, como creio suceder em todas as dimensões do Direito, padecemos do mesmo problema: desde as primeiras lições recebidas nos cursos de graduação em ciências jurídicas, somos convidados a conhecer suas instituições, valores e preceitos a partir de uma abordagem conceitual e, portanto, “oficial”, sem um contato mais complexo com as diversas práticas sociais e jurídicas que forjam e dão sentido social ao Direito, e integram, nessa perspectiva, o “Brasil real”.

Com base na epistemologia conceitual, aprendemos, por exemplo, a ideia de *segurança jurídica* como corolário da estrita observância dos textos normativos, como se estes pudessem, mesmo em teoria, guardar relação com a univocidade, algo rechaçado não somente pela semiótica, como também pela hermenêutica jurídica contemporânea, iluminada pela lógica dialética da argumentação jurídica e suas diversas teorias.

É por isso que surpreende a qualquer profissional a *complexidade das diferenças* das práticas sociais processuais. Ainda choca a diversidade de entendimentos sobre procedimentos, de juiz para juiz, de tribunal para tribunal, aspecto quase sempre considerado como uma disfuncionalidade que graça no Poder Judiciário.

Deixando de lado as idiosincrasias e as práticas justificadas em interpretações que podem padecer de correção argumentativa, o fato é que a ninguém me parece constituir desacerto afirmar que há uma viva e real *ductibilidade* processual, que, no mais das vezes, tem contribuído para a atualização do processo brasileiro, de *lege lata*, atitude hermenêutico-processual que se constitui, não raro, em força normogênica.¹¹⁵

conhecimento válido que uma dada experiência social se torna intencional e inteligível. Não há, pois, conhecimento sem práticas e atores sociais. E como umas e outros não existem senão no interior de relações sociais, diferentes tipos de relações sociais podem dar origem a diferentes epistemologias. As diferenças podem ser mínimas e, mesmo se grandes, podem não ser objeto de discussão, mas, em qualquer caso, estão muitas vezes na origem das tensões ou contradições presentes nas experiências sociais sobretudo quando, como é normalmente o caso, estas são constituídas por diferentes tipos de relações sociais. No seu sentido mais amplo, as relações sociais são sempre culturais (intraculturais ou inter-culturais) e políticas (representam distribuições desiguais de poder). Assim sendo, qualquer conhecimento válido é sempre contextual, tanto em termos de diferença cultural como em termos de diferenças políticas, os conhecimentos sociais são constituídas por vários conhecimentos, cada um com os seus critérios de validade, ou seja, são constituídas por conhecimentos rivais” (SANTOS, Boaventura de Sousa et alii (org.). Epistemologias do sul. Introdução. São Paulo: Cortez, 2010, p. 15-6).

115 Foi o que percebi, de forma muito intensa, ao estudar as mudanças propostas pelas leis processuais de 2005 e 2006

Assim, as diferenças de entendimento em matéria processual constituem apenas uma expressão da liberdade de pensamento na construção dos saberes jurídicos, tal como sucede com o direito material, terreno onde não se nega a validade das pluralidades de entendimento.

Longe de se constituir uma disfuncionalidade, essa rica experiência, comumente marginalizada na construção dos “manuais” de processo, deve se integrar à epistemologia processual, em ordem a permitir não somente o descobrimento do “estado da arte” da ciência processual, como também fomentar uma investigação mais complexa das instituições jurídicas e judiciárias.

Nesse sentido, a *indução* passa a ocupar uma posição de destaque na metodologia processual, na medida em que, como defendia Benjamim Nathan Cardozo, bons precedentes, estabilizados no tempo, podem se constituir regras gerais para aplicação do Direito (cf. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, *passim*).

E essa epistemologia há que ser considerada em especial nos tempos que respiramos, em razão dos contemporâneos aportes normativos, de cariz aberto, que carecem de densidade e convidam os atores que integram a *sociedade aberta de intérpretes* (Härbele) a produzir saberes no esforço da concretização das normas aplicáveis aos casos concretos. Isso implica, no campo processual, violação à segurança jurídica?

Refletindo a respeito desses novos aportes de interpretação e o problema da certeza jurídica, Gustavo Zagrebelsky destaca:

“Aunque todo ello comporta efectos negativos para la certeza del derecho, hay que tener claro que éstos non son una anomalia, sino una consecuencia de los sistemas jurídicos actuales [...] La fijeza, que es un aspecto de la certeza, ya no es, por tanto, una característica de los actuales sistemas jurídicos y el déficit de certeza que de ello deriva no podría remediarse con una teoría de interpretación más adecuada [...] La certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incessante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas” (El derecho dúctil. 6ª. ed. Madrid: Trotta, 2005).

Nesse passo, o estudo do chamado *princípio da adequação formal*, de origem no Direito Comparado, é uma valiosa ferramenta de investigação sobre o tema da ductibilidade processual e seus saberes agregados, como a segurança jurídica e legitimidade democrática da atuação dos intérpretes.

ao Código de Processo Civil. Chega mesmo a surpreender a quantidade de positivações de práticas processuais já em largo uso, inclusive constituindo matéria sumulada por tribunais (cf. CHAVES, L. A. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo. LTr: 2007, 3ª. ed.).

Para os propósitos desse ensaio, indicarei algumas primeiras tentativas de disciplina legal sobre a matéria, para, em seguida, expor o caso português e a posição do instituto da adequação procedimental na proposta do novo CPC (PLS n. 166/2010).

2 A ADEQUAÇÃO FORMAL NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Nos domínios do chamado “Brasil real”, a *adequação procedimental parece que sempre ocupou um lugar de destaque*, notadamente, como vimos, em razão da própria natureza do processo de interpretação e aplicação dos institutos jurídicos.

Sendo o Direito um domínio da linguagem, segue suas características semióticas, pois o signo é essencialmente plurívoco e a semântica de seus termos está jungida ao contexto do intérprete, sempre envolto às tensões entre a tradição e o texto, entre a pré-compreensão e os valores em jogo, elementos de que se constitui o chamado *círculo hermenêutico* (Gadamer).

Assim, só mesmo em apego a um *ancient* conceitualismo se pode imaginar a existência de um processo monolítico, estático, mercê apenas das reformas legislativas de aperfeiçoamento.

Vejamos, por exemplo, o que sucedeu com o instituto dos *embargos de declaração*. Sua disciplina legal (art. 535 e ss., CPC) não prevê a oportunidade de contraditório a ser exercido pela parte adversa. A rigor, nem mesmo seu potencial infringente é legalmente considerado na lei processual comum¹¹⁶. Nada obstante, construiu-se sólida jurisprudência em torno da concretização do exercício do contraditório na hipótese de estar presente potencial efeito modificativo da pretensão declaratória.

Colho, a respeito, precedente do Supremo Tribunal Federal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE SEU ACOLHIMENTO, QUANDO REVESTIDOS DE CARÁTER INFRINGENTE – NECESSIDADE, CONTUDO, EM TAL HIPÓTESE, DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DA PARTE EMBARGADA, EM RESPEITO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO – SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA QUE JUSTIFICA O PROVIMENTO, NA ESPÉCIE, COM EFEITO MODIFICATIVO, DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS – CONSEQÜENTE REFORMA DO ACÓRDÃO QUE REFERENDOU DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE HAVIA CONCEDIDO PROVIMENTO CAUTELAR EM FAVOR DO DISTRITO FEDERAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS – INCOGNOSCIBILIDADE, CONTUDO, POR INADMISSÍVEL, DE “AGRAVO REGIMENTAL” DEDUZIDO CONTRA JULGAMENTO COLEGIADO PROFERIDO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AC 2639 MC-REF-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe-053 DIVULG 21-03-2011

116 No Direito Processual do Trabalho, há norma recente a respeito, o que reforça a ideia já assentada do caráter normogenético da atividade de interpretação e aplicação da legislação processual. Trata-se do § 2º do art. 897-A, inserido pela Lei Federal 13.015/2014, com seguinte teor: “*Eventual efeito modificativo dos embargos de declaração somente poderá ocorrer em virtude da correção de vício na decisão embargada e desde que ouvida a parte contrária, no prazo de 5 (cinco) dias*”.

PUBLIC 22-03-2011 EMENT VOL-02486-01 PP-00001).

Outro exemplo que me parece igualmente eloquente diz respeito à interpretação e aplicação da Lei n. 11.672/2008, que inseriu no CPC o art. 543-C. Deparando-se com um pedido de desistência do recurso, formulado pela parte recorrente do processo afetado como sendo o *representativo da controvérsia*, a Corte Especial enfrentou um problema relacionado com a tensão entre o direito subjetivo/potestativo da parte recorrente e outros valores processuais, como o contraditório cooperativo e a eticidade processual, decidindo que, afetado o apelo como representativo, não subsiste mais o direito à simples desistência do recurso, previsto no art. 501 do CPC.

Eis a ementa da decisão, tomada em questão de ordem, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal.

- É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ.

Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ . (QO no REsp 1063343/RS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Corte Especial, julgado em 17/12/2008, DJe 04/06/2009).

Para os efeitos deste ensaio, creio que esses dois exemplos são marcantes a indicar que, mesmo a partir das instâncias superiores, a ciência processual mostra uma enorme necessidade/capacidade de adaptação aos problemas contemporâneos, valendo-se de fontes diversas para a construção de soluções que se mostram mais ajustadas ao caso concreto.

E, desde que essas soluções sejam objeto de fundamentação jurídica bastante e com correção (art. 93. IX, CF), não me parece que se possa contra elas lançar, pelo menos em linha de princípio, déficit de legitimidade.

Há outros institutos, no processo comum e no processo do trabalho, que indicam essa mesma qualidade de ductibilidade, merecendo destaque eminentemente ilustrativo: a) os aportes atinentes à carga dinâmica da prova; b) regras de competência territorial, inclusive nas ações coletivas; c) as práticas de ajuste do processo às plataformas eletrônicas de tramitação processual; d) o instituto da penhora “on line”, nomeadamente antes da Lei n. 11.382/06.

No caso particular do processo do trabalho, merece destacar a profusão de adaptações procedimentais que exige a aplicação do rito sumaríssimo, introduzido pela

Lei Federal. 9.957/2000.

Insisto, portanto, que o debate em torno da adequação de procedimento não pode ficar limitado à sua previsão ou não pela ordem jurídica. É fundamental considerar, em qualquer investigação sobre o tema, os movimentos de ajuste procedimental, levados a efeito pela sociedade de intérpretes e aplicadores do direito processual, sob pena não só do empobrecimento da análise, mas principalmente pelo risco de considerar apenas o discurso da autoridade da legislação, como se ainda estivéssemos respirando uma metodologia positivista/legalista.

Por outro lado, é de se assentar – embora não seja o objetivo central desse ensaio – que esse exercício de adaptação procedimental não encontra restrição na Lei Fundamental brasileira, porquanto a concretização de novos (ou outros) passos na marcha processual não é incompatível com os direitos fundamentais processuais. Pelo contrário, de certo modo esse esforço, não raro, colima exatamente dar concretude à “vontade” de Constituição (Hesse), assegurando sua força normativa, quando busca assegurar a duração razoável do processo ou efetivo acesso à justiça, por exemplo.

Sobre o tema, observou Fernando da Fonseca Gajardoni:

“Não há incompatibilidade entre a flexibilização procedimental com o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), que, como aponta prestigiosa doutrina, é base sobre a qual todos os demais princípios constitucionais se sustentam (contraditório, ampla defesa, juiz natural, publicidade, litude das provas, dever de motivação das decisões judiciais, etc.) [...] Exatamente por isso, a adequação do procedimento abstratamente e rigidamente previsto em lei às peculiaridades ligadas ao direito material, caso a caso, acaba por favorecer o princípio do devido processo legal ao invés de esmorecê-lo. De fato, o devido processo constitucional é princípio de duplo sentido: material (*substantive due process*) e formal (*procedural due process*) (*Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 100-1)

Nota-se, assim, que o fundamento da adequação formal ou procedimental está assentado em bases constitucionais, já que a *ratio* de sua consideração e aplicação não é a negação de direitos fundamentais, mas, ao contrário, a sua concretização, como procurei assentar em outra oportunidade:

“Vale dizer que também na esfera processual, há estreita relação entre os direitos fundamentais e a técnica processual. Esta nada mais representa do que uma ferramenta de realização daqueles, em cujo catálogo está inclusive inserido o direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

O novo ambiente constitucional demanda do intérprete, portanto, uma diferenciada forma de tratar das questões processuais, máxime quando se tem em conta que o exercício contemporâneo da jurisdição se depara, progressivamente, com déficits de proteção processual, em função da “inoperância legislativa ou da inércia geral do Direito legislado, o que impede que as normas se desenvolvam avante em correspondência com a dinamicidade inerente aos fatos sociais, conduzindo inevitavelmente ao caráter lacunoso da ‘lex lata’” (ALEIXO, 2007) [...] Nesse

contexto, a efetividade dos direitos fundamentais demanda do Estado-Juiz uma atenção toda especial, permitindo, em determinados casos, a direta aplicação daqueles preceitos na conformação da técnica processual, ainda que envolva normas processuais constitucionais, hipótese para qual há de se valer o intérprete e aplicador do Direito da técnica de ponderação de valores e interesses contidos na própria Constituição Federal, conforme o caso concreto [...]

Assim, é possível admitir a ductibilidade procedimental em homenagem a essa relação entre direitos fundamentais (inclusive os processuais, como o acesso à justiça, o direito de efetivação da tutela jurisdicional em tempo razoável, dentre outros) sem que, com essa tomada de posição, comprometa-se a segurança jurídica, pois esta idéia, no panorama de um sistema jurídico-processual orientado por valores e princípios, não pode ter a mesma feição de rigidez inerente ao positivismo jurídico, recorte metódico do Direito do qual a sociedade atual vem guardando cada dia mais distância” (CHAVES, L. A. ‘Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho’. In. CHAVES, L. A. (org.). *Curso de Processo do Trabalho*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 48-9).

No tocante à adequação formal como instituto jurídico pré-existente, a situação brasileira mostra grande resistência em positivá-lo, ao contrário do que já sucedeu em outros países de tradição jurídica semelhante.

Ainda que tenha havido alguns pequenos avanços temáticos e pontuais, como sucedeu, por exemplo, com a nova disciplina da efetivação das obrigações de fazer e não-fazer e de entregar coisa certa (arts. 461 e 461-A do CPC), onde está presente o rito das medidas inominadas de efetivação, o certo é que tem sido nossa tradição uma arquitetura processual mais hermética e rígida, a qual parece sempre pretender dar conta da realidade, como se o “Brasil real” fosse legatário dessa pretensão e suas demandas e necessidades ingenuamente contidas em suas fórmulas pré-existentes.

Sob o ponto de vista legislativo, pois, recorro uma das primeiras iniciativas de se estabelecer um marco legal de ductibilidade, apoiado nas influências sopradas pelo direito comparado. Refiro-me ao anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos, apresentado no âmbito do Ministério da Justiça, com a colaboração do Instituto Brasileiro de Direito Processual, o qual, em uma de suas disposições finais, estabelecia que: “*este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata*”.

Sobre o tema, dispôs a exposição de motivos do anteprojeto algumas linhas que merecem registro:

“Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, **mas, sobretudo, mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual.** Na revisitação da técnica processual, são pontos importantes do Anteprojeto a reformulação do sistema de preclusões – sempre na observância do contraditório -, a reestruturação dos conceitos de pedido e causa de pedir – a serem interpretados

extensivamente – e de conexão, continência e litispendência – que devem levar em conta a identidade do bem jurídico a ser tutelado; o enriquecimento da coisa julgada, com a previsão do julgado “secundum eventum probationis”; a ampliação dos esquemas da legitimação, para garantir maior acesso à justiça, mas com a paralela observância de requisitos que configuram a denominada “representatividade adequada” e põem em realce o necessário aspecto social da tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando a proteção dos direitos fundamentais de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização”. (*grifos acrescidos*).

Note-se que o texto encaminhado ao Congresso Nacional, convertido no Projeto de Lei n. 5.139/2009, já não trouxe em seu corpo essa proposta. Mesmo assim, com os avanços que propunha para o processo coletivo – ainda carente de um sistema normativo mais denso e coerente -, a proposição não ultrapassou a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, onde foi rejeitada por apertada maioria, em 17.2.2010.

Já nessa altura, portanto, observa-se a resistência do “Brasil oficial” em admitir aquilo que os atores sociais não apenas praticam, mas, de certa forma, desejam, na medida em que a hermenêutica contemporânea não mais convive com a visão, quase metafísica, de completude do ordenamento jurídico; bem como objeta que os interesses de todos os jurisdicionados, por exemplo, sejam adequadamente enfrentados a partir de certa standardização de ritos processuais, os quais, muitas vezes, chegam a distanciar a prestação jurisdicional dos preceitos fundamentais, que, por suposto, deve concretizar.

Somente com a discussão para um novo código de processo civil no Brasil é que o tema voltou à ribalta e, ainda assim, como veremos, com poucos avanços.

3 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO FORMAL NO DIREITO PROCESSUAL PORTUGUÊS

Antes, porém, do exame das principais linhas do debate em torno do tema da adequação formal no projeto para um novo CPC no Brasil, creio ser de grande utilidade examinar a normatização do tema no direito processual português¹¹⁷, na medida em que esse exemplo costuma ser tomado como referência para a defesa de sua introdução formal (“Brasil oficial”) no nosso sistema normativo.

Em estudo específico sobre o tema da adequação formal no direito processual português, Gajardoni identificou que a reforma levada a efeito em meados dos anos 90 naquele país observou diretriz inserida nas normas internacionais de construção da União Européia, em especial a que objetiva “*a eliminação dos obstáculos à boa tramitação das acções cíveis, promovendo, se necessário, a compatibilidade das normas*

117 Sobre o instituto em Portugal e em outros países, cf. FUGA, Bruno. “O princípio da adequação no sistema brasileiro diante do projeto do novo código de processo do civil. Direito comparado de Portugal, França, Inglaterra e Nova Zelândia”. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6341>>. Acesso em: 29.10.2014.

de processo civil aplicáveis nos Estados-Membros” (art. 81, item 2 “f” do Tratado de Funcionamento da União Europeia)¹¹⁸ (cf. GAJARDONI, ‘O princípio da adequação formal do direito processual civil português. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 1, n. 11, Lisboa, 2012, p. 667. Disponível em: www.idb-fdul.com. Acesso em 31.10.2014).

Seguindo, portanto, essa diretriz, o Código de Processo Civil português de 1961 sofreu importantes atualizações, por intermédio do Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12-12-1995, que introduziu o art. 265.º-A, dispondo sobre o *princípio da adequação formal*, nos seguintes termos:

“1 - Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente e **com o acordo das partes**, adaptar o processado.

2 - Na execução da atribuição referida no número anterior, determina o juiz a realização dos actos que melhor se adequem ao apuramento da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem manifestamente inidóneos para o fim do processo”. (grifos acrescentados)

Colhe-se, da exposição de motivos, as razões para a alteração, com destaque para o propósito de assegurar a instrumentalidade do processo:

“ter-se-á de perspectivar o processo civil como um modelo de simplicidade e de concisão, apto a funcionar como um instrumento, como meio de ser alcançada a verdade material pela aplicação do direito substantivo, e não como estereótipo autista que a si próprio se contempla e impede que seja perseguida a justiça, afinal, o que os cidadãos apenas pretendem quando vão a juízo” Daí porque “o direito de acesso aos Tribunais envolverá identicamente a eliminação de todos os obstáculos injustificados à obtenção de uma decisão de mérito, que opere justa e definitiva composição do litígio, privilegiando-se assim claramente a decisão de fundo sobre a mera decisão de forma” (*apud* GAJARDONI, 2012, p. 6672).

E precisamente quando à adequação, a exposição de motivos sublinha o seguinte propósito: “*obviar-se a que regras rígidas de natureza estritamente procedimental possam impedir a efectivação em juízo dos direitos e a plena discussão acerca da matéria relevante para propiciar a justa composição do litígio*” (*apud* GAJARDONI, 2012, p. 6674).

Como se pode observar, a ductibilidade procedimental prevista, pela redação primitiva do dispositivo legal, subsumiu sua concretização à aquiescência das partes, requisito que, a par da litigiosidade própria do contencioso, poderia comprometer a própria faticidade da norma.

Seguramente em razão desse obstáculo, redação do dispositivo, com vigência agendada para 01 de março de 1996, foi alterada pelo Decreto-Lei nº 180/96, que dispôs sobre o instituto da seguinte forma: “*Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, **ouvidas as***

118 Disponível em: < http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf>. Acesso em 28.11.2014.

partes, *determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem com o as necessárias adaptações*” (grifos acrescentados).

Nota-se, assim, uma correção no desenho do instituto, a fim de assegurar o carácter inquisitório e judicial da adaptação procedimental, mas com prévio oferecimento dos termos do ajuste de rito ao contraditório, permitindo, assim, que as partes exerçam seu direito de manifestação nos autos.

Sobre essa mudança de rumos, pontuou Gajardoni:

“Da comparação das diferentes redações resulta que o princípio da adequação formal, na versão inicial do Decreto-Lei n. 329-A/95, havia procedido a uma drástica limitação da aplicação do dispositivo, ao condicioná-lo à existência de um acordo entre as partes. Tal limitação arriscava-se a esvaziá-lo de utilidade prática, por ser manifesta a sua dificuldade de, em situações controvertidas, obter referido acordo dos contendores. Além disso, a disposição dava a entender que aos litigantes era lícito criar uma forma processual alternativa à instituída por lei, algo que não foi a intenção primitiva do legislador lusitano” (GAJARDONI, 2008, p. 125).

Sobreveio, então, a Lei n. 41/2013, que instituiu o novo código processual civil de Portugal, o qual, a par de revogar o texto anterior, como sói suceder, manteve o instituto da *adequação formal*, com a seguinte redação, agora sob o art. 547: “*o juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo*”.

O texto atual, mais simples e objetivo, não se distancia dos propósitos substanciais da(s) redação(ões) anterior(es), e, ainda que não preveja mais a prévia audiência das partes quanto ao ajuste procedimental, nada impede que o juiz condutor o faça.

Essencial é perceber que o princípio da adequação formal “*vem romper com o apertado regime da legalidade das formas processuais*” (GAJARDONI, 2008, p. 126), ao passo em que, se admitido, *como princípio irradiado do direito comparado*, em nosso sistema de forma pacífica, pode colaborar para dissipar as alegações de disfuncionalidade que normalmente se dirigem contra decisões de ajuste de rito, amiúde timbradas como violadoras do devido processo legal, ainda que, substancialmente, atendam melhor às especificidades da causa e, portanto, aos preceitos constitucionais de distribuição da justiça.

Isso não quer dizer, de outro ângulo, que um processo tocado sob os auspícios de uma adequação formal deixe de observar as garantias processuais fundamentais, não somente por não poder se constituir como regra na gestão processual das demandas que tramitam perante determinado Juízo, como também por acabar negando a eficácia da

cooperação processual que o instituto inspira.¹¹⁹

Creio, no entanto, que o instituto somente mostrará envergadura de efetividade se houver igual avanço na mentalidade dos intérpretes e aplicadores da lei processual. Com efeito, processo judicial é uma representação de um jogo de *poder*, no sentido que lhe empresta Michel Foucault, em razão do qual nem sempre (ou quase nunca) convergem seus atores para um vetor de celeridade, eficiência e efetividade.

Por isso, merecem atenção os estudos de Boaventura de Sousa Santos sobre a morosidade processual, cuja vertente “morosidade ativa” tem muito a ver com os atos e posturas das partes (e do juiz, igualmente).¹²⁰

Quanto a esse tema, ainda merece destaque a informação de que, no cenário português, o princípio da adequação formal *tem merecido aplicação, por parte da jurisprudência, em todos os ramos da Justiça, inclusive o tributário, trabalhista, penal e administrativo* (cf. GAJARDONI, 2012, p. 6680).

4 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO FORMAL NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como já procurei destacar, o debate em torno da introdução normativa do princípio da adequação formal no direito processual brasileiro ganhou novo capítulo no decorrer dos trabalhos da comissão designada, no âmbito do Senado Federal, a oferecer um anteprojeto de um novo CPC.

Certamente, em função de todo o acúmulo teórico da comunidade científica processual, iluminada por uma práxis judiciária que não nega a ductibilidade procedimental, o instituto integrou a redação do anteprojeto e da redação original do PLS 166/2010, nas seguintes passagens e dispositivos:

Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz

“Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

.....
.....

V- adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa;

.....
.....

Art. 151. Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

119 Quanto aos limites apresentados pela literatura processual ao instituto da adequação formal, ver GAJARDONI, 2012, p. 6675 e seguintes.

120 Sobre o tema, descrevi algumas características e exemplos em CHAVES, L. A. *Estudos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 253 e ss.

§ 1º Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste.”

Nota-se que a proposição não se distanciava muito das linhas gerais do instituto no CPC português, na medida em que admite expressamente o ajuste procedimental, desde que observado os direitos processuais fundamentais.

Nada obstante, o tema sofreu grande rejeição durante o início de sua tramitação.

A Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de São Paulo, divulgou, em novembro de 2010, manifesto contra o projeto, de cujo conteúdo colho os seguintes trechos para os propósitos deste ensaio:

“Parece-nos uma grande ilusão achar que será possível mudar a realidade da nossa Justiça Civil, do dia para a noite, apenas com alterações da disciplina processual, sem que enfrentemos decisivamente as grandes questões administrativas subjacentes, salvo, é claro, se partirmos para a criação de um processo do tipo autoritário como o que vem sendo desenhado e que permite ao órgão jurisdicional a adaptação do procedimento, retira o efeito suspensivo das apelações e admite a concessão de cautelares sem a ferramenta do processo cautelar. Tais propostas, ao lado de tantas outras de caráter autoritário, ferem garantias do cidadão e, como conseqüência, a própria democracia brasileira estará em perigo se o preço da rapidez e da agilidade processual for a criação de um juiz de primeira instância com poderes tão amplos” (Disponível em: www.oabsp.org.br. Acesso em 27.11.2014).

Possivelmente, em razão dessas vozes contrárias à incorporação do instituto ao texto no novo código do processo comum, a previsão de uma possibilidade de ajuste procedimental mais elástico foi suprimida do texto da redação final do projeto no Senado Federal, que reduziu o alcance do ajuste procedimental apenas no que se refere: a) a dilatação de prazos; b) alteração da ordem de produção de provas; e c) a distribuição do ônus da prova.

Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz

Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico;

Das provas

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório,

distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

.....

.....

Durante a tramitação perante a Câmara dos Deputados, então tombado o projeto sob o n. PL 8046-B, não houve substanciais mudanças, ficando a redação final do texto, na parte em que envolve o instituto, da seguinte forma:

Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

.....

.....

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

.....

.....

Das provas

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

.....

.....

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

.....

.....

Como se pode concluir, os avanços propostos até aqui com o projeto, *que aguarda manifestação final do Senado Federal sobre as alterações imprimidas pela Câmara dos Deputados*, são tímidos, na medida em que:

a) a dilação de prazos já tem se constituído em prática comum nos órgãos judiciários (projeção do “Brasil real”), uma vez que o volume processual não justifica a exigência dos prazos mínimos legais, já que nada vai suceder, de ordinário, em 5 ou 10 dias.....;

b) a ordem da produção da prova já recebe, na dinâmica forense, o influxo do bem jurídico tutelado. Não há sentido, por exemplo, exigir-se que um empregado, acusado de falta grave, seja processualmente instado a provar sua inocência antes de o réu apresentar suas provas;

c) no geral, o ônus da prova já observa, há muito, *o princípio da carga dinâmica da prova*.¹²¹

¹²¹ Sobre o tema, confira-se os seguintes arestos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CLINICA. CULPA. PROVA. 1. Não viola regra sobre a prova o acordo

Como se vê, portanto, a chegada de um novo CPC, a ser mantida a redação em destaque, não é animadora para a aproximação das instâncias normativa e judiciais no que se refere à ductibilidade procedimental.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fundamentos e argumentos lançados neste ensaio permitem concluir que a atividade do intérprete e aplicador do direito processual não está permeada em bases hermenêuticas distintas daquele que reflete sobre a aplicação de normas de direito substancial.

As limitações do texto normativo, ontologicamente impregnadas à natureza da linguagem, e os contextos semióticos de aplicações dos preceitos jurídicos, dão o contorno da essencialidade da atividade interpretativa de qualquer sistema de regras e princípios jurídicos.

No contorno atual dos sistemas tomados em referência, a abertura dos textos e dos preceitos do Direito, a partir, inclusive, do influxo dos direitos fundamentais no campo processual, faz recrudescer uma maior interpretação criativa e adaptativa do intérprete.

No caso do Processo do Trabalho, por exemplo, o que dizer do enfrentamento das suas novas competências diante de uma legislação processual infraconstitucional pré-constitucional? Como tutelar, por exemplo, pretensões de indenização por danos morais e materiais decorrentes de doenças ocupacionais sem um

que, além de aceitar implicitamente o **princípio da carga dinâmica da prova**, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clinica, inicialmente procurada pelo paciente. 3.

Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilização da clinica e do medico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa a lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido (REsp 69.309/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18/06/1996, DJ 26/08/1996, p. 29688). (grifos acrescidos)

“PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL.

IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR. 1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo. 2. Ademais, **à luz da teoria da carga dinâmica da prova**, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 619.148/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/05/2010, DJe 01/06/2010). (grifos acrescidos).

“RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. TEMPO GASTO PARA TROCA DE UNIFORME. A questão relativa ao efetivo tempo gasto pela troca de uniforme foi decidida com correta distribuição do ônus probatório. Isso porque a presunção gerada pela confissão ficta não foi desconstituída pela prova documental colacionada. E nem poderia, por força da própria lógica das alegações contrapostas. A tese exposta na exordial é de que os controles de jornada não contemplavam o período gasto com a troca de uniformes. A simples juntada de controles de jornada, sem nenhum outro fato que desconstitua essa alegação, não desincumbe a reclamada de seu ônus probante. É aplicação clara do movimento pendular retratado na **teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova**. Recurso de revista não conhecido. [...] (TST, RR-1046300-40.2007.5.09.0015, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 30/05/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/06/2012). (grifos acrescidos).

toque de ajuste procedimental?

E mais: a rigor, o que a reflexão sobre o tema mostra, no contraste entre a legislação processual – irradiadora de uma quase metafísica rigidez – e a realidade dos juízos e tribunais, é um distanciamento que normalmente é visto com fenômeno disfuncional, quando, em realidade, deveria ser objeto de constante estudo e reflexão da hermenêutica processual.

Isso porque é a avaliação da correção dos fundamentos, utilizados nas diversas decisões de ajustamento procedimental, que constrói as *verdades consensuais* (Häbermas) sobre as quais se edificam os precedentes meritórios que acabam resultando em premissas normativas gerais (cf., sobre o tema, B. Cardozo).

É fundamental, assim, aproximar as instâncias do “Brasil oficial”, retratado pelo discurso de autoridade da lei (com profundas repercussões no ensino do Direito e na construção de um imaginário social sobre a ideia do que seja o conteúdo do preceito do devido processo legal) e o “Brasil real”, constituído pelas práticas sociais e judiciárias difusas, que, a rigor, dizem em maior medida para os atores sociais o que, ao fim e ao cabo, se constitui o acesso à justiça e a dinâmica dos órgãos judiciários de nosso país.

As lições do direito comparado, como sucede com o estudo do instituto no processo civil português, são valiosas para a construção dessa nova arquitetura conceitual e teórica do processo (de natureza) civil brasileiro.

No entanto, ao que se pode perceber ao longo da tramitação da proposta de um novo CPC, essas lições ainda estão distantes de serem incorporadas ao nosso sistema processual positivado.

Se o novo CPC lograr vida com essa visão de mundo, as duas realidades respirarão um novo clico de afastamento, e o “Brasil oficial” será apenas um simulacro desfocado da realidade processual e judiciária brasileira.

Referências

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CHAVES, L. A. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo. LTr: 2007, 3^a. ed.

_____. Estudos de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

_____. ‘Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho’. In.

CHAVES, L. A. (org.). *Curso de Processo do Trabalho*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FUGA, Bruno. *O princípio da adequação no sistema brasileiro diante do projeto do novo código de processo do civil. Direito comparado de Portugal, França, Inglaterra e Nova Zelândia*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6341>>. Acesso em: 29.10.2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. GAJARDONI, 'O princípio da adequação formal do direito processual civil português. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 1, n. 11, Lisboa, 2012, p. 665-85. Disponível em: www.idb-fdul.com. Acesso em 31.10.2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa et alii (org.). *Epistemologias do sul*. Introdução. São Paulo: Cortez, 2010.

SUASSUNA, Ariano. *Discurso de posse na Academia Brasileira de Letras (ABL)*. Disponível em: < <http://www.academia.org.br/abl>>. Acesso em 26.11.2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 6ª. ed. Madrid: Trotta, 2005.



COMISSÃO DA REVISTA

Desembargador EDUARDO SERGIO DE ALMEIDA - Presidente
Juíza HERMINEGILDA LEITE MACHADO
Juiz PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA

Secretária:

Denise Gomes Pereira de Melo
e-mail - comissaodarevista@trt13.jus.br

Colaboradores:

Auberlania Maria de Sousa Rocha
Denise Fátima Bezerra de Souza
Olavo Nóbrega de Sousa Júnior
Valéria Cristina Cunha Lima

Capa:

Alexandre Magno Neves de Melo
Omar Khayam Meira de Souza

Revista do Tribunal - TRT 13ª Região
v. 20, n.1 - 2014

Tribunal Regional do Trabalho - 13ª Região
Av. Corálio Soares de Oliveira, s/n - Centro
João Pessoa - PB - 58013-260
(83) 3533-6000 - www.trt13.jus.br