

Revista da

Escola da  
Magistratura  
**e**  
**EM**

## Tribunal Regional do Trabalho

2ª Região - São Paulo/SP

Almir Pazzianotto PINTO

Arnaldo Lopes SÜSSEKIND

Célia Regina Camachi STANDER

Celso Antonio Pacheco FIORILLO

Estêvão MALLET

Flávia PIOVESAN

José Augusto Rodrigues PINTO

Jorge Luiz Souto MAIOR

Marcos Neves FAVA

Oscar Ermida URIARTE

Pedro Paulo Teixeira MANUS

Salvador Franco de Lima LAURINO

Tércio Sampaio FERRAZ Júnior

Ano I - nº 01  
Setembro - 2006

---

## **PALAVRA DA PRESIDENTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

O Tribunal do Trabalho da 2ª Região é órgão do Poder Judiciário que tem primado pela consciência do dever de informar e empenho constante para fazê-lo com responsabilidade.

A Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região é peça propulsora nesse processo ao possibilitar o aprimoramento dos Juízes e Servidores nos cursos e palestras por ela coordenados, trazendo a todos a possibilidade de aprender e discutir sobre temas atuais e relevantes e que se referem ao Direito do Trabalho, sempre apresentados por personalidades de renome no mundo jurídico.

Destaque há que ser conferido às palestras realizadas à luz das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45 que, num momento de tantas alterações e discussões acerca da nova competência da Justiça do Trabalho, possibilitaram aos nossos Magistrados e Funcionários um foro único, em que puderam trabalhar o conceito e o caso concreto, auxiliados por inigualáveis palestrantes.

Assim, é com grande satisfação que apresento a “Revista da Escola da Magistratura”, do TRT/SP, contendo coletânea das conferências, cursos e palestras realizados nesta gestão, fruto do excelente trabalho realizado pela Coordenação da Escola da Magistratura – Juízes Lizete Belido Barreto Rocha, Carlos Roberto Husek, Salvador Franco de Lima Laurino e Patrícia Therezinha de Toledo.

***DORA VAZ TREVIÑO***  
*Juíza Presidenta do Tribunal*

---

**Revista da Escola da Magistratura do  
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**

**2006**

**DIREÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

Presidenta

**Juíza Dora Vaz Treviño**

Vice-Presidenta Administrativa

**Juíza Anelia Li Chum**

Vice-Presidente Judicial

**Juiz Pedro Paulo Teixeira Manus**

Corregedor Regional

**Juiz João Carlos de Araújo**

**DIREÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA**

Diretora

**Juíza Dora Vaz Treviño**

Coordenadores

**Juíza Lizete Belido Barreto Rocha**

**Juiz Carlos Roberto Husek**

**Juiz Salvador Franco de Lima Laurino**

**Juíza Patrícia Therezinha de Toledo**

Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

– nº 1 (set.2006) –

São Paulo

Semestral

Revista oficial do TRT da 2ª Região – São Paulo

Fórum Trabalhista “Ruy Barbosa”

Av. Marquês de São Vicente, 235 – 10º andar – Torre A

São Paulo / SP - 01139-001

Fone (11) 3525-9221

E-mail: [escmagistratura@trt02.gov.br](mailto:escmagistratura@trt02.gov.br)

---

## AGRADECIMENTOS

Com o lançamento de sua revista, a Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região tem a grata satisfação de divulgar trabalhos científicos produzidos em suas variadas atividades ao longo do biênio 2005/2006.

A publicação da revista atende aos anseios de juízes, advogados, servidores e estudantes que desejavam ter acesso aos textos das palestras que nesse período foram proferidas a convite da Escola.

Ao mesmo tempo, fomenta o debate sobre os temas selecionados e presta uma merecida homenagem a todos aqueles que dedicaram parte de seu tempo à concretização do ideal de aprimoramento da formação dos juízes.

Ao primeiro número, esperamos que se sigam outros, em ordem a consolidar esse importante instrumento de divulgação das atividades culturais promovidas pela Escola.

Agradecemos aos professores, servidores e a todos aqueles que de algum modo contribuíram para a realização do primeiro número da Revista da Escola da Magistratura do Trabalho da Segunda Região.

***Juíza Lizete Belido Barreto Rocha***  
*Coordenadora da Escola da Magistratura  
do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*

---

## SUMÁRIO

- “AS AÇÕES RELATIVAS ÀS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS IMPOSTAS AOS EMPREGADORES PELOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO – LEITURA DO ARTIGO 114, VII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA” <b>FAVA, Marcos Neves</b> .....	7
- “HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL” <b>FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio Ferraz</b> .....	20
- “A JUSTIÇA DO TRABALHO EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E A APLICAÇÃO DE SANÇÕES PENAIS AMBIENTAIS (LEI 9605/98) NO ÂMBITO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO” <b>FIORILLO, Celso Antonio Pacheco</b> .....	27
- “OS REFLEXOS DAS INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO DO TRABALHO” <b>LAURINO, Salvador Franco De Lima</b> .....	32
- “REFLEXOS DAS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO DO TRABALHO” <b>MAIOR, Jorge Luiz Souto</b> .....	41
- “O PROCESSO DO TRABALHO E AS RECENTES MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” <b>MALLET, Estêvão</b> .....	58
- “IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO - RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR” <b>MANUS, Pedro Paulo Teixeira</b> .....	69
- “COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NAS RELAÇÕES SINDICAIS, COLETIVAS E ADMINISTRATIVAS - DISSÍDIO COLETIVO, DIREITO DE GREVE, PENALIDADES ADMINISTRATIVAS, HABEAS CORPUS, HABEAS DATA E MANDADO DE SEGURANÇA” <b>PINTO, Almir Pazzianotto</b> .....	76
- “CONSTITUCIONALIDADE E SUPLETIVIDADE DO ARTIGO 285-A DO CPC” <b>PINTO, José Augusto Rodrigues</b> .....	84
- “DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS DA ORDEM INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA” <b>PIOVESAN, Flávia</b> .....	91
- “FRAUDE POR MEIO DE COOPERATIVA E DE CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA POR TRABALHADORES” <b>STANDER, Célia Regina Camachi</b> .....	105
- “DO AJUIZAMENTO DOS DISSÍDIOS COLETIVOS” <b>SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes</b> .....	112
- “A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NA EXPERIÊNCIA LATINOAMERICANA” <b>URIARTE, Oscar Ermida</b> .....	114

Marcos Neves Fava<sup>1</sup>

# AS AÇÕES RELATIVAS ÀS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS IMPOSTAS AOS EMPREGADORES PELOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO – LEITURA DO ARTIGO 114, VII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

1. Introdução. 2. Abrangência. 3. limitação: empregadores. 4. Importância da fiscalização na garantia dos direitos sociais. 5. Ações e matérias afeitas à nova competência. 6. Cobrança das multas. 7. Nótula procedimental 8. Certidões negativas de débitos perante o sistema do F.G.T.S. ou o INSS. 9. Trabalho escravo. 10. Conclusões.

## 1. Introdução.

A reforma do judiciário, implementada pela Emenda Constitucional 45, depois de mais de uma década de processo legislativo, transferiu para a competência da Justiça do Trabalho as ações relativas às penalidades impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações do trabalho.

Como razões da lei – *mens legis*, nunca *mens legislatoris* – para o deslocamento da competência de vários temas para a Justiça do Trabalho, três afiguram-se razoavelmente perceptíveis, a saber: a ampliação da proteção ao valor-trabalho, a busca de celeridade ou efetividade nas decisões em alguns temas e a tentativa de evitarem-se decisões conflitantes, a partir do mesmo fato.

Do artigo 114, o inciso em análise, o VII, enquadra-se nas três *ratios*.

A partir do sucesso reconhecidamente alcançado pela execução das contribuições sociais, inovação trazida pelo segundo parágrafo do artigo 114 da Constituição da República, pela emenda 20/1998, depois regulada pela Lei 10035, é fácil compreender que a atrativa e típica celeridade da Justiça do Trabalho figure como motivo para a transferência da execução das penalidades administrativas, com eficaz recolhimento das multas aplicadas pela fiscalização do trabalho. Há aqui evidente interesse da União, no recolhimento dos valores impostos aos transgressores da legislação trabalhista, o que não vem, historicamente, sendo bem realizado pela Justiça Federal, premida pelo abarrotamento de processos.

Antes da modificação constitucional em análise, comum que o mesmo fato ensejasse duas diferentes decisões judiciais, ambas válidas, embora conflitantes. O empregador que não recolhia o F.G.T.S. sobre determinada parcela da remuneração do empregado, porque a qualificava como indenizatória, poderia sofrer autuação da fiscalização, que seria

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho Substituto em São Paulo, mestre em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), professor de processo do trabalho da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, diretor de ensino e cultura da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, ANAMATRA (biênio 2003-2005).

solvida pela Justiça Federal, e, sobre o mesmo tema, reclamação trabalhista do interessado, perante a Justiça do Trabalho. Cada uma das unidades judiciais prolataria, sem nenhuma conexão entre as decisões, sua sentença, sendo plausível que a Fiscalização não conseguisse atingir o convencimento do magistrado federal, quanto à natureza salarial da paga em guereio, enquanto o reclamante lograsse sucesso na Justiça do Trabalho, auferindo o recebimento do F.G.T.S. sobre o mesmo título. O sistema repudia, a bem da segurança das relações jurídicas, a contradição, de algum modo afastada com a Emenda Constitucional 45. A mesma justiça, a do trabalho, decidirá a reclamação trabalhista e a ação de impugnação ao auto de infração administrativo.

A mais importante razão que se vislumbra para tal abrangência, no entanto, encontra-se na proteção do valor-trabalho, em transcendência à proteção do valor-trabalho-subordinado. Na história das relações trabalhistas, a legislação que se firmou visa à proteção do trabalho subordinado, porque esta era forma típica de contratação nas décadas de seu surgimento e dos primeiros passos de sua evolução. A C.L.T. protege o empregado, não outro trabalhador, porque à época de sua promulgação, todo trabalho, ou quase todo, era subordinado. Formas variegadas de organização empresarial tomaram espaço no cenário das relações entre capital e trabalho, com o curso dos anos, de forma a atingir-se, hoje, enorme gama de alternativas maneiras de contratação: cooperativa, trabalho autônomo, o avulso, a organização jurídica unipessoal, o consultor, o terceirizado, “quateirizado” etc, o franqueado, o distribuidor, e tantas outras. A Emenda Constitucional 45, transferindo para a Justiça do Trabalho toda e qualquer lide decorrente das relações de trabalho, avança no tempo, estendendo ao trabalhador a proteção eficaz que merece. Afinal, sem que se consultem os princípios protetivos do direito do trabalho – *in dubio pro operario*, condição mais favorável e lei mais benéfica – é certo que a Justiça do Trabalho representa, em comparação com os demais ramos do Judiciário, espaço de raro e pleno exercício da cidadania, traduzido por sua simplicidade, pela fácil aplicação da inversão do ônus da prova e pelo caráter aprioristicamente gratuito do aforamento das reclamações. Resume com clareza esta intenção Paulo Luiz Schmidt: “ao trazer para a Justiça do Trabalho as demandas decorrentes das mais variadas e diferentes relações de trabalho, não está alterando apenas o lugar e o juiz perante o qual apresentará a sua reclamação. Está alterando, isso sim, a forma de enfrentar o problema da desproteção social em muitos aspectos”<sup>2</sup>.

Interpretadas, analisadas e decididas as impugnações em Juízo, formuladas por empregadores autuados por violação às regras da legislação do trabalho, por Juiz do Trabalho, as lides obterão julgamentos mais céleres, execuções mais eficazes e, por via de consequência, a própria legislação do trabalho sairá do processo histórico mais fortalecida.

Limita-se este artigo ao redor da nova atribuição competencial instituída pelo inciso VII do artigo 114 da Constituição da República, com redação da Emenda Constitucional 45 de 8 de dezembro de 2004.

## 2. Abrangência.

*Ab initio*, cumpre ver que a tarefa entregue à Justiça do Trabalho pelo inciso em análise vazou-se nos seguintes termos:

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

A redação, equívoca como caracteristicamente ocorre com a produção legislativa

<sup>2</sup> “Os Direitos Sociais do Artigo 7º da C.F. – Uma Nova Interpretação no Judiciário Trabalhista”, in COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos Neves, Nova Competência da Justiça do Trabalho, LTR, São Paulo: 2005, página 307.

brasileira, sugere que apenas as “penalidades administrativas” já impostas pelos órgãos de fiscalização transferiram-se à competência da Justiça do Trabalho. A efetividade da interpretação das normas constitucionais, que se baseia numa hermenêutica material, e não formal<sup>3</sup>. Estêvão Mallet, apercebendo-se da inconsistência de qualquer interpretação gramatical, adverte: “nem a referência apenas a penalidades administrativas se justifica. Não deve e não pode, aliás, ser entendida de modo estrito”<sup>4</sup>

Os atos da administração, nas tarefas de regulação e fiscalização das relações do trabalho, passaram à competência da Justiça do Trabalho.

Se, inequivocamente, o auto de infração imposto ao empregador por falta da autorização a que se refere o artigo 71, parágrafo terceiro da C.L.T. (para redução do intervalo de refeição) terá impugnação patronal resolvida pela Justiça do Trabalho, não impossível conceber que a negativa do Delegado Regional do Trabalho em conceder tal autorização – ou sua omissão em despachar o requerimento – seja, por ausência de imposição de multa, até então, transferida para competência da Justiça Federal. Cisão indesejável e casuística da competência, a militar, apenas, em desfavor da racionalidade da ordem jurídica.

Em lugar de “penalidades”, pois, a interpretação mais adequada sugere a leitura de “atos” dos órgãos de fiscalização das relações do trabalho, hermenêutica de conseqüências bem mais abrangentes. Abonando tal conclusão, vem o inciso IV do mesmo artigo 114 da Constituição da República, reformado pela EC 45, atribuir à Justiça do Trabalho ocupação para decidir os *mandamus* relativos à em matéria de “sua jurisdição”.

Outro aspecto abrangente do inciso em estudo condiz com os órgãos afetos à fiscalização do trabalho. De princípio, fiscalizam tais relações os auditores fiscais do trabalho<sup>5</sup>, integrantes do Poder Executivo, vinculados ao Ministério do Trabalho e Emprego e, em âmbito local, às delegacias regionais do trabalho. Ocorre, no entanto, que não apenas tais servidores federais têm atribuições relativas à fiscalização das relações do trabalho, mas também os fiscais do Instituto Nacional de Seguridade Social que, por força de instrução normativa<sup>6</sup>, cuidam de apurar ilícitos que se relacionem com a remuneração, qualificando, por exemplo, as parcelas componentes dos pagamentos feitos pelo empregador aos trabalhadores, ou, ainda, com a existência de vínculo de emprego mascarado por outras roupagens jurídicas, como o contrato de cooperativa ou a mão-de-obra autônoma. Matérias nuclearmente ligadas à fiscalização das relações do trabalho. Ao lado dos dois últimos, perfilha-se também a Caixa Econômica Federal, órgão operador<sup>7</sup> do Fundo de Garantia, que atua na fiscalização e imposição de penalidades aos sujeitos passivos das obrigações oriundas na lei 8036, da mesma forma vinculadas à relação de trabalho.

Atos administrativos, no âmbito da fiscalização das relações do trabalho, das delegacias regionais do trabalho, do ministro do trabalho e emprego, ou as secretarias a ele subordinadas, dos auditores fiscais do trabalho, dos fiscais do INSS e da Caixa Econômica Federal inserem-se, numa recomendável leitura abrangente da mudança constitucional, no

<sup>3</sup> Flávia Piovesan expressa-se contundentemente: “Na hermenêutica dos direitos, há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana”. “Reforma do Judiciário e Direitos Humanos”

in TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora, Reforma do Judiciário analisada e comentada, São Paulo: Método, 2005, página 75.

<sup>4</sup> “Apontamentos Sobre a Competência da Justiça do Trabalho”, in TAVARES, André Ramos, LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora, Reforma do Judiciário analisada e comentada, São Paulo: Método, 2005, página 366.

<sup>5</sup> Cuja carreira regula-se pela lei 10593/2002.

<sup>6</sup> DC/INSS nº 100 de 09/12/2002.

<sup>7</sup> Lei 8036, artigos 7º e 8º.

universo da competência da Justiça do Trabalho. Proceder interpretação diversa implicará inadequado fatar da organização judiciária, em proveito apenas – e se chegar a ser proveito – dos infratores da legislação trabalhista.

### 3. Limitação: empregadores.

Por inexplicável equívoco de legislação, o inciso VII, contrariando toda a amplitude alcançada pelos demais dispositivos do artigo 114, em sua nova redação, limita o âmbito de atuação da Justiça do Trabalho apenas aos empregadores, no que tange às penalidades administrativas.

Nenhum outro tomador de serviços terá incluído na competência da Justiça Laboral seu litígio de impugnação aos atos administrativos da fiscalização. Assim é que, numa determinada unidade produtiva, encontrada irregularidade no recolhimento de F.G.T.S., tanto de empregados, quanto de diretores estatutários<sup>8</sup>, a penalidade que venha a ser imposta submeter-se-á a dois litígios, um do empregador contra o órgão agente, perante a Justiça do Trabalho, discutindo a legalidade da punição, no que tange aos trabalhadores subordinados, e outro, diante da Justiça Federal, questionando a validade do ato para os não subordinados.

Mesmo raciocínio impõe-se à cobrança da contribuição social devida ao INSS, incidente tanto sobre a remuneração do trabalhador subordinado<sup>9</sup>, quanto sobre as do cooperados ou terceirizados, cuja responsabilidade recaia sobre a mesma pessoa jurídica, a empresa fiscalizada. Para solução das impugnações administrativas que decorram de eventual atuação abrangente, necessárias serão diversas ações, as relativas aos empregados, na Justiça do Trabalho, as demais, na Justiça Federal.

O inconveniente, no entanto, ante a literalidade intransponível, *in casu*, do inciso, não pode ser solucionado por meio da hermenêutica. Mister alteração legislativa, de caráter constitucional, para que o dispositivo alcance a abrangência desejada.

A relação entre os órgãos de fiscalização de diversas profissões, *verbi gratia*: advocacia (OAB), medicina (CRM), assistência social (CRAS), odontologia (CRO), psicologia (CRP), engenheiros e arquitetos (CREA), e os profissionais não se inclui na competência em análise. Isto porque tais entidades não se relacionam com os respectivos filiados como empregadores. Os litígios oriundos dos atos de fiscalização profissional nas respectivas áreas de atuação solvem-se perante o Juízo Federal Comum, por força da natureza de autarquia federal das entidades fiscalizadoras.

### 4. Importância da fiscalização na garantia dos direitos sociais.

O cerne do contrato de trabalho – *retius*, contrato de emprego – identifica-se com a proteção. Pedra fundamental do direito do trabalho, esta diretriz traduz-se pelos princípios *in dubio pro operario*, condição mais benéfica e norma mais favorável. Seu escopo, no entanto, indistigável, diga-se logo, é o de proteger o empregado, figura menos suficiente na avença laboral e que, em regra, submete-se aos comandos patronais.

O sistema protetivo brasileiro apresenta, no entanto, uma grave lacuna, que o esmorece. Com efeito, embora a Constituição da República, há quase duas décadas tenha

<sup>8</sup> Autorização para recolhimento do F.G.T.S. sobre a remuneração dos diretores vem expressamente concedida pela lei 8036, como faculdade da empresa.

<sup>9</sup> A instrução normativa DC/INSS 100, em seu artigo 7º, § 3º, arrola como sujeitos passivos da obrigação previdenciária: I - o contribuinte individual, em relação ao segurado que lhe presta serviço; II - a cooperativa, conforme definido no art. 288; III - a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, inclusive o condomínio; IV - a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras; V - o operador portuário e o órgão gestor de mão-de-obra; VI - o proprietário do imóvel, o incorporador ou o dono de obra de construção civil, quando pessoa física, em relação a segurado que lhe presta serviço.

lançado, no inciso primeiro do artigo 7º a necessidade de proteção do emprego, garantindo-o, pela regra da estabilidade, para **todos** os trabalhadores, a respectiva e indispensável lei complementar não foi ainda elaborada.

Forças liberais, por certo, litigam contra a fixação desse parâmetro fundamental, resistindo o Congresso Nacional em atender o comando do constituinte originário e legislar o elo faltante da cadeia.

Sem esta estabilidade, a proteção ao trabalhador não pode ser plenamente alcançada pela via judicial, eis que a apresentação de postulação, em ambiente de desemprego fácil – basta ao empregador, se tanto, pagar a indenização, chamada *multa*, de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e realizar a rescisão – e de mercado com baixíssima oferta, resulta imediata demissão do operário. Em regra, pois, a experiência quotidiana da Justiça do Trabalho demonstra claramente, quem reclama é o desempregado, o demitido, aquele que, sem medo de eventual represália patronal, pode buscar tutela aos direitos amplamente reconhecidos pela própria Carta Política.

Disse-se, já, acertadamente, que isto leva a Justiça do Trabalho a ser a voz dos que saíram, a *exit voice*. No curso do contrato, para acertar as arestas, para corrigir o desmando, para coibir as ilegalidades, a Justiça do Trabalho pouco tem a fazer, mantendo-se à espera, na mesa fria do legista, para avaliar as condições do corpo contratual já morto.

A suma importância da fiscalização do trabalho decorre deste vácuo. Enquanto a Justiça está de mãos atadas, porque não demandam os que detêm emprego, a fiscalização – auditoria federal do trabalho – exerce o imprescindível papel de vistoria das condições de execução do contrato.

Ostenta, pois, função preventiva, função pedagógica, atuação independente de provocação e reiterada.

Função preventiva, porque pode, desde antes do estabelecimento funcionar, apontar as condições negativas ao empreendimento, como regula a C.L.T., artigo 160<sup>10</sup>. A intervenção do órgão estatal antes mesmo do funcionamento do estabelecimento representa, simbolicamente, a força preventiva da atuação fiscalizadora. Nada melhor, para a tutela dos interesses básicos da comunidade de trabalhadores, do que a prévia inspeção do local de trabalho.

Função pedagógica, porque o auditor está legalmente autorizado a prevenir o empregador do procedimento equivocado ou ilegal, antes de aplicar a punição prevista no ordenamento, nas hipóteses que a legislação o permita, como, por exemplo, as dos artigos 627 e 627-A<sup>11</sup>. Registre-se que esta norma vem revestida de profunda relevância, na medida em que abrange a incidência da regra ordinária do descumprimento normativo por desconheci-

<sup>10</sup> Art. 160. Nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho.

<sup>11</sup> Art. 627. A fim de promover a instrução dos responsáveis no cumprimento das leis de proteção do trabalho, a fiscalização deverá observar o critério da dupla visita nos seguintes casos:

- a) quando ocorrer promulgação ou expedição de novas leis, regulamentos ou instruções ministeriais, sendo que, com relação exclusivamente a esses atos, será feita apenas a instrução dos responsáveis;
- b) em se realizando a primeira inspeção dos estabelecimentos ou dos locais de trabalho, recentemente inaugurados ou empreendidos.

Art. 627-A. Poderá ser instaurado procedimento especial para a ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma a ser disciplinada no Regulamento da Inspeção do Trabalho. (NR) (Artigo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001)

mento, estampada na lei de introdução ao código civil, artigo 3<sup>o</sup><sup>12</sup>. Benéfica ao resultado positivo da incidência dos atos da fiscalização, porque faz do auditor, de início, um colaborador do contratante.

Outro traço relevante da fiscalização do trabalho consiste na atuação *ex officio* da auditoria fiscal do trabalho. Sem denúncia, a Delegacia Regional do Trabalho enceta fiscalização ordinária e freqüente – na medida da disponibilidade de suas parcas forças, é bom que se reconheça – aos estabelecimentos sob sua jurisdição administrativa. Fá-lo, também, a partir de ofícios judiciais, expedidos com base no artigo 40 do código de processo penal, ao constar o magistrado fato contrário às regras trabalhistas, e, ainda, como consequência de denúncia não identificada, isto é, com a proteção do sujeito denunciante. Impagável é o resultado do exercício de tal prerrogativa, porque, em eficácia muito superior à intervenção judicial, o agente fiscal pode constatar o desvio, aplicar a multa e, retornando em tempo de acompanhamento, de monitoração, reiterar a punição, em caso de reincidência.

Releva notar que a reiteração dos atos fiscalizadores soma-se ao quadro já exposto como mecanismo fortíssimo de inibição, na medida em que dois ou mais autos de infração, ainda que tirados do mesmo ilícito, podem processar-se simultaneamente, sem desrespeito ao direito de defesa do autuado, mas funcionando como estímulo positivo ao abandono das práticas deletérias.

Outorgar maior eficácia à fiscalização é fundamento para deslocar-se a competência da matéria para a atuação da Justiça do Trabalho, como já visto.

A celeridade da Justiça do Trabalho, que, em regiões de excesso de serviço, como a Segunda, com sede na capital de São Paulo, os prazos de tramitação dos feitos exauram-se em tempo infinitamente diminuto, comparados com os usuais na Justiça Comum e na Federal, cooperará com o fortalecimento dos atos da fiscalização. Se, sob a égide da Justiça Federal, a impugnação dos autos de infração resolviam-se em décadas, a tramitação dos mesmos feitos na Justiça do Trabalho não aplicará mais do que poucos anos, valendo, apenas a celeridade, como forte instrumento de incentivo à correção de rumos, e não, pelo contrário, como abono às atitudes ilegais dos empregadores.

De outro lado, enquanto o Juiz Federal vê-se rodeado de miríades de feitos relacionados com a contratação pública e com o direito tributário, deparando-se, por força da regra de competência pregressa, com autos de infração à legislação trabalhista, o Juiz do Trabalho encontra-se diuturnamente com a mesma matéria de fundo – aplicação das leis do trabalho – em suas decisões quotidianas, nas reclamações individuais, nos dissídios coletivos, nas plúrimas. Afinidade com a matéria a ser decidida é fator de duplo proveito. Dela resulta maior celeridade, assim como dela decorre maior qualidade decisória.

A proteção dos direitos sociais dos trabalhadores exige aprofundamento dos conceitos emanados do consistente ordenamento juslaboral brasileiro, superando a linha da mera inteligência. Interpretar as regras contidas, por exemplo, nas dezenas de Normas Regulamentadoras (NR) a partir dos princípios do direito do trabalho mostra-se nuclearmente diferente à aplicação pura e simples da letra morta do texto.

Superior qualidade meritória, nascente na aproximação temática, e melhoria da celeridade na resposta judicial aos feitos desta seara.

## **5. Ações e matérias afetas à nova competência**

Variiegado conjunto de matérias inserem-se na atribuição da Justiça do Trabalho em julgar as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores

---

<sup>12</sup> Art. 3<sup>o</sup>. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.

Um primeiro grupo pode ser identificado nas inúmeras disposições da C.L.T. sobre o tema. Ao final de cada título da Consolidação, há uma seção dedicada às penalidades administrativas aplicáveis em decorrência da negativa de cumprimento às normas daquela parcela do texto. Assim, às regras de identificação profissional – artigos 13 a 48 – correspondem várias penalidades administrativas, todas inseridas entre os artigos 49 a 56, como, por exemplo, a multa por vender ou expor à venda qualquer tipo de carteira igual ou semelhante ao tipo oficialmente adotado (artigo 51).

Um outro grupo, constante da própria Consolidação, encontra-se vazado nos artigos 626 a 642 do Decreto-Lei 5452 de 1943, regulamentando o “processo de multas administrativas”. De tal seção, originam-se o sistema da “dupla visita” (artigo 626, “a” e “b”), cria-se o termo de compromisso, que dá ênfase à ação pedagógica da fiscalização (artigo 627-A), descrevem-se as formalidades da diligência fiscalizatória (artigo 628) e do próprio auto de infração (artigo 629), bem como se regula o direito de acesso à revisão administrativa da punição, via de recurso à delegacia regional do trabalho (artigos 631/638), entre outras providências úteis à análise das impugnações aviadas em Juízo.

Destaque-se, por relevante, a exigência do depósito da multa guereada, como pré-requisito objetivo de conhecimento da insurgência do autuado, imposta pelo parágrafo primeiro do artigo 636 da C.L.T. A referida norma enseja debate acerca da constitucionalidade de sua aplicação, ante o direito de petição, previsto constitucionalmente. O pretório maior, no entanto, já se manifestou sobre o tema, nos seguintes termos:

**DEPÓSITO PARA RECORRER ADMINISTRATIVAMENTE – “Em casos análogos ao presente, relativos à exigência do depósito da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar a ADI 1.049 e o RE 210.246, decidiu que é constitucional a exigência desse depósito, não ocorrendo ofensa ao disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Carta Magna, porquanto não há, em nosso ordenamento jurídico, a garantia ao duplo grau de jurisdição. Por isso mesmo, também o Plenário deste Tribunal, ao indeferir a liminar requerida nas ADIMCs 1.922 e 1.976, se valeu desse entendimento para negar a relevância da fundamentação da inconstitucionalidade, com base nesses dois incisos constitucionais acima referidos, da exigência, para recorrer administrativamente, do depósito do valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão recorrida. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. – Por outro lado, sendo esse depósito requisito de admissibilidade de recurso administrativo e não pagamento de taxa para o exercício do direito de petição, inexistente infringência ao art. 5º, XXXIV, “a”, da Carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido”<sup>13</sup>.**

De outro lado, há importante modificação da competência a merecer ponderação. Segue em tramitação parte da Proposta de Emenda Constitucional de que resultou a Reforma do Judiciário, ante a imposição de alterações ao texto que viera da Câmara, por parte do Senado Federal. Dentre as normas *sub analise* da Casa Legislativa baixa encontra-se inciso do artigo 114 que transfere para a Justiça do Trabalho a competência para impor multas e penalidades decorrentes de suas próprias decisões. Destarte, reconhecida, por exemplo, a existência de trabalho sem a necessária proteção contra agentes insalubres ou perigosos, a sentença imporá, também, a multa do artigo 201 da C.L.T. Por certo que modificação vindoura em muito tornará efetiva a punição dos infratores da legislação trabalhista, funcionando com

<sup>13</sup> STF – RE 357311 – SP – 1ª T. – Relator Ministro Moreira Alves – DJU 21.02.2003 – p. 00044.

forte fator inibidor da reincidência. No modelo atual, a separação das atividades entre Fiscalização (Executivo) e Decisão (Judiciário), beneficia o praticante do ilícito, dando-lhe, na pior das hipóteses, tempo para impugnar a autuação, defendendo-se na dupla instância administrativa, depois de já o ter feito em Juízo.

No que tange aos valores das multas, matéria relevante na análise das lides decorrentes da aplicação de penalidades administrativas, registre-se que (a) a lei 6205 trocou o salário mínimo por valores atualizáveis por certo coeficiente, às vezes o fator de reajustamento salarial (lei 6147), às vezes a variação das Obrigações do Tesouro Nacional (OTN); (b) a lei 7855 elevou em três vezes o valor das multas prevista na C.L.T., atualizando-as para expressão em Bônus do Tesouro Nacional (BTN); (c) a lei 8177 converteu os valores para cruzeiros, porque extinguiu o BTN; (d) a lei 8383 converteu, de novo, os valores para Unidades Fiscais de Referência (UFIR) e (e) a lei 10522 extinguiu a UFIR, identificando os valores em Real.

Dessa miscelânea, bem ao gosto dos períodos de maior instabilidade econômica do País, resultaram inúteis as disposições literais da C.L.T. acerca do tema – encontra-se, *v.g.*, imposição de multa de três a trinta vezes o valor de referência previsto na lei 6205, no artigo 201 da C.L.T. Para simplificar a matéria, editou o Ministério do Trabalho e Emprego a Portaria MTb N° 290, DE 11 DE ABRIL DE 1997 (DOU 18.04.1997), que identifica em quantidade de UFIR<sup>14</sup> as multas, sistematizando a fonte legislativa, bem como fornecendo critérios de graduação, quando autorizada pela legislação original.

Outras fontes há, no entanto, de legislação material aplicável às novas ações.

A estruturação da carreira de auditores federais do trabalho<sup>15</sup> traz a caracterização dos cargos e as respectivas atribuições, definindo a competência de cada cargo, com limitações como a da fiscalização do trabalho da mulher e do adolescente aos assistentes sociais (artigo 10, II, Lei 10593). O conhecimento da matéria poderá ser útil ao magistrado do trabalho, na apreciação da validade do auto imposto, a partir da autorização legal – ou não – do agente fiscal que procedeu à punição.

No mesmo sentido e para a mesma finalidade, impõe-se conhecer, detalhadamente, o regulamento da inspeção do trabalho, instituído pelo decreto n° 4.552, de 27 de dezembro de 2002 (DOU 30.12.2002), ao lado Instrução Normativa DC /INSS 100, de 2003, que, a par de dispor sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais administradas pelo INSS, regula “os procedimentos e atribuições da fiscalização do INSS”<sup>16</sup>.

Para revisão dos atos administrativos, sob competência da Justiça do Trabalho, *ex vi* do art 114, inciso VII, é possível antever o uso do mandado de segurança, para sustação imediata de ato coator de agente de fiscalização ou delegado regional do trabalho e da ação declaratória de nulidade do auto de infração, ou da inexistência de ilícito.

Em que pese a possibilidade de interpretação restritiva da novel Constituição, dela se retirando que a competência para tais ações não envolve a execução das multas aplicadas pela fiscalização, sob o argumento de que, quando pretendeu transferir a competência executória, fê-lo o constituinte expressamente, como no caso do inciso VIII do art 114, melhor será compreender que também esta competência está afeta à Justiça Laboral, do que se cuida no próxima seção.

<sup>14</sup> O último valor da unidade fiscal de referência, de outubro de 2000, equivale a R\$ 1,0671.

<sup>15</sup> Instituída pela lei 10.593, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2002 (DOU 09.12.2002).

<sup>16</sup> Reprodução consolidada no DOU de 30 de março de 2004, com retificação em 30 de abril do mesmo ano.

## 6. Cobrança das multas.

De inconsistência e temeridade ímpares constitui-se a hermenêutica de rejeição das execuções fiscais relacionadas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pela fiscalização das relações de trabalho.

Desde logo, porque a competência para o gênero “ações” induz, por corolário lógico, a da espécie “execução”. Aliás, o processo de conhecimento, ressalvadas tutelas meramente declaratórias, não se faz útil ou efetivo, sem a correspondente ação de execução.

Ainda que assim não fosse, considerando-se o caráter instrumental das normas de competência, vinculadas que são à organização prática da jurisdição, de muito rasa lógica seria a distribuição da competência, de forma a exigir dos litigantes que se defendessem, ou postulassem, perante a Justiça do Trabalho, mas que, consolidada a obrigação de pagamento da dívida, aforassem – ou se defendessem – perante a Justiça Federal, durante a execução.

Mesma conclusão toma Estêvão Mallet, ensinando que “a finalidade da nova hipótese de competência leva a afirmar-se que a própria execução fiscal das multas e dos valores deve ser feita perante a Justiça do Trabalho, admitindo-se a discussão da legalidade do lançamento em embargos do executado”<sup>17</sup>.

Da Justiça do Trabalho passou a ser, portanto, a competência para julgamento das ações fiscais de cobrança da dívida ativa da União, sempre que decorrerem de auto de infração relacionado com a fiscalização das relações de trabalho, desde que o exigido figure como empregador.

A execução fiscal, que tem rito próprio – a lei 6830 –, baseia-se sempre em Certidão da Dívida Ativa (CDA), documento instituído pelo código tributário nacional, que tem por elementos constituintes: “I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros; II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; III - a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado; IV - a data em que foi inscrita; V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito”<sup>18</sup>.

Especial relevo merecem os incisos III e V, na medida em que limitarão a competência da Justiça do Trabalho. Prática comum na atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional, até por economia dos atos administrativos, necessária em face da desproporção entre o número de processos e o de procuradores, revela-se a cumulação de várias certidões contra o mesmo devedor, para, só então, aforar-se a respectiva execução. Como a Justiça Obreira conhecerá apenas das execuções decorrentes das penalidades da fiscalização trabalhista, mister que tal prática seja abandonada, ordenando-se as execuções por natureza do débito executando. Os processos em curso, dado o caráter absoluto da competência em razão da matéria, devem ser desmembrados, para que sigam os atos executórios atinentes às penalidades administrativas em Juízo Trabalhista.

Por fim, assinala-se que o artigo 203 do CTN estabelece severa regra formal de validade das CDA's, ao determinar que: “A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior ou o erro a eles relativo são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente”, mas, instituindo regra semelhante à aplicável ao tratamento das nulidades relativas do processo do trabalho (artigo 796, “a”, C.L.T.), autoriza a desconsideração da nulidade, se “até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula,

<sup>17</sup> Opus citado, página 366.

<sup>18</sup> Artigo 202 do CTN.

devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado, o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada”.

Não se olvide, para um quadro completo das atribuições do novo juízo trabalhista, que os atos da administração na fiscalização do trabalho podem exigir ordem limitadora do direito de ir e vir, amparada por *habeas corpus*, cuja competência será, em se tratando de matéria “de sua jurisdição”, da Justiça do Trabalho.

Ao lado das ações já referidas no tópico precedente, enfileirem-se o *habeas corpus*, a ação de repetição de indébito e a execução de título da dívida ativa, completando-se, assim, o quadro das novidades.

### 7. Nótula procedimental

Não sendo do escopo deste artigo o aprofundamento do debate sobre o processo do trabalho, em face das novas atribuições constitucionais, tracem-se apenas algumas linhas acerca do procedimento nas ações decorrentes da competência do inciso VII.

As regras do processo comum do trabalho inserem-se na C.L.T., a partir do artigo 763 (título X), que tem a seguinte esclarecedora dicção:

**“O processo da Justiça do Trabalho, no que concerne aos dissídios individuais e coletivos e à aplicação de penalidades, rege-se-á em todo o território nacional, pelas normas estabelecidas neste título”.**

Da letra da lei, destaque-se: “o processo da Justiça do Trabalho”, para se afirmar que o título X da C.L.T. não se aplica apenas às reclamações trabalhistas, mas a todo processo na Justiça do Trabalho. Se não fosse suficiente a expressa letra da lei, seria ainda, em aditamento, ponderável que uma das razões para transferência de novas atividades à competência da Justiça Laboral tenha sido a celeridade da tramitação de seus feitos. Ora, se assim ocorreu, mister que se mantenha tal característica, que não decorre da pouca quantidade de processos na Justiça do Trabalho, ou da grande quantidade de magistrados do trabalho sem ocupação quotidiana, mas, exclusivamente, da simplicidade do processo trabalhista, ele sim célere e eficaz.

A conclusão idêntica a esta chegou Júlio César Bebbber: “Não faz o menor sentido transferir para a Justiça do Trabalho a solução de certas causas para que sejam aplicadas a elas as mesmas regras processuais que as regiam. Isso representaria o fim da especialização da Justiça do Trabalho, uma vez que é exatamente no sistema processual que reside essa especialização”<sup>19</sup>.

Frise-se a necessidade de manutenção, em particular, do sistema recursal trabalhista, fundado na unirrecorribilidade e desconhecedor de outras finalidades ao agrado de instrumento, senão a de destrancar recursos.

Para as ações que já disponham de rito próprio, como as Execuções Fiscais (lei 8630) ou o Mandado de Segurança (1533), por evidente que seu procedimento deve ser observado, sempre com a restrição quanto ao sistema recursal, que decorre da adaptação dos modelos processuais comuns à Justiça do Trabalho, de há muito conhecida<sup>20</sup> entre os operadores do direito do trabalho.

Aspecto final consiste na incidência do *ius postulandi* e, conseqüentemente, dos honorários advocatícios nas ações relativas à fiscalização.

O artigo 791 da C.L.T., ao contrário da aplicação geral do título X, a que se fez referência nas primeiras linhas deste tópico, limita o *ius postulandi* direto das partes, dispen-

<sup>19</sup> “A competência da Justiça do Trabalho e a Nova Ordem Constitucional”, in COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos Neves, Nova Competência da Justiça do Trabalho, São Paulo: LTR, 2005, página 256.

<sup>20</sup> Ocorrências que se repetem há décadas, na transposição da ação de consignação em pagamento, da monitória e do próprio MS.

sando-se a representação do advogado, apenas a “empregados e os empregadores” que “podem reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho”. Ao lado das pessoas favorecidas com a autorização legal – empregados e empregadores – vem as ações que eles poderão exercer o *jus postulandi*: as reclamações trabalhistas. Em face de tal leitura, não há outra conclusão, senão a de que será necessária a representação por advogado nas ações decorrentes da aplicação do inciso VII do artigo 114.

Corolário lógico de tal conclusão é a aplicação das regras de sucumbência do processo comum, no que tange à honorária advocatícia, com o limite da aplicação da sucumbência recíproca, que encontra óbice no artigo 789, parágrafo primeiro da C.L.T. Devem ser, com isto, afastados os retrógrados argumentos de que o *jus postulandi* torna facultativa a assistência especializada do técnico (advogado), para negar-se o acesso da parte vencedora ao ressarcimento com as despesas enfrentadas na contratação do causídico.

Gratuidade processual, registre-se em finalização, será exercida nos limites do artigo 790 e seus parágrafos, regramento específico do processo do trabalho, que não admite supletoriedade de outros ordenamentos processuais, porque esgota a regulação da matéria.

### **8. Certidões negativas de débitos perante o sistema do F.G.T.S. ou o INSS**

A regularidade do procedimento do empregador perante o FGTS e o INSS é atestada por meio de certidões negativas – ou positivas com efeito negativo, assim identificadas aquelas em que o Poder Público reconhece a existência do débito, mas admite a interposição de recurso administrativo ou judicial contra sua concretização – reguladas por normas administrativas próprias. As relativas ao F.G.T.S. identificam-se como Certidão de Regularidade de Situação, enquanto as do INSS, Certidão Negativa de Débito.

Ambas são exigidas em um sem número de situações, como na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou crédito concedido por ele; na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo; a contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou crédito concedido por ele; na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo; na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem móvel de valor superior a R\$ 25.897,61 (vinte cinco mil oitocentos e noventa e sete reais e sessenta e um centavos) incorporado ao ativo permanente da empresa; no registro ou arquivamento, no órgão próprio, de ato relativo a baixa ou redução de capital de firma individual, redução de capital social, cisão total ou parcial, transformação ou extinção de entidade ou sociedade comercial ou civil e transferência de controle de cotas de sociedades de responsabilidade limitada, entre outras tantas.

Como se concluiu, linhas atrás, que a interpretação do dispositivo constitucional em análise deve ser tão ampla quanto o necessário para abranger os atos administrativos da fiscalização, e não somente as penalidades, importa ver que também o litígio decorrente da insurgência do empregador quanto à negativa dos organismos competentes (Caixa Econômica Federal ou Instituto Nacional de Seguridade Social) em emitir os referidos documentos será da Justiça do Trabalho.

### **9. Trabalho escravo**

Por força da Portaria MTE n 540, de 15 de outubro de 2004 (DOU 19.10.2004), instituiu-se o “*Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo*”. Tal norma administrativa prevê, sinteticamente: a) a criação do cadastro, para registro dos nomes dos empregadores que tenha mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo; b) que a inscrição do nome do empregador ocorrerá apenas após a decisão administrativa final do auto que reconheceu tal situação; c) que tais empregadores serão

monitorados, pelo prazo de dois anos da inscrição no cadastro; d) que a exclusão depende do pagamento das multas administrativas e dos direitos trabalhistas e previdenciários apurados na situação ilícita que deu causa à inserção; e e) que do cadastro serão notificados I - Ministério do Meio Ambiente; II - Ministério do Desenvolvimento Agrário; III - Ministério da Integração Nacional; IV - Ministério da Fazenda; V - Ministério Público do Trabalho; VI - Ministério Público Federal; VII - Secretaria Especial de Direitos Humanos; e VIII - Banco Central do Brasil.

A providência consagra a necessária e urgente luta da sociedade brasileira contra a exploração do trabalho escravo, constituindo-se em mais um instrumento de inibição dessa deletéria prática ancestral.

Como a notícia da prática provoca conseqüências graves aos empregadores ali identificados, tais como a dificuldade de acesso a financiamento de bancos públicos, a participação em certames licitatórios, sem contar o prejuízo à imagem comercial do empreendedor, é presumível que haja busca de tutela jurisdicional para impedimento da inscrição, ou seu cancelamento.

Notícia da imprensa diária<sup>21</sup> identifica a tentativa de evasão dos empregadores praticantes do referido desvio, com base nos argumentos de ausência de contraditório ou de lei que institua o mencionado cadastro. O jornal assinala, ainda, o sucesso de alguns empregadores nas ações assim intentadas, uma delas já perante a Justiça do Trabalho, após a Emenda Constitucional 45.

De primeiro, como interessa ao tema deste artigo, fixe-se incontroverso que seja da Justiça do Trabalho a competência, porque envolve ato administrativo da fiscalização do trabalho contra empregador.

Ao depois, pondere-se que os argumentos de inexistência de lei ou ausência de contraditório devem ser desde logo afastados.

O cadastro institui-se no âmbito do Ministério do Trabalho, com vistas, primordialmente, ao cumprimento da finalidade fiscalizadora do órgão, para registro e monitoramento dos empregadores flagrados em situação de exploração do trabalho escravo. Desnecessária lei que crie tal instrumento de efetividade das ações do próprio Ministério.

Como a própria norma criadora estabelece, a inscrição do empregador no cadastro ocorrerá apenas depois da decisão administrativa final do auto de infração que detectou a irregularidade. Vale dizer, apenas após o exercício do amplo direito de defesa administrativo, afastando-se, com isto, alegação de violação do contraditório.

Inexplicável que se aguarde a decisão da Justiça Federal acerca da existência ou inexistência do crime do artigo 149 do código penal para o cadastramento do empregador. Isto porque as conclusões penais sobre os fatos da relação do trabalho nem sempre se coadunam com as conseqüências aventadas pelo Juízo Trabalhista<sup>22</sup>. A punição administrativa leva-

<sup>21</sup> Folha de São Paulo, 2 de abril de 2005, Caderno 1, página 12.

<sup>22</sup> A propósito da assertiva, veja-se a seguinte decisão do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo: "IMPROBIDADE – DISPENSA POR JUSTA CAUSA – IMPROBIDADE – ROMPIMENTO DO ELO DE FIDÚCIA – A conduta do reclamante, ao exigir vantagem que sabia indevida, rompe o indispensável elo de fúducia que deve permear a relação de emprego. Irrelevante o fato da vítima não manter relação empregatícia com a empresa já que havia um liame contratual de natureza civil (seguro opcional) a qualificá-la como beneficiária do contrato firmado pelo cônjuge empregado do estabelecimento até o momento de sua morte. Também despiendo que a operação engendrada pelo autor não haja sido consumada, pois o dolo ou intenção de fraudar direitos é suficiente para caracterizar a improbidade, que segundo o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira é sinônimo de desonestidade. Portanto, desnecessária a existência de sentença criminal transitada em julgado para a caracterização de justo motivo para dispensa por justa causa". (TRT 2ª R. – RO25263200290202007 – (20030024611) – 4ª T. – Rel. Juiz Paulo Augusto Câmara – DOESP 07.02.2003)

da a cabo pela fiscalização do trabalho não se confunde com a tipificação penal, podendo, inclusive, dela divergir, o que ratifica dispensável aguardar-se o trânsito em julgado da decisão criminal, para só ali inscrever o empregador no cadastro.

O supremo valor da dignidade humana, erigido à condição de fundamento do estado democrático de direito no Brasil, pela Constituição da República de 1988, artigo 1º, inciso III, não permite tergiversação. Concedido direito de defesa em esfera administrativa, com o exaurimento das instâncias legalmente previstas, autorizada estará a inscrição do agente do ilícito no cadastro instituído pela portaria 540. Não de pode perder de vista que todas as armas são necessárias ao combate de tal grave e absurda prática, que denigre o ser humano, viola o ordenamento jurídico, sonega impostos e prejudica a sociedade.

Haverá, outrossim, motivo relevante para a suspensão da inscrição no cadastro, se o auto de infração que der causa ao cadastramento estiver *sub judice*, no bojo de ação anulatória. O perfil da Justiça do Trabalho, organismo sensível na justiça social, certamente construirá jurisprudência rigorosa em desfavor dos exploradores da mão-de-obra escrava, nos limites de sua atuação, ampliados para abranger as decisões sobre a aplicação da portaria MTE 540.

## 10. Conclusões

A competência de que trata o inciso VII do artigo 114 da Constituição da República, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional 45 deve abranger quaisquer atos da administração, que se relacionem com a fiscalização do trabalho, sempre que presente relação de emprego.

Tais atos emanam de diversos órgãos do poder público, como a DRT, os auditores fiscais do trabalho e da previdência, o INSS, o Ministro do Trabalho e a Caixa Econômica Federal. Mister que o magistrado do trabalho aprofunde seus contatos com legislação relativa aos procedimentos fiscalizatórios, o que inclui a lei de organização da carreira dos auditores federais e capítulo próprio na C.L.T.

As demandas que decorrerem dos atos administrativos tramitarão sob as regras gerais comuns do processo do trabalho, excetuados os procedimentos específicos, como o mandado de segurança. Aplicam-se as regras trabalhistas de gratuidade processual, mas não se estende às ações do inciso VIII o *ius postulandi*. Em consequência, desaparecem os argumentos contrários ao reconhecimento da sucumbência em honorários de advogado. Não se transfere, no entanto, a sucumbência parcial reconhecida pelo código de processo civil, ante a regra expressa sobre o tema no título X da C.L.T.

Aprimorar, por fortalecimento que decorrerá da afinidade dos juízes do trabalho com a matéria de fundo e com a típica celeridade da Justiça do Trabalho, a atuação da fiscalização é fundamental ferramenta de defesa dos direitos sociais dos trabalhadores.

As execuções das multas aplicadas pela fiscalização do trabalho aos empregadores passam, igualmente, à competência da Justiça do Trabalho, aplicando-se o procedimento específico da lei dos executivos fiscais, a 6830, excetuadas as disposições recursais do processo comum, porque prevalecem as regras e princípios do processo do trabalho.

A nova competência abrange os dissídios relativos à expedição de certidões negativas de débitos perante INSS e F.G.T.S., assim como a disputa que se origine na inscrição do empregador no cadastro dos que mantiveram trabalhadores em condições análogas à de escravo. Neste tema, erige-se oportunidade histórica de construção de jurisprudência firme contrária ao interesse dos escravagistas, protegendo-se com maior eficácia a dignidade humana, como coroamento do tradicional perfil protetivo do trabalhador que caracteriza a Justiça do Trabalho.

## **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

### **Absorção da hermenêutica tradicional.**

Partir do caráter positivado das normas das constituições modernas.

Esta positivação foi uma das idéias que corporificaram o movimento constitucionalista a partir do século XIX. Um dos traços centrais do Estado de Direito foi, assim, a fixação de uma ordem estatal livre, na forma de normas positivas, sujeitas às formalidades garantidoras da certeza e da segurança. Desta forma protegia-se a liberdade conforme a lei.

#### 1.1.1. Isto exigiu, portanto, uma **formalidade constitucional**.

Esta formalidade conferia à constituição uma transparência e uma estabilidade indispensáveis. Graças a ela, as constituições puderam submeter-se às regras usuais de interpretação. Por seu intermédio chegava-se ao seu sentido e se controlava a sua eficácia. Sua estabilidade decorria igualmente, não obstante as mudanças na realidade, das limitações postas por estas regras.

Na tradição do século XIX europeu, essas regras correspondiam à fixação do sentido vocabular (método gramatical), proposicional (método lógico), genético (método histórico) e global (método sistemático), conforme as lições de Savigny e outros autores clássicos.

#### 1.1.2. **Interpretação de bloqueio.**

Para efeito de uma hermenêutica constitucional voltada para o Estado de Direito concebido, na visão liberal, como um estado mínimo, reduzido em suas funções, a interpretação tinha o que se poderia chamar de uma orientação de bloqueio - **interpretação de bloqueio** - na qual o princípio de estrita normatividade era peça nuclear da constitucionalidade.

Veja-se, por exemplo, o princípio hermenêutico da **unidade da Constituição**.

##### 1.1.2.1. **Hierarquia.**

Este princípio nos obrigava a vê-la como um **articulado de sentido**. Tal articulado, na sua dimensão analítica, é dominado por uma lógica interna que se projeta na forma de uma organização hierárquica. Ou seja, uma Constituição, da mesma forma que o ordenamento jurídico de modo geral, também conhece a estrutura da ordem escalonada, não estando todas as suas normas postas horizontalmente uma ao lado da outra, mas, verticalmente, umas com força relevante sobre outras. Concebê-la, pois, sem escalonamento seria implodir aquele articulado, tornando-a destituída de unidade orgânica. Perdendo-se a unidade, perder-se-ia a dimensão da certeza, o que faria a Constituição um instrumento de arbítrio, por força do aparecimento de descontrolado de antinomias.

A **noção de hierarquia**, que conduz à aplicação de esquemas interpretativos como a regra da superioridade e da especialidade, donde a possibilidade de interpretação restritiva, em que constituições passam a ser concebidas como complexidade quantitativa e qualitativamente crescente de suas disposições, passam elas a ser vistas como um *sistema* de

---

\*Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Filosofia pela Johannes Gutenberg Universität de Mainz, Alemanha. Professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP. Membro do CONJUR – Conselho Superior de Orientação Jurídica e Legislativa da FIESP. Além de suas atividades docentes, exerce a advocacia, como advogado de empresa em São Paulo.

---

normas coordenadas e inter-relacionadas que se condicionam reciprocamente (Cf. José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1968:37), torna-se inevitável o recurso ao **escalonamento e suas conseqüências analíticas** (Cf. Karl Engisch, Einführung in das dogmatische Denken, 1968:157).

Donde a presença do **cerne fixo material** representado pelos direitos fundamentais e sua prevalência sobre as demais normas, bem como a diferença entre **normas que agasalham princípios**, normas **que instituem princípios**, normas que têm um **sentido técnico de organização**, normas que visam à própria **aplicabilidade da constituição** etc. e a sua conseqüente imbricação formal conforme esquemas lógicos de identidade e não-contradição.

#### 1.1.2.2. Interpretação **ex tunc**.

Quando o interprete atua dentro destes limites, a interpretação de bloqueio pressupõe que os preceitos constitucionais estatuem princípios e finalidades fundamentais, em relação aos quais o intérprete não pode articular sentidos e objetivos senão aqueles que já estejam reconhecidos *ex tunc* na própria constituição.

O **regulador dogmático da interpretação de bloqueio** é, pois, uma espécie de princípio de proibição de excessos, isto é, proibição de articulações de interesses protegidos “para além” da constituição sob a alegação de favorecer-lhes o exercício.

#### 1.1.3. Interpretação por legitimação.

A questão muda de figura quando pensamos nas exigências postas ao Estado Social. Neste, percebe-se a extensão do catálogo dos direitos fundamentais na direção dos direitos econômicos, sociais e culturais, a consideração do homem concretamente situado, o reconhecimento de um conteúdo positivo da liberdade, complexidade dos processos e técnicas de atuação do Poder Público, a transformação conseqüente dos sistemas de controle da constitucionalidade e da legalidade.

Esta unidade de sentido não se obtém se consideramos a Constituição sem conexão com a própria realidade constitucional, enquanto uma experiência normativa, vivida e concreta, da comunidade. Por isso, sua unidade de sentido não só tem uma dimensão teleológica própria do sistema de valores que lhe é ínsito. Quando se fala de sistema de valores é preciso, porém, precaver-se contra uma interpretação abstrata e por isso mesmo incontrolável. A experiência alemã a esse propósito no entendimento da famosa Constituição de Weimar e que conduziu aquele país às arbitrariedades do nazismo devia-nos servir de exemplo. Assim, o reconhecimento de um sistema de valores não deveria conduzir à justificação de quaisquer hipostasias significativas, na medida em que a superação de um método positivista não deva significar uma perda do sentido da positividade do direito (Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, 1976:134).

Seria preciso, pois, na interpretação constitucional, ter-se em conta a “forma típica da constituição” e suas transformações (Forsthoff, 1976:160).

No limiar destas transformações que caracterizam a passagem, ou melhor, a complicada convivência do Estado de Direito com o chamado Estado do Bem-Estar Social ou Estado Social, Ruy Barbosa (apud Alípio Silveira, 1968, v. 2:3) fazia observar que: “a concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma noção incomensurável nas noções jurídicas do individualismo, restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já não se vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais acasteladas cada qual

no seu direito intratável, mas uma unidade orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo a moral, o indivíduo a associação, o egoísmo a solidariedade humana”.

Estas palavras de Ruy Barbosa apontam já para uma espécie de “desformalização” da constituição, que ele certamente não encampava, mas que iria agudizar-se posteriormente. Mais ou menos a mesma época, Max Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft*, 1976: 503 e ss.), um dos mais brilhantes sociólogos da formalização do direito como expressão da racionalidade, já apontava para as tendências que iriam “favorecer uma dissolução do formalismo jurídico”. Ele previa não só certa disparidade entre legalidades lógicas próprias do pensamento formal jurídico e os efeitos econômicos visados como também a respectiva expectativa.”. Surgiam, dizia ele, exigências materiais dos modernos problemas de classe, de um lado, acompanhadas, de outro, de propostas de ideologias jurídicas que se guiavam por critérios valorativos contidos na expressão social do direito, Weber, certamente, tinha em mente uma flexibilização da interpretação de bloqueio por meio de uma consideração axiológica, mas apontava também para algo que transcendia essa mera flexibilização.

O que Weber tinha em mente talvez pudesse ser esclarecido em termos de uma distinção entre procedimentos interpretativos de bloqueio flexibilizados por considerações axiológicas - hermenêutica tradicional - e *procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais* à luz da constituição. Esta interpretação de legitimação, que só muito mais tarde toma corpo, significa que certas aspirações se tornariam metas privilegiadas até mesmo acima ou para além de uma conformidade constitucional estritamente formal. Elas fariam parte, por assim dizer, de uma pretensão de realização inerente à própria constituição.

Ora, a idéia, subjacente a esse procedimento interpretativo de legitimação, de que constituições instauram uma pretensão de se verem atendidas expectativas de realização e concreção só pode ser atendida, juridicamente, na medida em que se introduziu na hermenêutica constitucional uma consideração transformadora, de ordem axiológica, da própria realidade. Ou seja, pressupondo-se que uma constituição apresenta, no seu corpo normativo, um sistema de valores, a aplicação das suas normas, por via interpretativa, se torna uma realização de valores e não apenas de orientação valorativa do sentido dos dispositivos. Com isso, o procedimento hermenêutico de captação do sentido do conteúdo das normas torna-se realização valorativa conforme procedimentos próprios da análise e da ponderação de valores. Note-se que não estamos falando aqui da oposição entre um método formalista e um método culturalista, nem ignorando que mesmo a hermenêutica tradicional - de bloqueio - sempre fez uso de valores que obrigam. O intérprete obriga-se a não se ater à letra da norma, mas a buscar-lhe a *ratio* imanente, primeiro por meio de métodos teleológicos, sociológicos e mesmo axiológicos, para depois visar a um procedimento interpretativo transformador das realidades sociais: procedimento de legitimação.

Aqui não está em jogo nem a crítica do positivismo de que a norma posta se reduz ao texto prescritivo, nem a defesa de uma visão de que o direito e um fenômeno cultural, estando suas normas imersas numa atmosfera social, política e econômica que constituem seu meio vital. Na verdade, o problema é outro. Quando se opõem procedimentos interpretativos de bloqueio e procedimentos de legitimação, o que entra em pauta é um problema de como captar o sentido das constituições no momento em que, concebidas estas como sistemas de valores, a hermenêutica se transforma num instrumento de realização política, com base na qual a legislação procurara concretizar princípios e programas implicitamente agasalhados pelo texto constitucional. Ou seja, a questão hermenêutica deixa de ser um problema de correta subsunção do fato a norma - com sua carga lógica, histórica, sistemá-

tica, teleológica e valorativa - para tomar-se um *problema de conformação política dos fatos*, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico.

Esta mudança corresponde a uma transformação de forma típica do Estado constitucional enquanto o Estado de Direito burguês, que as constituições abandonam ou alteram. Essa forma típica pressupõe uma distinção entre Estado e Sociedade como entidades autônomas, o que obrigava as constituições a circunscreverem-se a regras gerais limitativas da atividade do Estado. Nele, assinala-se a postura individualista, o primado da liberdade no sentido negativo, da segurança formal e da propriedade privada, de um Estado concebido como um “servo estritamente controlado da sociedade” (Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928:125).

Agora, as tarefas postas ao Estado não só se multiplicaram, mas também se modificaram. Exige-se do Estado a responsabilidade pela conformação social adequada da sociedade, ou seja, colocam-se para ele outras funções que não se casam plenamente com os tradicionais limites do Estado de Direito.

Quando o interprete atua dentro destes limites, a interpretação de bloqueio pressupõe que os preceitos constitucionais estatuem princípios e finalidades fundamentais, em relação aos quais o intérprete não pode articular sentidos e objetivos senão aqueles que já estejam reconhecidos *ex tunc* na própria constituição. O regulador dogmático da interpretação de bloqueio é, pois, uma espécie de princípio de proibição de excessos, isto é, proibição de articulações de interesses protegidos “para além” da constituição sob a alegação de favorecer-lhes o exercício.

A questão muda de figura quando pensamos nas exigências postas ao Estado Social. Neste, percebe-se a extensão do catálogo dos direitos fundamentais na direção dos direitos econômicos, sociais e culturais, a consideração do homem concretamente situado, o reconhecimento de um conteúdo positivo da liberdade, complexidade dos processos e técnicas de atuação do Poder Público, a transformação conseqüente dos sistemas de controle da constitucionalidade e da legalidade.

Como assinala Karl Loewenstein (*Teoria de la Constitución*, Barcelona, 1970, p. 165 s.) há uma importante diferença entre o processo de reforma constitucional conforme as regras previstas para o exercício do poder derivado e a chamada “*mutação constitucional*”, caso em que se produz uma transformação na real configuração do poder político, da estrutura social e do equilíbrio de interesses, sem que isto se reflita no texto da constituição que, de resto, permanece intacto.

Ora, o problema de uma “mutação constitucional” aparece nesse quadro, dentre outras, na concepção do *princípio da legalidade*. Isto se percebe na medida em que aqueles princípios e essas exigências se entremeeiam na realidade da prática social que, de uma parte, pede uma *situação de compromisso* entre os diferentes grupos sociais, de outra, *delimitações normativas* claras ao exercício do poder. A *situação de compromisso* é, nestes termos, um típico problema de *adequação entre meios e fins*. Já as *delimitações normativas*, um problema de *controle das condições*, independentemente dos fins a atingir. Seguem-se daí dois sentidos de *legalidade* a esclarecer.

Não me refiro à conhecida distinção entre *legalidade* e *legalidade estrita* (*poder fazer tudo que a lei não proíbe e poder fazer apenas o que a lei permite*), mas à distinção entre a lei como **estrutura condicional** e a lei como **estrutura finalística**.

Estrutura condicional e finalística são formas de validade normativa e têm a ver com a relação meio/fim (cf. Ferraz Jr. -*Teoria da Norma Jurídica*, São Paulo, 1999, p. 109 ss.). Trata-se de conceitos oriundos da cibernética que explicam a tomada de decisão e sua

programação. Uma decisão pode, assim, ser programada condicionalmente quando *condições* (meios) são estabelecidas e tornadas vinculantes, independentemente de os *fins* condicionados serem ou não atingidos. Já uma programação finalística estabelece e torna vinculantes certos *fins*, de tal modo que os *meios* se tornam deles dependentes. Neste caso, quem assume os fins, assume também a responsabilidade pelo encontro dos meios. No outro caso, quem assume os meios, não tem responsabilidade sobre os fins, só pelo fiel cumprimento das condições.

Aceitando-se que a validade das normas expressa uma relação entre normas, numa seqüência progressiva e regressiva (a norma constitucional válida a infraconstitucional, esta tem sua validade na norma anterior), é possível ver no processo de validação ora uma programação condicional, ora finalística (cf. Ferraz Jr. 1999, p. 109 ss.).

Uma norma válida outra, condicionalmente, se preestabelece condições que devem ser respeitadas e nestas condições localiza a validade da norma subsequente, independentemente se os fins normativos são ou não atingidos. Por exemplo, uma norma constitucional que impõe uma vedação (proibição de instituir tributo que não seja uniforme) válida normas legais que estatuem tributações, se respeitada a vedação, independente de se os fins (provimento de recursos adequados às necessidades) estão ou não sendo alcançados.

Já uma norma válida outra, finalisticamente, se preestabelece fins que devam ser alcançados, devendo ser encontrados os meios adequados. Neste caso, a validade da norma subsequente localiza-se na solidariedade entre fins e meios, donde a questão da validade levantar problemas de proporcionalidade, razoabilidade, adequação etc. Por exemplo, é o caso de uma norma constitucional que preestabeleça o regime legal para concessões e permissões e nele o respeito aos direitos dos usuários, política tarifária e obrigação de manter serviço adequado. Neste caso a validade constitucional da norma legal exige respeito à solidariedade de meios e fins.

As duas formas de validação nem sempre estão radicalmente separadas na linguagem do legislador. Cabe ao intérprete percebê-las e dar-lhes a devida relevância. Elas afetam, nestes termos, o próprio sentido do princípio da legalidade, na medida em que a ofensa ao princípio gera desrespeito a um comando constitucional e invalidade (condicional e finalística).

O sentido de **estrutura condicional** da legalidade está em que, por exemplo, a atividade administrativa, quer interfira com os direitos dos administrados, quer tenha efeitos fora deste campo, só pode exercer-se com fundamento em lei. Em termos da relação meio/fim, a lei como condição (meio) da atividade administrativa (fim) dá ao administrador a equação completa da sua ação: ela concede ao agente competência, isto é, poder de praticar aqueles atos ou de produzir as condições para que tenham lugar aqueles efeitos jurídicos que forem postulados pelas necessidades do serviço considerado, necessidades que, porque previstas pelo legislador, são as únicas que podem determinar o agente. Neste quadro, a discricionariedade se reduz a um juízo de oportunidade. Não há distinção, por conseguinte, entre conceitos indeterminados e conceitos discricionários: quando a lei se expressa por conceitos indeterminados isto não abre ao agente a possibilidade de escolher entre um dos sentidos possíveis, mas exige que ele encontre o sentido querido pelo legislador. E a atividade regulamentadora da lei só pode ser para o seu fiel cumprimento.

Já o sentido de **estrutura finalística** da legalidade vê na lei não tanto uma *condição* e um *limite*, mas, basicamente um *instrumento* de exercício da atividade administrativa. Como *instrumento*, seu princípio hermenêutico está na *solidariedade entre meios e fins*, donde a *razoabilidade* da atividade administrativa, submetida, então, a uma *avaliação de sua eficiência*.

Nestes termos, o respeito à legalidade exige do intérprete uma distinção entre conceitos indeterminados e discricionários, bem como uma concepção da discricionariedade que não se limita a um juízo de oportunidade, mas alcança os juízos de realidade (avaliação de políticas de implementação de objetivos, de adequação dos meios escolhidos em face dos fins propostos).

Quanto à distinção entre conceitos indeterminados e discricionários, deve, então, o intérprete admitir que conceitos indeterminados não são *indetermináveis*, presumindo, assim, que deve haver um sentido nuclear que cabe à jurisprudência encontrar. Já os conceitos discricionários pressupõem uma pluralidade de sentidos que se determinam em cada caso por escolha, mas que, renovadamente, abrem um leque de opções conforme as circunstâncias. O conceito indeterminado tende a um fechamento, por via interpretativa. O discricionário não se fecha nunca. O regulador hermenêutico do primeiro é a certeza e a segurança. O do segundo, a eficiência e a adequação.

Neste quadro, a figura da delegação e sua legalidade adquire nuances que merecem ser explicitadas.

Condicionada à previsão legal (legalidade em sentido de estrutura finalística de legitimação), a correspondente delegação (direta ao órgão) não se confunde nem com as delegações de fiel cumprimento nem com a lei delegada. Trata-se de uma forma de delegação com base no princípio da eficiência e por este introduzida no ordenamento constitucional. Assim, por exemplo, no caso da chamada atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia quanto no sentido de controle constitucional. Ou seja, com base na eficiência, a delegação instrumental ganha contornos próprios que garantem à independência das agências reguladoras seu supedâneo. Mas eficiência confere a elas também limites próprios.

Este acaba por exigir os mencionados procedimentos interpretativos de legitimação, que pressupõem que o intérprete esteja autorizado a articular e qualificar o interesse público, coletivo, individual, posto como um objetivo pelo preceito constitucional, o que implica uma certa discricionariedade hermenêutica. O intérprete deve pressupor, nesse caso, que os preceitos constitucionais estão submetidos a certos pressupostos. Alguns são de ordem normativa condicional. Assim, os preceitos dirigidos a participação e a prestação positiva do Estado Social são *leges imperfectae*, isto é, não são imediatamente realizáveis sem uma atuação do próprio hermenêuta que deve, então, prover uma identificação dos meios possíveis para a consecução de finalidades, quer sejam eles meios sociais ou técnicos, a fim de que a norma possa ser efetiva. Outros são de ordem jurídico-funcional. Como se supõe que a fixação constitucional de objetivos traduz valores que, no entanto, por si sós não permitem a percepção de diretrizes vinculantes, cabe ao intérprete direcionar a configuração da ordem social desejada, a partir, da qual se dará o controle da constitucionalidade.

Os reguladores dogmáticos de uma interpretação de legitimação são, por isso, um tanto abertos, flexíveis, como é o caso, por exemplo, da regra de proporcionalidade: os fins articulados e qualificados devem estar na dependência dos meios disponíveis e identificáveis, ou da regra de exigibilidade: o Estado Social está vinculado a realização de seus objetivos, cabendo ao intérprete considerá-los sob o ponto de vista da sua viabilidade.

A título de exemplo do que estamos dizendo, veja-se o disposto no artigo 182, § 2º, da Constituição Federal. Depois de, no artigo 5º, XXIII e no artigo 170, III, estabelecer a “função social da propriedade”, conceito obviamente valorativo, determina no mencionado artigo 182, § 2º que “a propriedade cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (grifamos). A co-participa-

ção politicamente legitimadora do intérprete, neste caso, resulta evidente.

Atende-se, assim, para essa passagem, na vida constitucional brasileira, de um Estado liberal burguês e sua expressão tradicional num Estado de Direito abstrato, para o chamado Estado Social. Tal passagem, porém, não deve significar a exclusão do primeiro pelo segundo, mas a sua transformação daquilo que a Constituição brasileira de 1988 chama de “Estado Democrático de Direito” (v. Preâmbulo e art. 1º). Com esta noção se exprime obviamente apenas a sujeição do Estado a procedimentos jurídicos e à realização de não importa qual a idéia de direito, mas a sua subordinação a critérios materiais próprios.

As garantias proporcionadas pelo contorno constitucional do Estado de Direito são, acima de tudo, *delimitações*, com sentido eminentemente técnico e normativo. Já os objetivos exigidos pelo Estado Social pressupõem um Estado ativo, que desempenha funções e exige meios para realiza-las. Em consequência - e este é um ponto fundamental para a hermenêutica constitucional - enquanto para o Estado de Direito o fenômeno do poder é, por definição, circunscrito e delimitado na Lei Magna, o perfil do Estado Social corre o risco de se tornar incontrolável, pois nele as possibilidades de extensão das formas de dominação são imensas, podendo atingir intensidades sutis, nos limites da arbitrariedade.

Ora, é dever do intérprete, ao analisar a unidade de sentido própria da Constituição, evitar que o reconhecimento constitucional do Estado Democrático de Direito venha a significar a utilização desvirtuada das necessárias funções sociais do Estado e meios correspondentes como um instrumento de poder. Acautela-se, deste modo, o poder público contra o risco de perverterem-se suas legítimas funções pelo excesso de poder escondido sob a capa de formalismos obtusos ou de valorações abstratas.

Nesse sentido, uma interpretação por legitimação exige uma discriminação das competências constitucionais conferidas ao legislador

Sobre a competência legislativa constitucionalmente conferida deve-se distinguir, como o faz em sentido ligeiramente diferente E. Grabitz (*Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976:68), entre competência de qualificação legislativa plenamente vinculada, vinculada positivamente e vinculada negativamente. No primeiro caso, o Constituinte já fornece, de antemão, completa e abrangentemente, o sentido dos direitos e obrigações constituídos, não podendo o legislador ordinário ampliar-lhes ou restringir-lhes aquele sentido ainda que sob o argumento de favorece-los. No segundo, o Constituinte conforma o sentido dos direitos e obrigações, mas atribui ao legislador ordinário a tarefa de explicitá-lo. No terceiro, o constituinte dá uma linha de direção que não pode ser contrariada, conferindo ao legislador ordinário, *a contrario sensu*, amplas possibilidades.

A título de exemplo, digamos que a norma “é livre a locomoção no território nacional m tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (art. 5º, XV, da Constituição) corresponde a uma competência de qualificação legislativa plenamente vinculada; já a norma “o imposto previsto no inciso III-I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade na forma da lei”; (art. 153, § 2º. I, da Constituição) corresponde a uma competência de qualificação legislativa positivamente vinculada; e a norma “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182 da Constituição) corresponde a uma competência de qualificação legislativa negativamente vinculada.



*Celso Antonio Pacheco Fiorillo\**

## A JUSTIÇA DO TRABALHO EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E A APLICAÇÃO DE SANÇÕES PENAIS AMBIENTAIS(LEI 9605/98) NO ÂMBITO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

### 1.Sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente(Lei 9605/98).

As disposições gerais da Lei Federal 9605/98 procuram atender não só os regramentos que fundamentam o direito criminal e penal constitucional, como as especificidades criadas pelo direito criminal ambiental constitucional e pelo direito penal ambiental constitucional.

Com efeito, além de apontar a possibilidade de aplicação de sanções penais para as pessoas físicas, prática tradicional do Direito Penal ortodoxo(Art.2<sup>o</sup>), projetou importante hipótese no sentido de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas(Art.3<sup>o</sup>)<sup>[1]</sup>,

---

\*Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito, Membro Titular da Academia Paulista de Direito, Professor dos Programas de Pós-Graduação(Mestrado) da Universidade Metropolitana de Santos(UNIMES) e do Centro Universitário FIEO(UNIFIEO), Assessor Científico da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo(FAPESP), Diretor Científico do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídico-Ambientais(IBCJA), Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Direito Ambiental da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP

[1] CARVALHO SANTOS, em 1933, já desenvolvia interessante raciocínio em sua famosa obra "**Código Civil Brasileiro Interpretado**" que vale a pena transcrever em decorrência da matéria que estamos desenvolvendo no presente artigo: "**Responsabilidade Criminal**. Para os que julgam a pessoa jurídica uma mera ficção não é possível acolher a idéia de imputar um crime a tal pessoa, que não existe. Mas os que entendem ser a pessoa jurídica uma realidade, possuidora de uma personalidade concreta, claro está que a lógica manda admitam também a sua responsabilidade criminal. Tal é a tendência moderna, consubstanciada nas medidas de segurança e mesmo em verdadeiras penas que são impostas às pessoas jurídicas. Onde se manifeste a divergência é no seguinte: alguns escritores, como GIERKE, entendem que, punida a corporação não se deve punir o indivíduo que cometeu a infração por ela e para ela; enquanto outros como SALDANÃ, pensam que se deve aplicar uma dupla penalidade, uma pena ou medida de segurança contra a pessoa jurídica propriamente dita(associação, sociedade, etc.) e uma sanção repressiva contra o indivíduo e indivíduos que agiram por ela ou para ela(SALDANÃ, *Capacidade criminal de las personas sociales*,25).LACERDA DE ALMEIDA já ensinava que as associações, coletividades organizadas, podem delinquir; podem manifestar a vontade e a resolução criminosas, por seus órgãos naturais e competentes, e praticá-la, sem que haja a menor dúvida que o ato foi pela comunidade pensado, resolvido e mandado executar( *Pessoas Jurídicas*, 83).EVARISTO DE MORAES, a seu turno, observa, com razão: "Mas, ainda mesmo que se desconheça, neles, a vontade, oferece-se, para assento da doutrina mais moderna, a teoria causal, dominante hoje no chamado Direito Civil e no chamado Direito Penal, onde ela firmou a responsabilidade objetiva. Desde que na pessoa jurídica se encontre a origem do fato criminoso, será ela responsável. "Para este brilhante escritor, portanto, é indiscutível a vontade imputável das corporações, mas mesmo que não existisse a vontade, a responsabilidade subsistiria, como

---

sejam elas de direito público sejam elas de direito privado, inclusive com a aplicação do instituto da “desconsideração da pessoa jurídica”(Art.4<sup>o</sup>), instituto autorizador para que determinado órgão investido de poder, por força constitucional, possa num dado caso concreto não considerar os efeitos da personificação ou da autonomia jurídica de determinada sociedade.

Assim ao descrever a norma(Art.3<sup>o</sup>) que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas penalmente conforme o disposto na Lei 9605/98 nos casos em que a infração venha a ser cometida por decisão do representante legal ou contratual da pessoa jurídica, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade, estabeleceu evidentemente o direito positivo em vigor hipótese que encontra amparo no atual sistema constitucional, única possibilidade de realmente se interpretar o direito criminal ambiental e mesmo o direito penal ambiental.

As pessoas jurídicas indicadas no aludido Art.3<sup>o</sup> são aquelas previstas na Carta Magna, a saber, tanto as pessoas jurídicas de direito público<sup>[2]</sup>, representadas por seu representante legal, como as pessoas jurídicas de direito privado<sup>[3]</sup>, representadas por seu representante legal ou mesmo contratual. A idéia do legislador é responsabilizar efetivamente a unidade jurídica que resulta de uma coletividade humana organizada, para adotarmos feliz expressão de J.M.CARVALHO SANTOS citando GIORGI<sup>[4]</sup>, ligando cada um dos indivíduos que eventualmente possam fazer parte de sua composição ,nos casos disciplinados na lei.

Concluimos, por via de consequência, que as sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente passaram, inicialmente em decorrência do que estabelece a Constituição Federal e posteriormente a partir da Lei 9605/98, a ser atribuídas àqueles, pessoas físicas ou jurídicas, considerados infratores no plano ambiental dentro de previsão circunscrita às situações previstas no atual ordenamento jurídico, ou seja, quem(pessoa física ou jurídica)de qualquer forma concorrer para a prática dos crimes

---

consequência da teoria causal.(*Codelinquência e responsabilidade penal coletiva, na Ver. De Crítica Judiciária, vol. 12,pág.302*).A nossa legislação dispõe o seguinte: “A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal.Nos crimes em que tomarem parte membros de corporações, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recairá sobre cada um dos que participarem do fato criminoso”. (Cód.Penal, art.25 e seu parágrafo).Como se vê, por este dispositivo, não foi acolhida a doutrina mais moderna, ou antes agora renovada, pois é antiga e foi banida dos Códigos como uma consequência da Revolução francesa.Mas, em outras leis, o princípio já é diverso.Haja vista a lei n.4269, de 17 de janeiro de 1921, art.12, que comina duas sanções contra associações, sindicatos e sociedades civis, quando incorrem em atos nocivos ao bem público: fechamento ordenado pelo Govêrno por tempo determinado e dissolução promovida pelo Ministério Público, mediante ação sumária”. Vide ódigo Civil Brasileiro Interpretado, Volume I, 6<sup>a</sup> Edição, 1953,Livraria Freitas Bastos.

[2] Conforme ENNECERUS/NIPPERDEY “*Son personas jurídicas de derecho público las constituídas inmediatamente por la ley o por acto administrativo para ser sujetos de funciones públicas, de modo que su constitución está regulada en el interés público por prescripción de derecho, o bien las que son reconocidas posteriormente la ley o acto administrativo de la autoridad competente por ocuparse del cumplimiento de fines públicos. Pertenecen, por ejemplo, a la categoría de las personas de derecho público, el Estado...(el Reich alemán y los Estados Federados)! No las autoridades!*”. Vide Tratado de Derecho Civil, Tomo I – 1<sup>o</sup>, Ennecerus – Nipperdey – Parte General,Bosch, pág.429,2<sup>a</sup> Ed.,1953.

[3] No Tratado antes referido se estabelece que “*Son personas jurídicas de derecho privado las asociaciones y fundaciones cuyo nacimiento y constitución se basan en estatuto privado o en negocio fundacional de derecho privado*. Ob.citada,pág.429.

[4] Código Civil Brasileiro Interpretado, Volume I, 6<sup>a</sup> Edição,1953,Livraria Feitas Bastos,pág.338.

[5] **Em julgamento histórico e inédito a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça(STJ) responsabilizou**

---

## **2. Da poluição e outros crimes ambientais : o artigo 54 e os danos à saúde humana.**

O artigo 54 reza ser crime “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana...” com pena de reclusão, de um a quatro anos e multa Cabe, no contexto do presente artigo destacar o que significa “danos à saúde humana”.

Conforme já afirmado, a saúde, no plano constitucional, passou a albergar o conteúdo do bem-estar, da ausência de patologia de qualquer espécie, seja a natural, seja a doença ocupacional, profissional ou do trabalho (acidente do trabalho), assim como suas respectivas reparações e adaptações com o objetivo primordial de prevenir e secundário de restituir o statu quo ante. A idéia contida no artigo 54 é exatamente resguardar a incolumidade físico-psíquica da pessoa humana punindo aqueles que causem poluição em face da saúde, ou seja, as pessoas físicas ou as pessoas jurídicas que degradem a qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde (Art. 3<sup>o</sup>, III, letra “a”).

No plano do Meio Ambiente do Trabalho e particularmente em face das relações que envolvem trabalhadores e empregadores, as pessoas jurídicas passam a ser responsabilizadas criminalmente, em decorrência da Lei 9605/98, o que salienta a necessidade de estabelecimento de tutelas preventivas por parte daqueles que controlam as atividades econômicas.

Daí a determinação contida no parágrafo 3<sup>o</sup> do Art. 54 da Lei Criminal Ambiental estabelecendo incorrer “nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior (reclusão de um a cinco anos) quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, MEDIDAS DE PRECAUÇÃO EM CASO DE RISCO DE DANO AMBIENTAL GRAVE OU IRREVERSÍVEL. A norma se utiliza do rigor penal exatamente para estimular um meio ambiente ecologicamente equilibrado – particularmente em face da saúde da pessoa humana – informando nova dimensão às regras preventivas adaptadas à proteção da pessoa humana.<sup>[6][7]</sup>

## **3. Da poluição e outros crimes ambientais :o artigo 54, parágrafo 2<sup>o</sup> ,inciso II e a poluição atmosférica.**

Outro aspecto importante determinado pela Lei Criminal Ambiental diz respeito a poluição atmosférica que cause dano direto à saúde da população. O Art. 54, parágrafo 2<sup>o</sup>, inciso II estabelece novidade no sentido de delimitar responsabilidade criminal, com a aplicação da pena de reclusão, de um a cinco anos, para aqueles que, conspurcando o ar atmosférico, acabem por afetar de forma direta a incolumidade físico-psíquica da população. Trata-se de hipótese que, em se tratando de relações que originariamente estariam a envolver

---

**criminalmente empresa por dano ambiental confirmando nosso entendimento anterior**(vide nosso Curso de Direito Ambiental Brasileiro, desde a 2ª edição ampliada, 2001). Os ministros seguiram o entendimento do Relator, **Ministro Gilson Dipp**, para quem “ a decisão atende um antigo reclamo de toda a sociedade contra privilégios inaceitáveis de empresas que degradam o meio ambiente”. Vide Processo REsp 564960 tendo como recorrente Ministério Público do Estado de Santa Catarina e recorrido Auto Posto 1270 Ltda.(Processo distribuído em 05 de setembro de 2003).

[6] Cabe destacar que a Constituição do Estado de São Paulo estabelece que “em condições de risco grave ou iminente no local de trabalho será lícito ao empregado interromper suas atividades, sem prejuízo de quaisquer direitos, até a eliminação do risco”(Art.229, parágrafo 2<sup>o</sup>).

[7] Ensina Gilson Dipp que “... o caráter preventivo da penalização, com efeito, prevalece sobre o punitivo. A realidade, infelizmente, tem mostrado que os danos ambientais, em muitos casos, são irreversíveis, a ponto de termos a perda significativa e não remota da qualidade de vida no planeta”.Vide REsp 564960,Relator Ministro Gilson Dipp.

trabalhadores e empregadores em face do meio ambiente do trabalho dentro de hipóteses que em princípio poderiam ser perfeitamente delimitadas, alcançaria também pessoas indeterminadas estabelecendo visão a abarcar os denominados **direitos criminais difusos**<sup>[8]</sup>.

#### **4. Da poluição e outros crimes ambientais: o artigo 56 e os produtos e substâncias tóxicas, perigosas ou nocivas à saúde.**

O artigo 56 põe em destaque a necessidade de fixar rigoroso controle das denominadas substâncias tóxicas, perigosas ou nocivas à saúde humana em absoluta sintonia com as exigências estabelecidas em lei ou mesmo regulamentos. Claro está, e nem poderia ser de outro modo por força do que estabelecem os princípios gerais da atividade econômica e financeira indicadas em nossa Carta Magna, que não configura crime produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana em decorrência única e exclusivamente de sua periculosidade intrínseca, ou seja, que lhe é própria e mesmo essencial sendo efetivamente seu aspecto fundamental (é a hipótese dos agrotóxicos e mesmo dos medicamentos). O que destaca o legislador é a necessidade de se realizar efetivo controle de aludidos produtos ou substâncias com particular atenção às hipótese de maior potencial ofensivo (Artigo 56, parágrafo 2º).

Deve ser salientado que as situações descritas no âmbito do artigo ora comentado se verificam exatamente no contexto das diferentes possibilidades exercitadas por diferentes empregadores (tanto no âmbito da viabilização de produtos como na realização de serviços) através da atuação dos trabalhadores no plano das atividades fundamentalmente destinadas ao consumo. O crime ambiental diz respeito, na verdade, às hipóteses em que a pessoa jurídica ou mesmo física estaria atuando na ordem jurídica do capitalismo sem observar as importantes restrições legais necessárias no sentido de preservar a saúde da pessoa humana<sup>[9]</sup>.

#### **5. A Emenda Constitucional 45/2004 e a competência da Justiça do Trabalho visando sanções penais ambientais : o Art.114,I e IX da Constituição Federal.**

Na medida em que a ordem jurídica se desenvolve no sentido de melhor estabelecer a defesa dos direitos materiais constitucionais fundamentais da pessoa humana, a saúde se destaca como um dos mais importantes valores a ser tutelado inclusive pelo direito criminal ambiental constitucional.

A novidade estaria em se interpretar o conflito que eventualmente possa ocorrer nas relações que envolvem trabalhadores e empregadores dentro de um novo contexto em que a Justiça do Trabalho será chamada a dirimir controvérsias que sem dúvida alguma seriam melhor apreciadas à luz da experiência de magistrados habituados às lides laborais com

[8] Ao apreciar a questão vinculada ao já citado REsp 564960 o Ministro Gilson Dipp teve a oportunidade de destacar que “ a Constituição Federal de 1988, consolidando uma tendência mundial de atribuir maior atenção aos interesses difusos, conferiu especial relevo à questão ambiental, ao elevar o meio ambiente à categoria de bem jurídico tutelado autonomamente, destinando um capítulo inteiro à sua proteção”.

[9] Ao comentar a adequada interpretação da Lei 9605/98 que regulamentou o Art.225, parágrafo 3º de nossa Carta Magna, ensina o Ministro Gilson Dipp que “ a referencia às pessoas jurídicas, no entanto, não ocorreu de maneira aleatória, mas como uma escolha política, diante mesmo da pequena eficácia das penalidades de natureza civil e administrativa aplicadas aos entes morais”. E continua “ **É sabido, dessa forma, que os maiores responsáveis por danos ao meio ambiente são empresas, entes coletivos, através de suas atividades de exploração industrial e comercial (grifos nossos)**. A incriminação dos verdadeiros responsáveis pelos eventos danosos, no entanto, nem sempre é possível, diante da dificuldade de se apurar, no âmbito das pessoas físicas, a responsabilidade dos sujeitos ativos dessas infrações” Vide Resp 564960.

particular destaque para a tutela do meio ambiente do trabalho.

Destarte a aplicação da lei criminal ambiental em face do meio ambiente do trabalho surge não só como hipótese a ser assimilada pelo Art.114, I da Constituição Federal (“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) como em decorrência do que reza o Art.114, IX (“ outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei” ) particularmente diante da necessidade de se demonstrar, uma vez mais, a importância fundamental da Justiça do Trabalho no sentido de melhor disciplinar a dignidade da pessoa humana em face da ordem jurídica do capitalismo.

Com efeito.

Já no final do século passado o Supremo Tribunal Federal havia adotado o seguinte entendimento no que se refere ao Meio Ambiente do Trabalho:

“Competência – Ação Civil Pública – Condições de Trabalho. Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho” (STF-2ª T. , RE 206.220-MG, Rel. Min.Marco Aurélio, julgado em 16/3/199, in DJU de 17/9/99, p.58).

O Superior Tribunal de Justiça, em importante manifestação veiculada em 2002, também teve a oportunidade de aduzir:

“Competência. Conflito negativo. Justiça Comum Estadual e Trabalhista. Ação Civil Pública. Impacto causado à categoria dos motoristas com supressão da função de cobrador. Descumprimento pela ré do disposto em Portaria do MTPS. Natureza da relação jurídica. Meio ambiente do trabalho. Compete à Justiça do Trabalho instruir e julgar ação civil pública em que se pretende a tutela coletiva de cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, concernentes na realização de estudo preliminar de impacto no ambiente de trabalho e na saúde do motoristas, ante a possibilidade de aumento de suas atividades e, conseqüentemente, sobrecarga de suas funções, haja vista a substituição da figura do cobrador por equipamentos de cobrança automática das passagens (catracas eletrônicas). Via de regra, é pela natureza da relação jurídica substancial que se determina a competência das várias “ Justiças” do ordenamento pátrio, sendo atribuída constitucionalmente à Justiça do Trabalho a competência para julgar, na forma da lei, “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”, a teor do artigo 114, 2ª parte, da Constituição da República, de 1988. Competência da Justiça do Trabalho” .(STJ – 2ª Seção, CC 31469/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. Em 27/11/2002, in DJU de 17/2/2003).

O movimento destinado a alargar gradualmente a competência da Justiça do Trabalho nos últimos tempos ganhou importante impulso com recente decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal que, reformulando entendimento anterior, veio a declarar que a competência para julgar ações por dano moral e material decorrente de acidente do trabalho é da Justiça Trabalhista conforme decisão unânime tomada em 29/6/2005 durante análise de Conflito Negativo de Competência (CC 7204) suscitado pelo Tribunal Superior do Trabalho contra o Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

Mais não é preciso dizer. Para “ se aferir os próprios elementos do ilícito, sobretudo a culpa e o nexo causal, é imprescindível que se esteja mais próximo do dia-a-dia da complexa realidade laboral” nas lúcidas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto, Relator do Conflito de Competência 7204-1 Minas Gerais antes citado.

Daí a inequívoca competência da Justiça do Trabalho com o objetivo de aplicar, após o devido processo legal, as sanções penais ambientais no âmbito do meio ambiente do trabalho como correta interpretação dos fundamentos destinados a assegurar a dignidade da pessoa humana na ordem econômica do capitalismo.

*Salvador Franco De Lima Laurino*<sup>1</sup>

## OS REFLEXOS DAS INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO DO TRABALHO<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. As recentes modificações do Código de Processo Civil. 2. A unidade do direito processual e a identidade do processo do trabalho. 3. Os reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

### **1. As recentes modificações do Código de Processo Civil.**

Entre dezembro de 2005 e fevereiro de 2006, um conjunto de quatro leis introduziu as mais recentes alterações no Código de Processo Civil. A primeira foi a Lei nº. 11.232, de 23-XII-2005, que modificou o regime da liquidação e da execução de sentença. De acordo com o modelo implantado em 1973, o cumprimento da sentença condenatória se efetuava por meio de outro processo, diferente daquele em que se originou o título executivo. A liquidação da sentença, sem a qual não é possível se proceder à satisfação coativa do direito, tinha sua disciplina no Livro II do Código, que é destinado ao regramento do processo de execução. A defesa do executado era feita por meio dos embargos do devedor, uma ação autônoma, que dava origem a outro processo, incidental à execução e que suspendia o cumprimento da sentença condenatória.

Com o propósito de simplificar e acelerar os atos destinados à satisfação do direito reconhecido por sentença, a Lei nº. 11.232 acabou com a separação entre processo de conhecimento e de execução. As atividades destinadas à declaração e à satisfação do direito passam a se realizar na mesma relação processual. Em consequência, tornou-se desnecessária tanto a iniciativa do credor para o início da execução quanto a citação do executado. Após a fixação do valor da obrigação, o devedor é intimado para pagamento em 15 dias, com cominação de multa de 10% em caso de descumprimento da ordem. A defesa do devedor passa a ser feita na própria relação processual destinada ao cumprimento da sentença, por meio de simples impugnação, sem efeito suspensivo, e não mais por ação autônoma de embargos do devedor, que ficou restrita às hipóteses de execução contra a Fazenda Pública e fundada em título extrajudicial.

Em virtude de imperativo de ajuste sistêmico com o atual modelo, a sentença, que era definida pelo artigo 162 do Código de Processo Civil de acordo com um *efeito*, qual

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho na Segunda Região. Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Processual do Trabalho na Escola Paulista de Direito Social.

<sup>2</sup> Texto de exposição apresentada em 23-VI-2006, no plenário do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, a convite da Escola Judicial.

seja a extinção do processo, passa a ser definida por seu *conteúdo*, que é a resolução do pedido formulado na demanda, com ou sem julgamento do mérito. De outra parte, a disciplina da liquidação foi deslocada do Livro II do Código de Processo Civil, que trata do processo de execução, para o Livro I, que cuida do processo de conhecimento e do cumprimento da sentença.

A segunda lei que modificou o Código de Processo Civil é a de nº. 11.276, de 08-II-2006. Através dela, introduziu-se o parágrafo 4º ao artigo 515 do Código de Processo Civil, que permite ao tribunal determinar a prática de ato processual visando sanar eventual nulidade de modo a permitir o julgamento do mérito do recurso. Além disso, ela acrescentou o parágrafo 1º do artigo 518, que determina ao juiz de primeiro grau o não-conhecimento da apelação contra sentença que esteja em conformidade com a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

A terceira lei é a de nº. 11.277, de 08-II-2006. No novo artigo 285-A, ela criou o decreto liminar de improcedência de demandas repetitivas: *“Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”*.

Finalmente, a Lei nº. 11.280, de 17-II-2006, tratou de vários assuntos, ligados ao reconhecimento da incompetência relativa, aos meios eletrônicos de comunicação dos atos processuais, ao acolhimento da prescrição de ofício, à prevenção provocada por processos extintos sem resolução de mérito, à comunicação dos atos processuais na revelia, à carta rogatória e precatória, à suspensão do cumprimento da sentença por meio da ação rescisória e à vista dos autos no tribunal pelos juízes que compõem o órgão julgador.

## **2. A unidade do direito processual e a identidade do processo do trabalho.**

Antes de passarmos ao exame dos reflexos dessas alterações no processo do trabalho, é necessário lembrar de uma lição muito importante de direito processual, que é a premissa metodológica da unidade fundamental do direito processual.

A ordem jurídica é um sistema hierarquizado de normas, em cujo vértice está a Constituição, e que se desdobra em dois sistemas jurídicos autônomos e interdependentes que são o direito material e o direito processual. O direito material disciplina as relações das pessoas em face dos bens da vida. É a primeira forma de solução do conflito de interesses, a disputa imemorial de pessoas ou de grupos por bens escassos. O conflito de interesses é o fruto do descompasso entre as ilimitadas necessidades humanas e a limitação de bens com aptidão para satisfazê-las. Com a função de disciplinar essa disputa e, assim, preservar a paz em sociedade, o direito material estabelece regras gerais e abstratas que definem previamente as situações de vantagem e de conseqüente desvantagem em face dos bens da vida. Ocorre que nem sempre essa disciplina é suficiente para evitar crises nas relações entre os indivíduos e grupos. De modo geral, as crises se manifestam na pretensão de uma pessoa ou de um grupo de pessoas a um bem da vida e na impossibilidade de obtê-lo em virtude da resistência de quem poderia dá-lo. Daí o outro plano da ordem jurídica, o direito processual, o conjunto operativo de instituições e procedimentos por meio do qual o Estado exerce a jurisdição com a finalidade de solucionar o conflito mediante a aplicação da regra de direito material e, dessa forma, proteger a esfera jurídica de quem tem razão no litígio.

A premissa metodológica da unidade do direito processual significa que, apesar das diferenças que existem entre os variados ramos do direito processual – processo civil,

processo do trabalho, processo penal, processo tributário -, todos eles têm um substrato comum, um núcleo jurídico que é formado por um sistema de regras agrupadas em torno dos mesmos institutos, governadas pelos mesmos princípios e voltadas para uma mesma finalidade na ordem jurídica. Os institutos comuns a todos os ramos do direito processual são: a *jurisdição*, a *ação*, a *defesa* e o *processo*, que são os eixos em torno dos quais gravitam todas as regras do sistema processual. Os princípios comuns estão inscritos na Constituição e são, em elevado nível de generalidade - como, aliás, convém aos princípios -, o *acesso à justiça*, o *devido processo legal* e a *independência dos juizes*. E a função de qualquer ramo do direito processual é a efetiva, adequada e tempestiva *tutela jurisdicional*, assim compreendida a proteção que o Estado dispensa a quem tem razão em um processo, seja o autor, seja o réu.

Utilizando uma imagem, o direito processual é como os seres humanos. Apesar de não existirem duas pessoas exatamente iguais, porque até mesmo gêmeos idênticos têm personalidades diferentes, a anatomia é a mesma para todo mundo. Todos nós temos cérebro, coração, pulmões, sistema digestivo. Algo semelhante acontece com o direito processual. Apesar das diferenças que existem entre os seus variados ramos, todos têm a mesma estrutura e a mesma função na ordem jurídica. Todos são instrumentos por meio do qual o Estado exerce a jurisdição com o objetivo de resolver conflitos mediante a aplicação da regra de direito material. Daí a conhecida metáfora de FRANCESCO CARNELUTTI, a cujo gênio deve-se a percepção da unidade do processo. Segundo ele, o direito processual é como uma árvore, cujo tronco comum cresce até certa altura, quando começam surgir seus variados ramos. A confirmação da unidade do direito processual é encontrada no inciso I do artigo 22 da Constituição, que não se refere aos variados ramos do direito processual, mas apenas e tão-somente ao “direito processual”, em sentido unitário.

A existência dessa base jurídica comum a qualquer ramo do direito processual conduz a uma conseqüência teórica e a uma outra conseqüência prática. A conseqüência teórica, concebido o direito processual como ramo autônomo da ciência jurídica, é a possibilidade de elaboração de uma teoria geral do direito processual, cujo objeto é o corpo de conhecimentos comuns a todos os ramos do direito processual, o que abrange os métodos, os princípios, os institutos e as funções sociais, políticas e jurídicas do sistema processual. A conseqüência prática, concebido o direito processual como norma jurídica, é a possibilidade de aplicação subsidiária de regras do processo comum como meio de integração das lacunas dos processos especiais. Isso é muito importante para o processo do trabalho, cuja festejada simplicidade, que decerto é sua maior virtude, tem como contrapartida uma grande dependência do processo comum. Sabemos que é a possibilidade de aplicação subsidiária do processo comum que torna o processo do trabalho operacional. A Consolidação não se ocupa, por exemplo, das disposições gerais sobre os recursos, não trata do regime da coisa julgada, da antecipação de tutela, dos meios de coerção destinados ao cumprimento específico de obrigação de fazer e não fazer, pouco dispõe sobre a tutela jurisdicional coletiva. É a existência desse núcleo jurídico comum a todos os ramos do direito processual que permite a aplicação dos preceitos do processo comum e que, de conseqüência, confere operacionalidade ao processo do trabalho.

Afirmar a unidade do sistema processual não significa negar a identidade de cada um dos variados ramos do direito processual e nem postular a uniformidade de soluções para todos eles. Há uma região em que o tronco das regras comuns acaba e onde as especificidades de cada um dos ramos começam a surgir. A identidade do processo do trabalho decorre da necessidade de adequação ao objeto de sua proteção, que, a princípio, são os direitos substanciais tutelados pelo Direito do Trabalho. Em função disso, a aplicação subsi-

diária das normas do processo civil ao processo do trabalho depende do concurso de dois requisitos, que de acordo com o artigo 769 da Consolidação são: *i)* a omissão do processo especial sobre o tema e *ii)* a compatibilidade da norma do processo civil com as peculiaridades do processo do trabalho.

Assinale-se que a Emenda Constitucional nº. 45, de 08-XII-2004, deslocou para a competência da Justiça do Trabalho o julgamento de demandas que não dizem respeito diretamente à relação jurídica que liga os sujeitos da relação de emprego. Nessa situação estão as ações derivadas das disputas por representatividade sindical e o leque de ações fiscais que se abre a partir das penalidades impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho. O processo do trabalho não é mais apenas o instrumento de proteção dos direitos decorrentes da relação de trabalho, mas “*o processo da Justiça do Trabalho*”, conforme a locução do artigo 763 da Consolidação. Em razão disso, o exame da compatibilidade de normas do processo civil não poderá prescindir da consideração da natureza da relação jurídica de direito material a que se pede proteção perante a Justiça do Trabalho. Se o pedido derivar da relação de emprego, a situação é uma; se for uma relação fiscal ou uma disputa entre entidades sindicais, em que o equilíbrio dos litigantes no plano do direito material é diferente, a resposta à pergunta da compatibilidade talvez não seja a mesma.

### **3. Os reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho**

Fixados esses pressupostos metodológicos, estamos em condições de passar ao exame dos efeitos que as recentes modificações do Código de Processo Civil produziram no processo do trabalho. Questão supostamente mais simples é a nova regra do artigo 285-A, que se ocupa do decreto liminar de improcedência de demandas repetitivas. Na Justiça do Trabalho, um exemplo da situação a que se destina essa novidade foi a pleora de demandas postulando o pagamento de diferenças decorrentes dos expurgos da correção monetária causados pelos planos econômicos de 1989 e 1990. Primeiro nos salários e depois na indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS. Seria legítimo, de acordo com a nova regra, o juiz decretar liminarmente a improcedência do pedido em vista de sentenças já proferidas em situações idênticas? A resposta é negativa. Isso porque a regra enfocada é incompatível com os procedimentos do processo de conhecimento da Consolidação. Ao contrário do que se passa no procedimento comum do Código de Processo Civil – ordinário e sumário –, nos procedimentos comuns da Consolidação a petição inicial não é encaminhada ao juiz para despacho inicial. De acordo com a norma do artigo 841 da Consolidação, a petição inicial é encaminhada ao diretor de secretaria, que designa a data da audiência e providencia a citação postal do réu. Apenas na audiência é que o juiz toma contato com a petição inicial. Diante dessa diferença de rito, a aplicação do artigo 285-A ao processo do trabalho ensejaria nulidade insanável por frustrar a tentativa de conciliação, que, à luz do escopo de pacificação social, é sempre mais desejável do que a sentença.

A conclusão será outra se o objeto do processo envolver direitos indisponíveis, para os quais não se admite a conciliação. Imagine-se uma avalanche de demandas fiscais promovidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Como a lei impede a conciliação, a ausência de audiência não implicaria prejuízo aos litigantes e, portanto, não acarretaria nulidade (CLT, art. 794). Nessa situação, o decreto liminar de improcedência traria a vantagem de impedir o emperramento da máquina judiciária com a sobrecarga ociosa de processos fiscais e o conseqüente retardamento da prestação jurisdicional nos processos que envolvem direitos alimentares derivados da relação de trabalho, que é a principal função da Justiça do Traba-

lho. Isso não quer dizer que a audiência seja prescindível em qualquer situação em que os direitos sejam indisponíveis. A audiência nos procedimentos da Consolidação não se destina apenas à tentativa de conciliação e à produção da prova oral. Ela é o eixo de um procedimento que enfatiza a oralidade com o objetivo de simplificar a disciplina do processo e conferir maior celeridade à prestação jurisdicional na Justiça do Trabalho. Apenas na hipótese de demandas repetitivas em que não cabe a conciliação e, claro, naqueles processos cujo rito especial não a comporta, como é o caso do mandado de segurança, torna-se possível prescindir da audiência. Afora isso, para se garantir a celeridade, deve-se concentrar na audiência o maior número possível de atos processuais, mesmo que a lei não permita a conciliação.

Mais delicada é a questão envolvendo a compatibilidade do processo do trabalho com a possibilidade de acolhimento da prescrição de ofício. Confesso que não consegui compreender a vantagem trazida por essa inovação para o aprimoramento do sistema judicial de proteção de direitos. A tradição do nosso processo civil é a de se conhecer de ofício a matéria de ordem pública porque ela diz respeito ao interesse de toda sociedade. Ocorre que a prescrição concerne tão-somente à esfera jurídica do réu, que no processo do trabalho quase sempre é o empregador. O argumento da efetividade do direito material não me convence. Levando-o a extremos, seríamos forçados tanto a ignorar o postulado da correlação entre demanda e provimento quanto a defender a possibilidade do juiz conhecer de ofício de qualquer matéria de defesa. Com fundamento em uma visão exagerada da efetividade do direito material, correremos o risco de avançar a passos largos em direção a um processo de feição autoritária, que sobrepeõe os sentimentos pessoais de justiça do juiz à legalidade democrática e provoca surpresas que enfraquecem a dimensão política do princípio do contraditório.

Nesse momento inicial de reflexão, inclino-me a acreditar que a inovação não guarda compatibilidade com o processo do trabalho. A afirmação da autonomia do direito processual não significa dizer que haja neutralidade em relação ao direito material. De maneira indireta, a lei que modifica o sistema processual pode interferir no ponto de equilíbrio fixado pela lei de direito material. É forte a impressão de que a iniciativa oficial no acolhimento da prescrição enfraquecerá a proteção que o direito material dispensa ao crédito do trabalhador, contrariando o princípio de proteção inscrito no *caput* do artigo 7º da Constituição, que é a pedra angular do sistema de Direito do Trabalho. Imagine-se que o empregador decida renunciar à prescrição e não se defender de um pedido de condenação no pagamento de 10 anos de férias atrasadas. Ao acolher a prescrição sem provocação, o juiz do trabalho estará impedindo uma renúncia que, a par de legítima à luz do artigo 191 do Código Civil, é francamente benéfica ao trabalhador. De qualquer modo, como a experiência mostra que normalmente o réu toma a iniciativa na arguição da prescrição, é razoável supor que, apesar do barulho provocado, a inovação, se compatível com o processo do trabalho, terá pequena repercussão prática.

Outra novidade está na redação do artigo 253 do Código de Processo Civil, que estabelece uma prevenção de juízo em relação a processo extinto sem resolução do mérito. Isso significa que o juízo que proferir a sentença de extinção do processo estará preventivo para a repetição da mesma demanda. A inovação tem plena aplicação ao processo do trabalho, já que se destina a conferir efetividade ao princípio constitucional do juiz natural.

De acordo com o novo artigo 322 do Código de Processo Civil, quando o revel tiver patrono nos autos, ele deverá ser intimado dos atos processuais. Caso não tenha patrono, prevalece a velha regra de que é prescindível a intimação. A disciplina da comunicação dos atos processuais ao revel tem regra específica na Consolidação, que no artigo 852 determina a notificação da sentença para o réu por via postal com aviso de recebimento ou, se

ele não for encontrado, por meio de edital, mesmo que não tenha patrono constituído nos autos.

As novas normas do parágrafo único do artigo 112 e do artigo 114 do Código de Processo Civil fixam que o juiz deve conhecer de ofício a incompetência em razão do local quando se apurar a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão. A princípio, a inovação não tem aplicação ao processo do trabalho. A doutrina e a jurisprudência não divergem sobre a impossibilidade de se estipular cláusula de eleição de foro no contrato de emprego. A norma do artigo 651 da Consolidação é cogente, de modo que disposição privada não pode dispor de maneira diferente.

O parágrafo do artigo 305 do Código de Processo Civil permite o protocolo da exceção de incompetência em razão do local no juízo do domicílio do réu para encaminhamento ao juízo que determinou a citação. Cuida-se de norma que também não se aplica ao processo do trabalho, ao menos quando ele se destina à solução de conflito derivado da relação de emprego. A Consolidação tem regra específica sobre a competência territorial em tal situação e uma outra fixando que a apresentação da exceção deve ser feita na audiência.

Outra mudança diz respeito à concessão de medida de urgência em ação rescisória. A nova redação do artigo 489 do Código de Processo Civil manteve a tradição pela qual o ajuizamento da ação rescisória não suspende o cumprimento da sentença. Mas ressaltou a possibilidade de suspensão dos atos executivos quando estiverem presentes os pressupostos autorizadores da concessão de medida cautelar ou de antecipação de tutela. Não se trata de uma grande inovação. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já admitiam a possibilidade de suspensão do cumprimento da sentença sempre que à grande probabilidade de confirmação do fundamento da rescisória estivesse aliado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao demandante. Em certa medida, a possibilidade de concessão de medidas de urgência na ação rescisória enfraquece a autoridade da coisa julgada. De qualquer modo, convém não esquecer que a providência se destina a combater a injustiça de decisões teratológicas, que, convenhamos, justificam reações mais severas. Na realidade, o grande problema da ação rescisória na Justiça do Trabalho decorre de uma equivocada jurisprudência que, a pretexto de facilitar o acesso à justiça, dispensou de maneira indiscriminada o depósito sobre o valor da causa, exigido pelo inciso II do artigo 488 do Código de Processo Civil, abrindo um caminho perigoso para o devedor atacar a autoridade da coisa julgada.

Outra novidade está na regra do parágrafo 4º do artigo 515 do Código de Processo Civil. A norma permite ao tribunal determinar a realização de ato destinado a sanar nulidade em ordem a permitir o julgamento do mérito. A norma tem aplicação apenas naquelas situações em que o defeito pode ser sanado para que sobrevenha o julgamento do mérito. Não é o que ocorre com nulidades como o cerceamento de defesa, em que se impõe a anulação dos atos praticados desde o injusto indeferimento da prova requerida pela parte. Uma hipótese de aplicação da norma é a irregularidade da representação do advogado que assinou o recurso. Ao verificar o defeito, o relator abrirá prazo para a regularização e o julgamento prosseguirá em direção ao mérito. Outra hipótese é a ausência no processo de um dos sucessores do trabalhador que faleceu. Em vez de anular os atos praticados, é possível intimá-lo para que se manifeste sobre a possibilidade de ratificação dos atos já praticados em ordem a permitir o julgamento de mérito em benefício dele mesmo.

O parágrafo 1º do artigo 518 determina ao juízo que proferiu a sentença não conhecer da apelação quando a decisão estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Ainda que a inovação seja compatível com o processo do trabalho, é provável que os resultados sejam modestos, já que a maior

parte das demandas distribuídas à Justiça do Trabalho apresenta cumulação de pedidos. Perante o propósito de aceleração do procedimento, será de duvidosa utilidade não se conhecer de capítulos do recurso, pois sempre há a possibilidade de interposição do agravo de instrumento junto com o recurso ordinário. Mesmo assim, fica a dúvida: se as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho não são vinculativas, porquanto não se ajustam à hipótese do artigo 103-A da Constituição, o juiz-relator poderá se recusar a seguir a orientação da súmula e dar provimento ao agravo de instrumento para conhecer do recurso ordinário? Ou à hipótese incide a regra do *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, segundo a qual “*O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência predominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior?*”

Mas as mudanças mais significativas da recente reforma do Código de Processo Civil estão no regime do cumprimento da sentença. De acordo com o novo regime, à definição do valor da obrigação segue-se a intimação do devedor para pagamento no prazo de 15 dias, sob pena de uma multa correspondente a 10% do valor da dívida (CPC, art. 475-J). Não se efetuando o pagamento, expede-se o mandado de penhora e avaliação, sendo que a intimação da penhora poderá ser feita na pessoa do advogado do devedor (CPC, art. 475-J, § 1º). Garantido o juízo, o devedor tem o prazo de 15 dias para oferecer sua impugnação, que, a princípio, não tem efeito suspensivo (CPC, art. 475-M). Fica ao prudente critério do juiz conceder o efeito suspensivo, conforme compareça o risco de dano irreparável ou de difícil reparação com o prosseguimento dos atos executivos. Tratando-se de crédito de natureza alimentar ou derivado de ato ilícito, desde a Lei nº. 10.444, de 07-V-2002, permite-se a execução provisória até o limite de 60 salários mínimos se o credor estiver em estado de necessidade (CPC, art. 475-O, § 2º, inciso II).

Embora simplifiquem e acelerem o caminho destinado à satisfação do direito, essas inovações não se aplicam integralmente ao processo do trabalho. De acordo com o regime da Consolidação, o devedor continua com o direito à nomeação de bens, o que não existe mais no regime do Código de Processo Civil (CLT, art. 882). Os embargos à execução sempre suspendem o cumprimento da sentença, visto que o regime da Consolidação não permite que a execução importe a liberação do depósito ou atos de alienação da propriedade antes do julgamento definitivo pela Justiça do Trabalho (CLT, art. 899, *caput*, e 893, § 2º), exceção feita ao depósito recursal, que pode ser liberado com o trânsito em julgado da condenação (CLT, art. 899, § 1º). E a multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil não se aplica ao processo do trabalho porque a Consolidação tem em seu artigo 882 disposição específica sobre os efeitos do descumprimento da ordem de pagamento.

Em comparação com o atual regime de execução do Código de Processo Civil, o ponto negativo do regime da Consolidação diz respeito à execução provisória. Quanto à forma de comunicação da ordem de pagamento ao devedor, há certa paridade entre os regimes do Código de Processo Civil e da Consolidação. Chamemos de citação ou de intimação o ato que se segue à fixação do valor da obrigação, o certo é que, tanto na Consolidação, como no Código de Processo Civil, a ordem de pagamento é pessoal, seja ela cumprida por oficial de justiça, seja por via postal com aviso de recebimento. Ainda que a intimação da penhora ao advogado do devedor seja compatível com o processo do trabalho, convém não alimentar ilusões em relação à eficácia dessa providência para o aceleramento da execução. A penhora é um ato complexo que se aperfeiçoa com o depósito; sem depositário não há penhora. Afora situações excepcionais, como a penhora “*on-line*”, em que o dinheiro penhorado fica sob a custódia da instituição financeira, o depósito do bem é um encargo que normalmente é assu-

mido pelo executado e que exige um ato pessoal dele, que, na praxe da Justiça do Trabalho, normalmente coincide com a intimação da penhora. Por isso, em relação à forma de comunicação da ordem de pagamento e da penhora avançamos pouco em relação ao que já temos na Consolidação.

Quanto à execução provisória, que é a possibilidade de liberação do depósito em dinheiro ou da alienação da propriedade do bem penhorado antes da sentença condenatória transitar em julgado, o regime do Código de Processo Civil permite a expropriação sem caução até o limite de 60 salários mínimos quando o crédito tiver natureza alimentar e o credor estiver em estado de necessidade, isto é, em situação de penúria que não lhe permita prover os meios necessários à sua subsistência. Embora seja a hipótese clássica da execução trabalhista, caracterizada pela atuação de desempregados que buscam o pagamento de salários – crédito de natureza alimentar e uma forte presunção de estado de necessidade -, o sistema de execução provisória do Código de Processo Civil não comporta aplicação subsidiária ao processo do trabalho, pois a regra inscrita no artigo 899 da Consolidação só permite a execução provisória até a penhora. É dizer, o caminho da Consolidação em direção à satisfação do crédito pára um passo antes do caminho que foi desenhado pelo Código de Processo Civil a partir da Lei nº. 10.444, de 07-V-2002.

Trata-se de uma anomalia perante a natureza dos direitos substanciais que a Justiça do Trabalho tem o dever de proteger. No processo do trabalho, a liberação do depósito ou a alienação do domínio antes do esgotamento das vias recursais já é possível na efetivação da antecipação de tutela. A Consolidação não tem regra própria sobre a matéria e o parágrafo 3º do artigo 273 do Código de Processo Civil estabelece que o cumprimento da decisão de antecipação de tutela deve seguir, naquilo que couber, o regime da execução provisória. Assim, mediante cognição sumária, com contraditório incompleto, é possível a liberação do depósito ou a expropriação do bem até o limite de 60 salários mínimos porque, em essência, está em jogo crédito alimentar e o credor encontra-se em estado de necessidade. Mas mesmo na execução definitiva, fundada em sentença condenatória transitada em julgado - com cognição profunda e com o contraditório concluído -, é vedada a liberação do depósito ou a alienação da propriedade, ainda que até o valor de 60 salários mínimos, porque o regime da Consolidação não permite a expropriação antes do esgotamento das vias recursais na Justiça do Trabalho. É um paradoxo que os juízes e os tribunais do trabalho terão que resolver.

Ainda no campo do cumprimento da sentença, uma alteração que merece destaque é o título executivo estatuído no inciso V do artigo 475-N: *“o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente”*. A novidade significa a incorporação ao Código de Processo Civil da hipótese de jurisdição voluntária já prevista no artigo 57 da Lei dos Juizados Especiais. No regime do processo civil, a vantagem de se tornar judicial o que já poderia ser um título extrajudicial é a simplicidade do novo procedimento de cumprimento da sentença. Não há procedimento específico para a homologação, de modo que se deve seguir o procedimento comum de que tratam os artigos 1103 e seguintes do Código de Processo Civil. A inovação pode ser aproveitada na Justiça do Trabalho. Se a lei permite a formação do título executivo perante as Comissões de Conciliação Prévia, cuja reputação é a pior possível, por que não poderia o juiz do trabalho homologar o acordo extrajudicial? Se constatar a existência de fraude, coação ou pura e simples renúncia a direitos, ele deverá se recusar a homologar o acordo. A vantagem desse caminho é, de um lado, conferir segurança jurídica naqueles casos em que os litigantes chegam de maneira legítima a uma solução negociada para o conflito e, de outro, evitar o constrangimento a que se submetem pessoas bem-intencionadas quando tem que fingir um litígio perante o juiz em troca da segurança e da eficácia da homologação judicial.

#### 4. Conclusão.

Esses são os pontos que julguei importante destacar de forma a identificar os reflexos que a última reforma do Código de Processo Civil produziu no processo do trabalho. A visão pessoal é sempre parcial, é sempre limitada. Apenas a somatória das variadas visões parciais é que nos permite alcançar uma dimensão mais completa, mais abrangente de qualquer objeto. Somente os debates que agora começam é que definirão a extensão das implicações que as recentes modificações no Código de Processo Civil causaram no processo da Justiça do Trabalho.

#### 5. Bibliografia

- ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias, sociedad*, Buenos Aires, EJEA, 1974.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. "Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso", in *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, I, México, Universidade Nacional Autónoma de México, 1992.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "Medidas cautelares na Justiça do Trabalho", in *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- *Instituições de direito processual civil*, II, São Paulo, Malheiros, 2001.
- *Instituições de direito processual civil*, IV, São Paulo, Malheiros, 2004.
- FREIRE PIMENTA, José Roberto. "A nova competência da Justiça do Trabalho para lides não decorrentes da relação de emprego: aspectos processuais e procedimentais", in *Justiça do Trabalho: competência ampliada*, São Paulo, LTr/Anamatra, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Processo trabalhista e processo comum", in *O processo em sua unidade*, II, São Paulo, Forense, 1984.
- *Teoria geral do processo*, em colaboração, São Paulo, Malheiros, 2005.
- MALLET, Estevão. "O processo do trabalho e as recentes alterações do Código de Processo Civil", in *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, 2006.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual", in *Revista Ajuris*, nº. 33.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. "Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho", in *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, 2006.
- TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. "O novo parágrafo 5º do art. 219 do Código de Processo Civil e o processo do trabalho", 2006, in site da AMATRA XV, [www.amatra15.gov.br](http://www.amatra15.gov.br).
- *Fundamentos e perspectivas do processo trabalhista brasileiro*, São Paulo, LTr, 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, em colaboração, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.
- "Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC", em colaboração, [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br).
- WATANABE, Kazuo. "Cultura da sentença e cultura da pacificação", in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, Dpj, 2005.

*Jorge Luiz Souto Maior\**

## REFLEXOS DAS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO PROCESSO DO TRABALHO

O Código de Processo Civil sofreu, recentemente, várias alterações, determinadas pelas leis ns. 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11280/06.

As modificações do processo civil conduzem sempre a uma indagação na esfera do processo do trabalho: elas se aplicam ao procedimento trabalhista?

Para tal análise, importante lembrar que a aplicação de dispositivos do processo comum ao processo do trabalho, conforme prevê o art. 769, da CLT, só se justifica se atendidas duas condições: houver omissão na legislação trabalhista e houver compatibilidade entre as normas do processo civil e o processo do trabalho.

Mas, apenas dizer isto não basta. É preciso entender a regra do artigo 769, da CLT, sob o prisma teleológico e principiológico.

Das duas condições fixadas no artigo 769, da CLT, extrai-se um princípio, que deve servir de base para tal análise: a aplicação de normas do Código de Processo Civil no procedimento trabalhista só se justifica quando for necessária e eficaz para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista.

A fixação deste princípio nos conduz, inevitavelmente, a uma proposição de extrema importância, qual seja: as normas do Código de Processo Civil não vinculam, automaticamente, o juízo trabalhista.

O juízo trabalhista, portanto, apenas se valerá das normas do processo civil quando estas, sendo compatíveis com o espírito do processo do trabalho, como dito, puderem melhorar a prestação jurisdicional, no sentido da efetividade da prestação jurisdicional.

Como se vê, não é só de um aspecto de celeridade, portanto, que se trata.

O direito processual trabalhista, diante do seu caráter instrumental, está voltado à aplicação de um direito material, o direito do trabalho, que é permeado de questões de ordem pública, que exigem da prestação jurisdicional muito mais que celeridade; exigem que a noção de efetividade seja levada às últimas consequências. O processo precisa ser rápido, mas, ao mesmo tempo, eficiente para conferir o que é de cada um por direito, buscando corrigir os abusos e obtenções de vantagens econômicas que se procura com o desrespeito à ordem jurídica.

Pensando no aspecto instrumental do processo, vale lembrar que o direito material trabalhista é um direito social por excelência, cuja ineficácia pode gerar graves distúrbios tanto de natureza econômica quanto social.

Assim, é preciso muito cuidado com a aplicação de normas do processo civil, que muitas vezes são pensadas para a solução de conflitos estabelecidos na ótica do interesse puramente individual.

Além disso, é sempre conveniente verificar se o processo do trabalho já não possui norma que, embora regulando de maneira diversa a matéria, seja mais eficaz que a novidade do processo civil.

---

\* Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP. Juiz do Trabalho, titular da 3a. Vara do Trabalho de Jundiá.

Ainda nesta linha, de fixar pressupostos teóricos necessários para a análise da questão da subsidiariedade do processo comum ao processo do trabalho, partindo do princípio de que se deve priorizar a melhoria da prestação jurisdicional, é importante, por fim, deixar claro que sendo a inovação do processo civil efetivamente eficaz, não se poderá recusar sua aplicação no processo do trabalho com o argumento de que a CLT não é omissa.

Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido neste sentido no processo civil, sob pena de se negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios da aplicação subsidiária do processo civil. Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter por efeito um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo.

Em suma, quando há alguma alteração no processo civil o seu reflexo na esfera trabalhista só pode ser benéfico, tanto no prisma do processo do trabalho quanto do direito do trabalho, dado o caráter instrumental da ciência processual.

Dito em outras palavras, mais claras e diretas: quando alguém diz que foram formuladas mudanças no Código de Processo Civil, o processualista trabalhista deve indagar: – alguma das inovações traz benefício à efetividade do processo do trabalho, para fins de melhor fazer valer os direitos trabalhistas? Se a resposta for negativa, ou até o contrário, que representa a criação de uma formalidade capaz de gerar algum óbice a este propósito, deve-se concluir, sem medo de se estar errado: – então, não é preciso nem dizer quais foram as tais alterações!

E, para ser bem sincero, como muitas vezes duvido da capacidade do legislador, que se volta ao processo civil, de compreender as reais necessidades do processo do trabalho, costume não dar muita bola para essas alterações, a não ser quando elas trazem uma novidade realmente relevante no aspecto da efetividade, como se deu no caso da tutela antecipada, introduzida no art. 273, do CPC.

Bem, mas tendo aceitado o desafio de avaliar “os reflexos das novas alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho” tive que me debruçar sobre os textos das leis antes mencionadas.

Minha leitura, contudo, devo advertir, foi feita no sentido de atender o pressuposto de procurar nelas algum dispositivo que pudesse ser útil para conferir maior efetividade à prestação jurisdicional trabalhista.

Não vou, portanto, examinar um a um os dispositivos de cada uma das leis. Limitarei-me a mencionar aqueles que possam atender aos objetivos acima traçados. Todos os demais artigos, que não forem mencionados, é porque, digamos assim, “não passaram no teste”, isto é, não foram considerados como úteis à finalidade destacada, fazendo exceção a alguns que, mesmo não atendendo a este requisito, serão mencionados, seja por conta da dúvida que possam gerar quanto à sua aplicabilidade, seja para destacar o quanto sua eventual aplicação no processo do trabalho seria equivocada, em razão do irreparável prejuízo que traria ao jurisdicionado trabalhista.

### **Lei n. 11.187, de 19 de outubro de 2005.**

A lei em questão cuida do agravo de instrumento, para atacar decisões

interlocutórias, tratando-se de figura esdrúxula no processo do trabalho. O procedimento fixado para a interposição do agravo, prazos e forma de sua interposição, sobretudo o agravo retido, interposto oralmente em audiência, de nada serve ao processo do trabalho. Trata-se de uma lei que, na perspectiva do processo do trabalho, mereceria o maior eloqüente silêncio, mas como isto não foi possível, recebe, assim, o mais expressivo desprezo.

**Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005.**

Os textos da presente lei, quanto à liquidação, merecem ser aqui reproduzidos:  
Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua

liquidação.

§ 1º Do requerimento de liquidação de sentença será a parte intimada, na pessoa de seu advogado.

§ 2º A liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

§ 3º Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no art. 275, inciso II, alíneas 'd' e 'e' desta Lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz, se for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido.

Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

§ 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência.

§ 2º Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362.

§ 3º Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequiênda e, ainda, nos casos de assistência judiciária.

§ 4º Se o credor não concordar com os cálculos feitos nos termos do § 3º deste artigo, far-se-á a execução pelo valor originariamente pretendido, mas a penhora terá por base o valor encontrado pelo contador.

Art. 475-C. Far-se-á a liquidação por arbitramento quando:

I – determinado pela sentença ou convencionado pelas partes;

II – o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Art. 475-D. Requerida a liquidação por arbitramento, o juiz nomeará o perito e fixará o prazo para a entrega do laudo.

Parágrafo único. Apresentado o laudo, sobre o qual poderão as partes manifestar-se no prazo de dez dias, o juiz proferirá decisão ou designará, se necessário, audiência.

Art. 475-E. Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Art. 475-F. Na liquidação por artigos, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum (art. 272).

Art. 475-G. É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

Art. 475-H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento.” (NR)

Mas, unicamente, para ser dito, que uma leitura atenta dos referidos dispositivos, demonstra apenas que o legislador do processo civil, talvez tenha se valido da verificação do procedimento já adotado em todas as Varas do Trabalho, para alterar o CPC e mesmo assim não aprendeu, pois permitiu que a decisão que fixa o valor da execução, em liquidação, seja alvo de recurso, “agravo de instrumento”, o que inexistente no processo do trabalho. A aplicação destes dispositivos, portanto, é inviável, porque a maioria é irrelevante e o último trata-se de um equívoco brutal do legislador no aspecto da efetividade.

A presente lei traz, ainda, no Capítulo X, a expressão, “Do Cumprimento da Sentença”, talvez acreditando que estava mesmo criando uma grande novidade, a de que a execução é apenas uma fase do processo de conhecimento (sentido que se extrai também pela alteração sofrida pelo artigo 269, que não mais faz menção à “extinção do processo” quando o juiz acolhe o pedido do autor).

O fato é que a CLT há muito já tratava o cumprimento da sentença como mera fase do processo, conforme se pode apreender dos dispositivos abaixo:

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.

§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

Art. 878 - A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

Por interpretação destes dispositivos, já defendia a idéia de que a execução trabalhista é uma fase do processo de conhecimento<sup>1</sup>, mas não se pode negar o benefício trazido pela alteração do Código de Processo Civil, pois deixa claro que a execução do título executivo judicial, para pagamento de quantia certa, é mera fase do processo, tornando desnecessária a citação pessoal do executado.

Por conseqüência, o artigo 880 da CLT, que determina que o juiz mande expedir “mandado de citação ao executado” merece uma leitura atualizada, para que seja dispensada a citação pessoal do executado, bastando sua intimação, por carta registrada, no endereço constante dos autos, para que pague a dívida constante do título, no prazo de 48 horas (o CPC estabelece 15 dias, mas este prazo para a lógica do processo do trabalho é excessivo e, ademais, o artigo 880 é claro neste aspecto), sob pena de se efetivar a imediata penhora sobre seus bens.

Vale destacar, ainda, que diante da previsão da própria CLT de que a execução se realizava “ex officio”, para “cumprimento” do título executivo judicial, a determinação para que se realizasse a citação do executado somente pode ser atribuída a um cochilo do legislador, pois que tal regra era incompatível com o procedimento que ele próprio criara. Veja-se, por exemplo, o absurdo de, por aplicação cega do artigo 880, se determinar a citação pessoal do reclamado que descumpra acordo firmado em audiência. Citar é dar ciência quanto à existência de uma demanda judicial. Qual a razão de se dar ciência ao executado quanto à existência de uma dívida que ele próprio assumiu perante um juiz e nas condições que foram livremente fixadas?

Assim, já há algum tempo, recusava-me a aplicar a regra do art. 880, da CLT, para acordos não cumpridos. Mas, para que a formalidade, renascida das cinzas, não fosse utilizada como meio de se obstar a efetividade do processo, dava um jeito de “enganar” a forma, fazendo constar na ata de audiência a seguinte expressão: “No caso de descumprimento do acordo fica a reclamada desde já citada para o pagamento do valor inadimplido, nos termos

---

<sup>1</sup>. *Teoria Geral da Execução, in Execução Trabalhista: visão atual, obra coletiva, coordenada por Roberto Norris, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001, pp. 33-38.*

dos arts. 876, 878 e 880 da CLT.” Isto implica que, uma vez descumprido o acordo, o próximo passo no processo é a imediata realização da penhora “on line”, já incluindo a parcela inadimplida, com respectiva multa e o valor correspondente à antecipação das parcelas vincendas. No caso, sequer a intimação para pagamento é necessária.

Dois conseqüências importantes advêm da conclusão de que a execução é uma fase do processo.

A primeira, que a própria natureza jurídica do processo de conhecimento sofre alteração. Já é tradicional classificar o processo de conhecimento em três tipos, em conformidade com o tipo de provimento pretendido. Na verdade, mais propriamente, classificam-se as ações em: condenatórias, meramente declaratórias e constitutivas. Encarando-se a execução como fase do processo de conhecimento, a ação que dá ensejo à formação do processo não se trata meramente de uma ação condenatória, pois que o provimento jurisdicional não se limita a declarar o direito e proferir um comando condenatório para a satisfação do direito declarado. Concretamente vai-se além, ou seja, o provimento jurisdicional tanto profere o comando referido quanto se estende aos atos necessários à satisfação do crédito, ou seja, atinge a própria execução. Ou seja, “a atividade jurisdicional não se limita a declarar o direito, deve, igualmente, fornecer meios para que o direito declarado seja, efetivamente, respeitado”<sup>2</sup>. A ação, assim, não é mera ação condenatória, mas ação executiva “lato sensu”, uma ação que já comporta condenação e satisfação do direito e na qual, como esclarece Luiz Guilherme Marinoni, “não existe condenação ou ordem. Como disse Pontes de Miranda, na ação executiva quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo não o que devia ser feito pelo juiz como juiz, mas sim o que a parte deveria ter feito”<sup>3</sup>.

Em outras palavras, a prestação jurisdicional não mais se satisfaz, como sempre deveria ter sido, com a declaração do direito. A verdadeira prestação jurisdicional busca a concretização, na realidade, do direito declarado e somente quando atinge este objetivo é que ela se completa.

A segunda, que não há prescrição intercorrente, sobretudo no processo do trabalho no qual os atos processuais tendentes à satisfação do crédito, declarado no título judicial, desenvolvem-se “ex officio”. Não se pode atribuir esse efeito de direito material à parte, o da prescrição, pois o desenvolvimento da execução se faz por ato do juiz.

Vale lembrar que os créditos fixados em sentença não são apenas créditos do exeqüente, mas também da União, no que se refere às custas; do INSS, no que se refere às contribuições previdenciárias; de peritos e advogados, no que se refere a seus honorários; e, do modo como considero possível, também do Ministério do Trabalho, no que se refere às multas administrativas previstas na CLT, para os descumprimentos da legislação trabalhista, nos termos do art. 652, “d”, da CLT.

Voltando à análise das inovações do CPC, outra conclusão importante é a de que não mais se permite ao executado a indicação de bens à penhora, cabendo tal tarefa ao juízo (com ou sem auxílio do exeqüente), que, por óbvio, para fins de atender aos objetivos da celeridade, deverá valer-se do procedimento da penhora “on line”.

Sem o pagamento imediato do valor liquidado, a execução será acrescida da multa de 10%, conforme previsão do art. 475-J, do CPC.

Merece destaque, também, a regra contida na lei que elimina os embargos do executado, passando estes a serem considerados como mero incidente da execução, como de

<sup>2</sup> Jorge Luiz Souto Maior, *Teoria Geral da Execução*, in *Execução Trabalhista: visão atual*, obra coletiva, coordenada por Roberto Norris, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001, pp. 32.

<sup>3</sup> “Observações sobre a tutela antecipatória no direito processual civil”, *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 8, mar/96, p.116.

resto sempre foi no processo do trabalho, embora, por questões que não se pode explicar, mantivesse (e ainda mantenha) o nome de “embargos”.

O prazo para a impugnação (embargos) permanece o de 05 (cinco) dias, cabendo igual prazo ao exequente para sua manifestação (impugnação), conforme prevê o art. 884, da CLT.

No mais, aplicam-se as inovações contidas nos seguintes dispositivos do CPC, por trazerem benefícios à prestação jurisdicional trabalhista:

Art. 475-I.

§ 2º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

Art. 475-J.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no **caput** deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte

**(Porque no processo do trabalho a execução se processa por impulso “ex officio”, este último dispositivo só o se aplica no processo do trabalho quando a liquidação do crédito depender de ato que precise necessariamente de iniciativa da parte, como ocorre, por exemplo, na liquidação por artigos, que, de todo modo, trata-se de hipótese excepcional).**

Quanto às matérias que podem ser alegadas nos embargos (impugnação) prevalece o que dispõe o § 1º, do art. 884 (“A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida”), diante da disposição específica a respeito, com a possibilidade de discussão do valor da execução, não tendo sido adotada, na liquidação, o procedimento do art. 879, da CLT.

A respeito da possibilidade de discussão da liquidação na impugnação (embargos), cabe uma análise destaca sobre o procedimento que comumente tem se adotado no cotidiano trabalhista, que vale a pena repensar. Normalmente se aceita que a parte repita nos embargos (impugnação) a matéria que já discutira na liquidação. Isto não tem o menor sentido. O que já foi discutido e decidido, decidido está. O que não foi discutido, está atingido pela preclusão. O fato de não caber recurso da decisão da chamada “sentença de liquidação” é que produz este efeito, mas sendo da tradição da execução trabalhista que o agravo de petição, que se interpõe da “sentença dos embargos”, abrange todas as matérias, para o fim de preservar a unidade da execução, reservando-se as discussões em nível de segundo grau, para o momento posterior à garantia do juízo, basta que se entenda que, como no recurso ordinário, que a parte possa, no agravo de petição, da decisão dos embargos à execução, rediscutir, aí sim, a matéria pertinente à sentença de liquidação, mesmo que não a tenha rediscutido nos embargos (impugnação).

O fato concreto é que não se aplica ao processo do trabalho, por contrariar a idéia de avanço na prestação jurisdicional e também por incompatibilidade, o que prevê o art. 475-L e, sobretudo, seu § 1º.

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

- I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;
- II – inexigibilidade do título;
- III – penhora incorreta ou avaliação errônea;
- IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Este § 1º., então, mesmo não aplicável ao processo do trabalho merece destaque, para que seja alvo de uma crítica construtiva.

Importante, primeiramente, fixar como premissa que o § 1º do art. 475-L refere-se às decisões do STF, proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, por meio de ação direta, apesar de não haver previsão expressa pela Lei n. 11.232/05, pois o princípio da segurança jurídica, consagrado, expressamente, no caput do art. 5º da Constituição (fundamento da própria coisa julgada consagrada pelo inciso XXXVI do mesmo artigo) não pode ter sua aplicabilidade negada (ou ser “flexibilizado”) por meio de decisão de uma turma isolada do STF, em sede de Recurso Extraordinário, por exemplo, já que as decisões proferidas em sede do controle difuso possuem efeitos inter partes, de modo que os limites subjetivos da coisa julgada são limitados às partes do processo. Lembre-se, ademais, da chamada “cláusula de reserva de plenário”, prevista no art. 97 da Constituição de 1988, por meio da qual a inconstitucionalidade de lei só pode ser declarada por maioria absoluta do tribunal.

Fixada esta premissa, podemos analisar os demais aspectos do dispositivo em questão.

Fato é que a autoridade da Constituição não pode ser questionada, nem tampouco a do Supremo Tribunal Federal na qualidade de guardião da Carta Magna. Mas, daí a dizer que a atuação jurisdicional dos demais órgãos do Judiciário não vale nada, quando tratem de matéria constitucional, vai uma distância muito grande, ainda mais diante da inegável tendência de cada vez mais se buscar a constitucionalização dos vários ramos do direito. As decisões judiciais quase sempre, sobretudo na esfera do direito social, têm fundamento constitucional e se baseiam, a todo instante, no poder difuso da apreciação dos dispositivos normativos, em face da Constituição.

Ao aplicar a lei para solução de um conflito, o juiz avalia sua constitucionalidade, por meio do controle difuso, mesmo que não o diga, expressamente. Em outras palavras, o juiz só aplica a lei que considera constitucional. Proferida a decisão, em contraditório, com respeito à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, uma vez transitada em julgado, deve esta ser respeitada. Não há sentido em negar eficácia executiva a esta decisão mesmo se, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, venha declarar a lei, sobre a qual se baseia a decisão, inconstitucional ou lhe der uma interpretação conforme a Constituição, pois que tentando preservar a autoridade da Constituição acaba-se negando um dos direitos que a própria Constituição estabelece na qualidade de direitos fundamentais, que é o respeito à coisa julgada.

Assim, para que seja aplicado o § 1º., do art. 741, do CPC, necessário que ele próprio receba uma interpretação conforme a Constituição. Neste sentido, para que a norma Constitucional que estabelece a coisa julgada como garantia fundamental seja respeitada, apenas se poderá justificar a “relativização” da coisa julgada na hipótese em que sob o seu manto (o da coisa julgada) buscar guarida uma situação, estabelecida a partir de uma lei declarada inconstitucional, em ação direta de inconstitucionalidade, que fira algum direito fundamental,

consagrado na mesma Constituição ou na órbita dos direitos humanos.

Acréscua-se, por fim, quanto a este aspecto, que a Medida Provisória n. 2.180/01, acrescentou ao artigo 884, da CLT, o § 5º., que tem praticamente a mesma redação que o § 1º., do art. 741, do CPC, sob comentário. Assim, todo o dito vale, igualmente, para o dispositivo da referida Medida Provisória (§ 5º., do art. 884, da CLT), com o acréscimo da inconstitucionalidade da própria iniciativa do Presidente da República por tentar regular em Medida Provisória matéria não atingida pelo caráter de urgência e, ainda, de direito processual, o que é vedado pelo § 1º., alínea “b”, do art. 62, da Constituição.

Já, o § 2º., do artigo 741, do CPC, merece aplicação, embora já fosse da própria lógica da matemática a sua natural incidência no processo.

§ 2º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

O artigo 475-M constitui um avanço, já que se tinha, como regra, que com os embargos, a execução, naturalmente, restava suspensa.

Art. 475-M. A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

§ 1º Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos.

**(Se mesmo a execução baseada em título ainda não transitada em julgado pode dispensar a caução, em se tratando de direito de caráter alimentar, com muito mais razão este efeito se dará na execução baseada em título executivo que tem por base decisão transitada em julgado).**

§ 2º Deferido efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos e, caso contrário, em autos apartados.

**(No processo do trabalho a impugnação – embargos – se processa sempre nos próprios autos).**

§ 3º A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.

**(No caso do processo do trabalho, o recurso é o agravo de petição, respeitando-se o que prevê o § 1º do artigo 897: “O agravo de petição só será recebido quando o agravante delimitar, justificadamente, as matérias e os valores impugnados, permitida a execução imediata da parte remanescente até o final, nos próprios autos ou por carta de sentença”).**

Mantém-se quanto ao recurso, agravo de instrumento, as previsões dos §§ 1º. e 2º. do artigo 897, da CLT:

§ 1º - O agravo de petição só será recebido quando o agravante delimitar, justificadamente, as matérias e os valores impugnados, permitida a execução imediata da parte remanescente até o final, nos próprios autos ou por carta de sentença. (Redação dada pela Lei nº 8.432, 11.6.1992)

§ 2º - O agravo de instrumento interposto contra o despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução da sentença. (Redação dada pela Lei nº 8.432, 11.6.1992)

Quanto à execução provisória merecem destaque as inovações do artigo 475-O.

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 1º No caso do inciso II do deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do **caput** deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade;

**(Estes dispositivos possuem incidência plena no processo do trabalho, não servindo como óbice, pelas razões acima apresentadas, a previsão do art. 899, da CLT: “Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora”).**

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

**(Para efeito de aplicação desta previsão no processo do trabalho, há de se incluir, por interpretação extensiva, o agravo de instrumento junto ao TST, para destrancamento de recurso de revista).**

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exeqüente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1º:

I – sentença ou acórdão exeqüendo;

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;

III – procurações outorgadas pelas partes;

IV – decisão de habilitação, se for o caso;

V – facultativamente, outras peças processuais que o exeqüente considere necessárias.

Dos dispositivos acima, merece destaque o inciso II, do § 2º., pois constitui grande avanço em prol da efetividade da prestação jurisdicional. A respeito, aliás, uma análise estatística se impõe.

No ano de 1999 o TST pronunciou-se a respeito de uma questão de mérito, trazida por recursos de revista, já incluídos os agravos de instrumento providos, em 19.237 processos. Em 2000, este número foi de 15.637. E, em 2001, 22.955<sup>4</sup>. Considerando o número de reclamações propostas nas Varas do Trabalho, no mesmo período (em 1999, foram 1.876.864

<sup>4</sup> Dados extraídos do Relatório Geral da Justiça do Trabalho dos anos respectivos.

ações; em 2000, 1.718.795; e, em 2001, 1.742.571<sup>5</sup>), tem-se como resultado que os recursos de revista conhecidos representam 1,0% das ações trabalhistas. Não tenho números precisos, mas é fácil supor que desse pequeno percentual de reclamações (embora em termos absolutos possa ser um número considerável), que alcançam o TST em recurso de revista, muito poucas são fruto de agravo de instrumento que tenha sido provido. Por conseqüência, o número dos recursos de revista, que chegam ao TST, por meio de agravo de instrumento e que, no mérito, são providos, é completamente insignificante.

Assim, não há o menor sentido em se considerar ainda provisória a execução, quando penda sobre o título executivo, apenas o resultado de um agravo de instrumento, interposto contra decisão do Regional que denegou o recurso de revista, pois a fixação dessa regra, no cômputo geral da prestação jurisdicional, causa um dano muito maior do que o eventual risco de não se conseguir reverter uma situação fática, determinada por uma execução cujo título foi reformado, total ou parcialmente, pelo TST.

Neste sentido, impõe-se ao Judiciário, como prevê o inciso II, do § 2º., que inverta a lógica do risco da demora do processo. A regra deve ser a de que a execução, quando penda o agravo de instrumento, para tentativa de destrancar recurso de revista, cujo processamento foi negado no Regional, é definitiva, ou seja, vai até os seus trâmites finais, constituindo a exceção a suspensão da execução na mesma hipótese, sendo que para esta suspensão deverá o juiz proferir decisão fundamentada, a partir dos argumentos manifestados pela parte interessada, que demonstrem em que medida se vislumbra, juridicamente, uma possibilidade de provimento do agravo de instrumento, bem como do recurso de revista que lhe é subjacente.

Interessante, também, a regra do parágrafo único do artigo 475-P, abaixo reproduzido.

Art. 475-P. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I – os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição;

III – o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral ou de sentença estrangeira.

Parágrafo único. No caso do inciso II do **caput** deste artigo, o exeqüente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

**(Trata-se de dispositivo que, igualmente, merece aplicação no processo do trabalho, por atender aos objetivos da melhoria da prestação jurisdicional, embora a regra seja a de que compete ao juiz executar as suas próprias decisões – art. 659, II, da CLT).**

Visto que agora a Justiça do Trabalho também julga ações de indenização por danos decorrentes de acidentes do trabalho, também têm plena aplicabilidade as regras abaixo, embora, particularmente, prefira fixar a indenização em único valor, para que não se eternize a execução:

Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

<sup>5</sup> Dados extraídos do Relatório Geral da Justiça do Trabalho dos anos respectivos.

§ 1º Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

§ 4º Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário-mínimo.

§ 5º Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

### **Lei n. 11.276, de 7 de fevereiro de 2006.**

Destaca-se, nesta lei, a alteração introduzida no § 4º., do art. 515, que permite ao Tribunal determinar a realização de diligência, para suprir nulidade sanável no processo, suspendendo o julgamento do recurso. Esta possibilidade que sempre houve<sup>6</sup>, a bem da verdade, embora não constasse expressamente em lei, vem em boa hora, vez que ainda havia quem dissesse que sendo nula parte da sentença, toda ela seria atingida pela nulidade.

“Art. 515. ....

§ 4o Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.” (NR)

Esse dispositivo, ademais, representa um reforço da idéia já fixada no § 3º., do mesmo artigo, no sentido de que cabe ao Tribunal proferir decisão que favoreça a celeridade. Estando o processo apto a julgamento no Tribunal, com todas as matérias de fato e de direito, discutidas em amplo contraditório, não há nenhum sentido em se determinar que os autos sejam encaminhados ao juízo de primeiro grau, para que julgue matéria que já possa, imediatamente, ser apreciada pelo juízo de segundo grau. Não há ferimento do princípio do duplo grau, visto que os autos já estão em segundo grau de jurisdição, mesmo que determinada matéria não tenha sido anteriormente apreciada. Insta destacar que o princípio do duplo grau não deve ser lido como direito a que o feito seja julgado duas vezes e sim no direito a remeter os autos a um órgão de revisão, que possa corrigir eventuais erros da sentença. Ora, se os autos já estão em órgão revisor, prontos para serem julgados, não há nenhum sentido em remetê-los ao órgão de primeiro grau onde se proferirá uma decisão apenas para ser alvo de verificação do juízo de segundo grau (o duplo grau não é, igualmente, forma de manter controle jurisdicional de um grau de jurisdição sobre outro). Mal comparando, é como se algum advogado fosse despachar diretamente com o juiz e este dissesse que não poderia decidir a questão, pois precisaria primeiro ver qual seria a proposta de despacho que o servidor da Vara, destacado para esta função, teria para aquela questão.

O § 3º., do art. 515, estava sendo interpretado de forma tímida. A sua lógica aplica-se tanto às decisões que extinguem o processo sem resolução do mérito, mas também, por questão de ordem lógica, às demais que atingem o mérito, desde que o processo esteja pronto para julgamento. Assim, tratando-se de questão meramente de direito, o juízo de

<sup>6</sup>. Já a sustentava, dentre outros, Jorge Luiz Souto Maior, “Nulidade parcial de sentença”, artigo publicado na Revista Síntese, de dezembro/98 e na Revista Jurídica Consulex, de 30 de setembro de 1998, pp. 34-5.

segundo grau, reformando a decisão de primeiro grau, não poderá recusar-se a julgar o processo. Assim, por exemplo, se o juízo de primeiro grau declarou inexistente a relação de emprego, sendo reformada esta decisão, e estando todos os demais objetos do processo prontos para julgamento, deve o acórdão defini-los, no mérito, por aplicação do §3º., do art. 515, do CPC, não estando, isto é, havendo ainda matéria fática pendente de regularização, deverá determinar a realização ou renovação do ato processual, por meio de carta de ordem ao juízo de primeiro grau. Cumprida a diligência, prosseguirá o julgamento do recurso.

Já o § 1º. do artigo 518 não merece acolhida na sistemática processual trabalhista, pois embora tenha a aparência de favorecer a celeridade, no fundo despreza um valor essencial do Estado democrático de direito que é o da formação livre do convencimento do juiz. Claro, pode-se dizer que o juiz esteja livre para julgar, ou não, em conformidade com a jurisprudência dominante dos tribunais, mas o fato de que sua decisão contrária à jurisprudência possa servir de exemplo para a demora da prestação jurisdicional representa, por certo, uma forma de pressão sobre o juiz para que se curve ao sistema. Importante frisar, ademais, que a celeridade não é o aspecto único da efetividade da prestação jurisdicional. Para uma boa e adequada prestação jurisdicional precisamos de juízes livres e independentes e qualquer tipo de pressão, ainda que indireta, sobre esses valores deve ser rechaçada, sob pena de arranharmos a própria noção de Estado de direito. Frise-se, por fim, que a “tal súmula impeditiva de recurso” representa dizer que as decisões proferidas em conformidade com súmula dos tribunais superiores não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, enquanto que qualquer outra está. Neste sentido, confere-se à Súmula um “status” jurídico superior à própria lei, sabendo-se, como se sabe, que as súmulas não se limitam a interpretar a lei (muitas vezes criam uma verdadeira normatização para uma determinada realidade fática – vide exemplo da Súmula 331, do TST). Assim, uma lei pode ser interpretada ou até ter sua aplicabilidade negada pela incidência de princípios jurídicos e mesmo quando aplicada nos restritos termos em que está literalmente posta confere-se à parte a possibilidade de rediscutir a sentença mediante o duplo grau, enquanto que a Súmula, uma vez aplicada, inibe tal direito à parte. Ademais, as Súmulas podem contrariar a ordem jurídica (o que não raro acontece, novamente, o exemplo é a Súmula 331, do TST) e por isto nenhum tipo de convencimento, mesmo indireto, para que os juízes apliquem as Súmulas, deve subsistir no ordenamento.

“Art. 518. ....

§ 1o O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

§ 2o Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.” (NR)

### **Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006.**

Em uma primeira análise, pode parecer perfeitamente aplicável ao processo do trabalho o que prevê o novo artigo 285-A do CPC, baseando-se no argumento de que não há porque ouvir o réu, se quanto ao mérito da pretensão o juiz já tiver convicção formada que seja a seu favor.

“Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1o Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2o Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

No entanto, a regra, que confere ao juiz uma faculdade, não o obrigando, portanto, a seguir tal procedimento, conflita com o procedimento trabalhista, já que ela evita o que se considera essencial no desenvolvimento do processo trabalhista, que é o contato do juiz com as partes, por meio do procedimento oral, sem falar no aspecto da ausência da tentativa de acordo. O fato é que o procedimento oral agrega valores que vão muito além da mera celeridade. Adotar esse procedimento é o primeiro passo para um caminho que mais tarde trará a “possibilidade de juntada de defesa por escrito”; “réplica”, “despacho saneador”, até se aniquilar o procedimento oral trabalhista.

Esta previsão, de todo modo, pode ter um efeito reflexo interessante, que é o de permitir que se altere antiga concepção firmada na ciência processual de que a convicção formada em um processo não repercute em outros. A formação da convicção quanto à ocorrência ou não de determinado fato é dado que interfere na avaliação da prova produzida em outro processo sobre o mesmo tema, inegavelmente. A partir da instrução repetida sobre a mesma matéria natural que se forme uma presunção a respeito, fixando-se o ônus da prova em desfavor da parte contra a qual a presunção não favoreça.

**Lei n. 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.**

Merece destaque a previsão do artigo 114, plenamente aplicável ao processo do trabalho, que passa a permitir ao juiz declarar de ofício a incompetência territorial, que, antes, dependia da exceção oferecida pela parte. Isto se justifica no processo do trabalho, sobretudo em jurisdições limítrofes, em que as partes, muitas vezes, sabendo do procedimento adotado por um juiz, especialmente quanto aos critérios para homologação de acordo, direcionam-se à Vara vizinha para obter lá o resultado que não aufeririam no local da competência originária. Diga-se, ademais, que tal já se deveria permitir no processo do trabalho, pois a competência é estabelecida pelo local da prestação de serviço, não permitindo a lei nenhum tipo de transferência por vontade das partes (no que se inclui, é claro, a forma indireta de manifestação dessa vontade).

“Art. 112. ....

Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.” (NR)

“Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.” (NR)

Também aplicável o art. 154, que, aliás, para valer sequer precisaria de uma previsão expressa:

“Art. 154. ....

Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.” (NR)

“Art. 219. ....  
§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.  
.....” (NR)

O § 5º., do art. 219, traz grande inovação, autorizando ao juiz pronunciar de ofício a prescrição. Tal regra, no entanto, só se explica pela ânsia do legislador em buscar uma celeridade a qualquer custo. A prescrição, dizem, é um mal necessário. No que diz respeito ao direito do trabalho é apenas um mal. Não há necessidade nenhuma para a sociedade em geral, que direitos trabalhistas percam efetividade pela regra da prescrição. O desrespeito aos direitos trabalhistas, incentivados pela regra da prescrição, sobretudo em um ambiente jurídico que não fornece uma garantia, eficaz, contra o desemprego involuntário, é um dos maiores males para a consagração do Estado social, que se formou como antídoto aos males conhecidos do modelo liberal no ambiente da produção capitalista. A Justiça do Trabalho tem a função precípua de fazer valer esses direitos. Sua celeridade, sem esta perspectiva, não é nada. Não há, portanto, nenhum sentido em se transformar o juiz trabalhista em sujeito cuja atividade, por iniciativa própria, sirva para aniquilar os direitos trabalhistas. A norma é incompatível e, conseqüentemente, não vincula o juízo trabalhista. A sua aplicação no processo do trabalho, portanto, constitui grave equívoco também sob a ótica meramente positivista.

A regra de prevenção, por repetição de ações anteriormente extintas, sem apreciação de mérito, há já se aplica no processo do trabalho, por previsões das Corregedorias dos Tribunais, como se dá, por exemplo, na 15ª. Região.

“Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:  
.....

II - quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;

III - quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo prevento.  
.....” (NR)

Respeitadas as previsões da CLT, de que o procedimento é oral, sendo os atos concentrados em uma única audiência, o dispositivo do art. 322, não tem relevância, até porque, também por previsão da CLT, do único ato posterior, que é a sentença, o revel deve ser intimado (art. 852, da CLT).

Em não sendo respeitado o procedimento oral, ou seja, alastrando-se o processo em atos por escrito, há de respeitar a regra prevista no art. 322, do CPC.

“Art. 322. Contra o revel que não tenha patrono nos autos, correrão os prazos independentemente de intimação, a partir da publicação de cada ato decisório.

Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.” (NR)

Merece comentário, igualmente, a alteração determinada no artigo 305 por esta lei, com a introdução do parágrafo único:

“Ar. 305. ....

Parágrafo único. Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação.” (NR)

Trata-se de norma que, igualmente, fere o procedimento oral trabalhista, onde

os atos processuais, todos, ocorrerem em audiência, que apresenta vários benefícios sobre o procedimento escrito. No aspecto específico da “exceção” de incompetência, que no procedimento trabalhista, trata-se de mera incidente no processo, normalmente a questão é resolvida no mesmo ato, até porque a regra de competência territorial no processo trabalhista é muito simples e, normalmente, não dá margens há muitas dilações probatórias.

O art. 388 trata da carta precatória, fazendo menção ao despacho saneador.

“Art. 388. A carta precatória e a carta rogatória suspenderão o processo, no caso previsto na alínea b do inciso IV do art. 265 desta Lei, quando, tendo sido requeridas antes da decisão de saneamento, a prova nelas solicitada apresentar-se imprescindível.

.....” (NR)

Este procedimento é incompatível com o processo do trabalho, pois neste não há despacho saneador. A oitiva de testemunha por carta precatória deve ser requerida em audiência, após a oitiva das partes, e deverá, necessariamente, implicar em suspensão da audiência. O que se pode dizer aqui é que deve o juiz sempre avaliar a pertinência da prova requerida e a necessidade extrema da oitiva de uma testemunha fora da jurisdição, pois a regra de que a competência é do local da prestação de serviços se estabeleceu exatamente para favorecer a concentração dos atos. O requerimento de oitiva de testemunhas fora da jurisdição só deve, portanto, excepcionalmente, ser deferido.

Outra alteração desta lei, diz respeito à ação rescisória. Foi alterado o artigo 489, do CPC, que anteriormente dizia: “A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda”. Talvez, porque tal regra não era respeitada, dadas as reiteradas liminares em ações cautelares, para concessão de efeito suspensivo à execução, em razão da interposição de ação rescisória, o legislador alterou o dispositivo para fixar que:

“Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.” (NR)

No fundo o que o legislador fez, foi tentar manter a sua autoridade, alterando os comandos da lei para estar de acordo com a prática judiciária. Sua atitude foi infeliz. Os inúmeros e sucessivos recursos que já se permitem à parte, na fase de conhecimento, de forma alguma justificam que se possa conferir a uma nova ação de conhecimento o efeito de evitar a efetivação da primeira. O desprezível número de ações rescisórias julgadas procedentes, ademais, é a demonstração de que diminuir a eficácia da execução não se justifica. Assim, o que o legislador, na verdade, fez, foi privilegiar os que se utilizam da ação rescisória com fins protelatórios. Legalizou a ilegalidade. Mas, inversamente, conduziu à ilegalidade todos aqueles que respeitavam a lei. Agora, portanto, chegou o momento da reação em sentido contrário. É hora de desprezar a lei, restabelecendo o pressuposto de que a ação rescisória não deve suspender a execução.

Essa regra, portanto, representando um retrocesso na prestação jurisdicional, não se aplica ao processo do trabalho. Ademais, sobre este assunto, é chegada a hora de extrair da construção doutrinária e jurisprudencial trabalhista, pois que a CLT não possui regra neste sentido, a idéia de que a ação rescisória é cabível no processo do trabalho. Nenhum benefício considerável a ação rescisória produz. No máximo, há de reformular o entendimento de que para a propositura da ação rescisória na Justiça do Trabalho não está sujeita ao depósito previsto no inciso II, do art. 488 (5% sobre o valor da causa). Costuma-se dizer que se trata de uma visão protetiva do empregado, mas que só o prejudica, na medida em que a grande maioria das ações rescisórias é movida por empregadores (no máximo, se deveria dizer que com relação aos empregados este depósito não se exige, mas, jamais, dispensar de seu cumprimento o empregador). Além disso, o valor da causa não pode ser aleatório, deve ser o valor da execução no qual se

baseia o título executivo que o autor da rescisória pretende desconstituir.

Por fim, tem-se a alteração introduzida no art. 555, do CPC, fixando o prazo de 10 (dez) dias, com possibilidade de prorrogação, para a vista de processos nas sessões dos Tribunais. A regra é salutar e porque atende aos pressupostos da melhoria da prestação jurisdicional é aplicável ao processo do trabalho

“Art. 555. ....

§ 2º Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta.” (NR)

### **Conclusão.**

Esta é uma primeira impressão que tive com a leitura das referidas leis. Certamente, com o tempo verificarei que algumas conclusões são equivocadas, mas o equívoco se houver ou foi porque não considerei aplicável um dispositivo que seria eficaz aos propósitos do processo do trabalho ou porque considerei aplicável algo que, na verdade, produz um efeito exatamente contrário ao pretendido. Quanto ao pressuposto estabelecido, de que a inserção de normas do processo civil no processo do trabalho só se justifica para conferir maior efetividade à prestação jurisdicional, tendo por base o aspecto instrumental do processo, temo não estar equivocado.

E, como se pôde constatar pela análise dos dispositivos acima enumerados, minha aversão original às alterações do Código de Processo Civil, no cômputo geral, mostrou-se injustificada, embora a aplicação indevida de alguns dispositivos, como também visto, possa trazer grandes riscos à efetividade da prestação jurisdicional trabalhista. De todo modo, parece-me que a aplicação das inovações, restrita às hipóteses indicadas, pode causar benefício ao processo trabalho.

Não se deve, no entanto, considerar, como muitos vêm apregoando, que as presentes reformas constituem a cura de todos os males do processo (até porque na esfera trabalhista as mudanças não serão tão grandes assim).

A respeito disso, aliás, vale dizer que o maior mal que o processo do trabalho tem enfrentado não é sequer a falta de leis e sim a falta ou de uma melhor estrutura para que os juízes dêem vazão ao enorme número de processos que lhe são direcionados ou, em certas situações, de uma postura mais incisiva na aplicação de preceitos processuais que estão à sua disposição, destacando, como exemplo, a tutela antecipada.

No mundo em que a própria ordem econômica cobra agilidade do Judiciário (vide recente relatório elaborado pela Pricewaterhouse) e mesmo pela ordem política internacional (vide relatório da ONU sobre a América Latina) não há porque juízes do trabalho ficarem apegados a formalidades que sequer não mais existem, mesmo no processo civil, para negar ao trabalhador o imediato recebimento daquilo que é seu por direito.

Nós somos conduzidos a racionar o processo como algo que não produz efeito, ou que um dia vai produzir, só não se sabe quando. Esta postura, invariavelmente, penaliza aquele que tem um direito a receber e favorece a quem desrespeita a ordem jurídica.

As situações de utilização do processo, como mecanismo de instrumentalizar o impune descumprimento de direitos é o fato mais comum nos juízos trabalhistas. Uma

correção urgente dessa situação se impõe.

Cito, a seguir, dois exemplos dessa situação, passados, recentemente, na 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí.

O primeiro: sentam-se à mesa de audiências, de um lado, como reclamante, como sói acontecer, um ex-empregado, que pleiteava suas verbas rescisórias, discriminadas em um termo de rescisão, que fora homologado apenas para levantamento do FGTS e recebimento do seguro-desemprego. Do outro, um Banco, na qualidade de tomador dos serviços. Naturalmente, a prestadora de serviços estava no local onde estão todas as prestadoras, depois de algum tempo de vida: o mundo virtual. Uma dessas empresas lá de Jundiaí, que também sumiu, tinha um nome muito sugestivo: Matrix. Aias, deve haver um paraíso de fuga das prestadoras, uma espécie de “terra do nunca” das prestadoras de serviço, pois o paraíso fiscal da sua constituição todos sabem onde é: Barueri.

Pois bem, diante da ausência da prestadora (que nem sei como foi notificada – pelo menos a notificação não havia voltado), e sendo notória a situação de que a prestadora já estava devidamente sumida, indaguei ao preposto do Banco se pagaria ao reclamante as verbas rescisórias (cerca de R\$4.000,00). Ele ficou assustadíssimo com a pergunta: – “mas como, pagar?” Eu disse: – é, pagar. O preposto, então, ficou confabulando com a advogada durante vários minutos e como a coisa não ia prá frente, disse: – eu só estou perguntando se você aceita pagar, para que tudo se resolva numa boa, pois do contrário, o processo vai prosseguir. Quando eu disse isto, que o processo ia prosseguir, tudo se clareou na sua mente, ou seja, tudo voltou a fazer sentido, pois o natural é que o processo não causasse aquele efeito de alterar a realidade fática assim tão imediatamente. Então, agora bem mais tranqüilo, e ultrapassado o susto daquela situação totalmente anormal, o preposto do Banco disse: – “tá certo, vamos prosseguir o processo”. Constei tudo em ata e disse: – pois bem, prosseguindo o processo, com base no artigo 273, do CPC, concedo ao reclamante a tutela antecipada, aplico a pena prevista no artigo 467, da CLT, e conseqüentemente, determino que o Banco pague até às 14h. e 30’ de amanhã a importância de R\$6.000,00, sob pena de R\$5.000,00 por dia de atraso. E, concluí, deixando claro que a partir daquele momento a demora do processo seria contrária ao interesse do Banco e que o reclamante estava torcendo para que o processo demorasse bastante. No dia seguinte, para alegria de todos, o valor devido foi pago.

Na outra, mais antiga, foi mais fácil. A hipótese era praticamente a mesma, mas o preposto chegou em audiência e pôs na mesa cerca de R\$3.000,00, em dinheiro, e disse para o reclamante, que pretendia receber suas verbas rescisórias de cerca de R\$5.000,00, que tinha aquele valor ali para acordo e que era pegar ou largar. O reclamante, meio pressionado de ver tanto dinheiro, aceitou logo o acordo, mas eu não. E o reclamante ficou meio decepcionado, quando viu o preposto guardar o dinheiro. Então, novamente por ato de ofício, concedi a tutela antecipada e determinei que o preposto entregasse, imediatamente, aquele dinheiro ao reclamante e que o restante, R\$2.000,00, fosse pago em 24 horas, sob pena de multa de R\$1.000,00 por dia de atraso. Tudo se fez e ao final da audiência, o preposto levantou-se, veio em minha direção... Fiquei meio assustado, mas o seu semblante era amistoso. Ele se aproximou, estendeu-me a mão e com ar um tanto quanto aliviado disse: muito obrigado.

E para todos aqueles que tiveram paciência de ler este texto até o final, também só posso dizer: muito obrigado!

São Paulo, 2 de junho de 2006.



## O PROCESSO DO TRABALHO E AS RECENTES MODIFICAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1. Introdução; 2. Rigor terminológico; 3. Cumprimento da decisão; 4. Agravos de instrumento e retido; 5. Ampliação dos poderes do juiz; 6. Prevenção; 7. Simplificação.

### 1. Introdução.

O direito processual comum é, nos termos dos arts. 769 e 889, da Consolidação das Leis do Trabalho, fonte subsidiária do direito processual do trabalho, observados os requisitos da omissão e da compatibilidade, tal como se dá, com frequência, em outros sistemas jurídicos<sup>1</sup>. Daí a importância de examinar, ainda que sem o propósito ou a preocupação de fazê-lo de forma aprofundada e exaustiva, como as recentes alterações impostas ao Código de Processo Civil, por meio das Leis ns. 11.187, 11.232, 11.276, 11.277 e 11.280, repercutem na disciplina do processo do trabalho.

### 2. Rigor terminológico.

Algumas das modificações agora introduzidas no Código de Processo Civil apenas corrigem imprecisões terminológicas existentes no texto original, na linha, aliás, das anteriores reformas – tome-se, como ilustração, a redação dada ao art. 475, inciso II, pela Lei n. 10.352 –, o que não deixa de ter sua importância. Como já se disse certa feita, com bastante razão, “une science bien traitée n’est qu’une langue bien faite”. Ademais, imprecisão terminológica normalmente produz maior número de dúvidas e divergências interpretativas, o que deve ser evitado, tendo em conta a advertência de Carnelutti: “fin che si tratta di interpretare un verso della Divina Commedia il dubbio non fa male a nessuno, ma quando abbiamo da fare, invece, con un articolo del codice penale, se non viene eliminato, la macchina non funziona”<sup>2</sup>.

Eis porque se eliminou, com a Lei n. 11.280, a incorreta alusão, no art. 338, do Código de Processo Civil, a despacho saneador, substituindo-a pela expressão adequada, decisão de saneamento. A mesma razão explica haver sido suprimida, pela Lei n. 11.276, a qualificação dos despachos como de mero expediente, existente no art. 504, qualificação redundante e em desacordo com a classificação tripartite do art. 162, § 3º, do mesmo Código.

Reafirma-se, assim, com um ou outro deslize – como ocorre no § 2º, do art. 555, introduzido pela Lei n. 11.280, em que o legislador menciona processo, quando tinha em vista, na verdade, autos, ou como se vê no art. 463, que desconsidera a possibilidade de alteração da sentença prevista no § 1º, do art. 285-A –, a antiga preocupação com o apuro terminológico do

\* Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, doutor e livre-docente em Direito e advogado.

<sup>1</sup>Em Portugal, igualmente, o Código de Processo do Trabalho é suplementado, nos termos do seu art. 1º, n. 2, “a)”, pela “legislação processual comum”. Sobre a extensão da regra, cf. Carlos Alegre, *Código de Processo do Trabalho – Anotado e Atualizado*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 27.

<sup>2</sup>*Metodologia del diritto*, Padova, CEDAM, 1990, p. 49.

Código de Processo Civil<sup>3</sup>. O processo do trabalho, estruturado em outra época, numa altura em que a própria ciência processual não havia ainda atingido maior desenvolvimento, apresenta panorama bastante diverso. São frequentes as impropriedades terminológicas na Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive com contradições provocadas por mudanças que abandonaram antigos termos, como no caso da Lei n. 9.957. O que antes o legislador chamava, incorretamente, de processo, passou a denominar, de modo mais adequado, procedimento (arts. 852-A e seguintes). Permaneceu em outros pontos do texto, contudo, a antiga expressão (v. g., art. 854), a mostrar que a atenção com a terminologia ainda não se fez sentir no processo do trabalho, nem mesmo por influência das sucessivas modificações impostas ao Código de Processo Civil.

### 3. Cumprimento da decisão.

Entre as modificações sofridas pelo Código de Processo Civil está o tratamento dispensado ao cumprimento das sentenças, especialmente em caso de condenação no pagamento de quantia certa. Abandona-se a concepção clássica da natureza autônoma da execução de título judicial – exposta, com tanta ênfase e vigor, por grande número de autores<sup>4</sup>, mesmo no Brasil<sup>5</sup> – para acolher a idéia, esboçada em alguma doutrina, do cumprimento da sentença como mera fase do processo<sup>6</sup>, segundo explicitado na ementa da Lei n. 11.232. Daí não mais se definir sentença como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo”, como estava na redação original do art. 162, § 2º, do Código de Processo Civil, mas tão somente como “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269”, do próprio Código, segundo a nova redação do dispositivo. É que o processo doravante nem sempre termina com a sentença, por vezes prosseguindo, para o cumprimento do julgado, quando, por exemplo, condenado o réu. A mesma idéia explica haver sido suprimida a referência a extinção do processo, no caput do art. 269, substituída pela singela alusão a “resolução de mérito”, bem como haver sido eliminada a locução “cumpre e acaba o ofício jurisdicional”, do art. 463, caput, suplantada pela circunstância de que o ofício prossegue, dentro do mesmo processo – e não mais em outro, o de execução, como ocorria antes –, para cumprimento da decisão tomada.

No processo do trabalho chega-se a tal resultado com maior facilidade e menor resistência. O tratamento dispensado pela Consolidação das Leis do Trabalho ao cumprimento das sentenças, inclusive com possibilidade de sua promoção de ofício (art. 878), já levava doutrina e jurisprudência a negarem a autonomia da execução<sup>7</sup>, a despeito de regras como a do art.

<sup>3</sup>A propósito, em rápida passagem, cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria geral do processo, São Paulo, RT, 1986, n. 153, p. 248.

<sup>4</sup>Entre muitos, cf., de modo ilustrativo, Liebman, Execução e ação executiva in Estudos sobre o processo civil brasileiro, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 41, Ugo Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, UTET, 1959, IV, p. 83, Enrico Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1957, III, p. 101, Salvatore Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 139, Alsina, *Trattato teorico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1943, tomo III, p. 43 e Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, Barcelona, Editorial Labor, 1936, p. 538.

<sup>5</sup>Pontes de Miranda, a propósito, escreveu: “a ação de execução de sentença, seja qual for o nome que se lhe dê, ainda que algum legislador de idéias um tanto estapafúrdias redigisse lei em que a execução das sentenças de condenação se colasse à sentença mesma, não desapareceria. Seria o mesmo processo para duas ações! Mais: para duas pretensões, uma das quais somente se faz valer com a sentença sobre a outra. Vestir de calças uma mulher não é fazê-la homem” (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1949, vol. VI, p. 43/44). De idêntico modo, outra vez apenas exemplificativamente, entre tantos autores que poderiam ser referidos, Lopes da Costa, Direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, 1959, vol. IV, p. 43 e segs., Frederico Marques, Instituições de direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, 1959, vol. III, p. 117, Alfredo Buzaid, Do concurso de credores no processo de execução, São Paulo, Saraiva, 1952, p. 25.

<sup>6</sup>Cf. Crisanto Mandrioli, *L'azione esecutiva – Contributo alla teoria unitaria della azione e del processo*, Milano, Giuffrè, 1955, *passim*, mas, especialmente, n. 49, p. 272 e segs.

<sup>7</sup>Assim, por exemplo, Isis de Almeida, Manual da prescrição trabalhista, São Paulo, LTr, 1990, p. 65. Na jurisprudência, cf.

### 789-A, da própria Consolidação.

No que toca aos demais pontos da Lei n. 11.232, raros são os casos, no processo do trabalho, de pedido de emissão de declaração de vontade ou mesmo de compromisso de celebração de contrato, suscetível de execução específica. Adquire, em consequência, menor importância a consideração dos novos arts. 466-A a 466-C, do Código de Processo Civil. De todo modo, quando admissíveis as referidas espécies de tutela no campo trabalhista, como, por exemplo, no caso de concessão de atestado liberatório do passe para atleta profissional<sup>8</sup>, o processo observa o preceituado nos mencionados dispositivos legais, sem prejuízo de deferimento de provimento de urgência<sup>9</sup>.

Já o regime da liquidação de sentença, decorrente dos arts. 475-A a 475-H, do Código de Processo Civil, embora mais simples do que o adotado pela Consolidação das Leis do Trabalho, tem sua aplicação no processo trabalhista comprometida pela existência de regulamentação expressa para a matéria. Permite o legislador trabalhista, conquanto não obrigue, o contraditório prévio em torno do crédito exequível (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 879, § 2º), com reiteração da discussão em embargos à execução (idem, art. 884, § 4º), com inútil e quase sempre vazia repetição de atos, destinada, apenas, a permitir, mais adiante, a interposição de recurso, cujo objeto é a conta de liquidação (ibidem, art. 897, “a”). Melhor, sem dúvida, o critério do art. 475-B, do Código de Processo Civil, com liquidação feita pelo credor, sujeita, porém, a controle judicial, destinado a evitar excessos (art. 475-B, § 3º).

A regra do art. 475-B, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, ao contrário, admite invocação subsidiária no processo do trabalho, como decorrência do dever de colaboração e de lealdade<sup>10</sup>, como mostra a construção jurisprudencial elaborada em hipótese assemelhada, correspondente ao inciso I, da Súmula 338, do Tribunal Superior do Trabalho. Do mesmo modo, a simples intimação das partes, para o incidente de liquidação (art. 475-A, § 1º), já era prevista no processo do trabalho (879, §§ 1º--B e 2º). Permanece, todavia, a irrecorribilidade imediata da sentença de liquidação no processo do trabalho, nos termos do art. 884, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, afastada a interposição de agravo, prevista no art. 475-H, do Código de Processo Civil.

A imposição de ônus adicional de 10%, no caso de inadimplemento da condenação no pagamento de quantia certa, na forma do art. 475-J, do Código de Processo Civil, busca tornar menos interessante, do ponto de vista econômico, a mora do devedor. Afinal, caso se execute, pouco mais ou menos, o mesmo valor que deveria ser pago voluntariamente, é desprezível a vantagem decorrente do pronto cumprimento do julgado. Como nota Gordon Tullock, em termos gerais, “the payment which will be extracted by the court proceedings may be sufficient to deter violation of the contract”<sup>11</sup>. Substitua-se a alusão a contrato por sentença condenatória e a proposição explica a regra do art. 475-J. E no processo do trabalho, ante a natureza geralmente

TRT - 2ª Reg., 3ª T., Proc. 37.810/91-6, Rel. Juiz Francisco Antonio de Oliveira in DJSP de 17.12.92.

<sup>8</sup>Art. 31, da Lei n. 9.615.

<sup>9</sup>Na jurisprudência: “Mandado de segurança. Atleta. Liminar. Entrega do atestado liberatório do passe. Não é ilegal a decisão que, apreciando pedido liminar, determina a imediata entrega do atestado liberatório do passe ao atleta, quando evidenciada a mora contumaz a que se refere o artigo 31 da Lei 9615/98, configuradora da rescisão indireta...evidenciada a mora contumaz, o atleta faz jus ao atestado liberatório do passe, de acordo com o disposto no artigo 31 da Lei 9615/98...” (TRT – 3ª Reg., SE, MS n. 43/99, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros in DJMG de 03.06.99).

<sup>10</sup>A propósito, com referência ao princípio da cooperação, José Lebre de Freitas, Introdução ao processo civil – conceitos e princípios gerais à luz do Código revisito, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, n. 8, p. 149 e segs.

<sup>11</sup>*Trials on trial – The pure theory of legal procedure*, New York, Columbia University Press, 1980, p. 17. Ainda sobre o tema, Richard Posner, *Economic analysis of law*, New York, Aspen Publishers, 1998, p. 630.

alimentar do crédito exequendo, sua rápida satisfação é ainda mais importante, o que ficaria facilitado pela aplicação da providência agora inserida no texto do Código de Processo Civil. O art. 880, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho, não se refere, porém, a nenhum acréscimo para a hipótese de não satisfação voluntária do crédito exequendo, o que leva a afastar-se a aplicação subsidiária, in malam partem, da regra do art. 475-J, do Código de Processo Civil. Solução diversa, ainda que desejável, do ponto de vista teórico, depende de reforma legislativa<sup>12</sup>.

A avaliação do bem penhorado pelo próprio oficial de justiça, providência simplificadora do procedimento de penhora, prevista no § 2º, do art. 475-J, do Código de Processo Civil, inspira-se na experiência trabalhista, em que é adotada, com bons resultados, desde a Lei n. 5.442, com a criação do cargo de oficial de justiça avaliador, por meio de redação dada ao art. 721, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A possibilidade de processamento do pedido de cumprimento do julgado, a critério do exequente, perante o juízo da localidade em que se encontram os bens sujeitos à expropriação ou o juízo do domicílio do executado, nos termos do parágrafo único, do art. 475-P, certamente facilita o andamento da execução. No processo do trabalho, porém, contrasta com o disposto no art. 877, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A disposição do art. 475-Q mostra-se compatível com o direito processual do trabalho, a justificar a ordem judicial de constituição de capital ou de inclusão em folha de credor com direito a prestação periódica, como é o caso de empregado vitimado por acidente de trabalho, com perda ou redução da capacidade de trabalho.

O novo regime de defesa do executado, com oposição por meio de simples impugnação (art. 475-L), e não mais com a figura dos embargos, discrepa da regra do art. 884, da Consolidação das Leis do Trabalho, no qual há previsão dos embargos como meio de reação à execução e, ainda, com o disposto no art. 789-A, inciso V, da mesma Consolidação. A invocação suplementar das matérias suscetíveis, referidas nos incisos I a VI, do art. 475-L, todavia, continua pertinente. O rol do art. 884, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, limitado e imperfeito, é apenas aparentemente exaustivo. Nele se contém “verdadeira omissão legislativa, dando margem a aplicação subsidiária do direito processual comum”<sup>13</sup>. Excetua-se, todavia, o § 1º, do art. 475-L, o qual, embora reproduzido no § 5º, do art. 884, da Consolidação das Leis do Trabalho, é inconstitucional, de modo que não há como ser invocado<sup>14</sup>. Já a exigência de indicação, pelo executado, do valor correto da execução, prevista no § 2º, do mesmo art. 475-L, encontra paralelo na regra do art. 879, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que condiciona o exame da contestação dos cálculos de liquidação, antes da expedição do mandado, à apresentação dos “itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão”. Se o executado não apresenta o valor que entende devido, sua impugnação não deve ser examinada no mérito<sup>15</sup>.

A disciplina da execução provisória, prevista no art. 475-O, do Código de Processo Civil, é parcialmente compatível com o processo do trabalho. O inciso I é aplicável subsidiariamente. A menor capacidade econômica do empregado, que pode nem se configurar em dada situação, não o exime de indenizar o executado dos prejuízos causados em caso de

<sup>12</sup>No mesmo sentido, tanto no que diz respeito à conveniência teórica da medida como no tocante à sua não aplicação imediata no processo do trabalho, José Augusto Rodrigues Pinto, *Compreensão didática da Lei n. 11.232, de 22.12.2005 in Revista LTR*, ano 70, n. 3, p. 313.

<sup>13</sup>Sobre o tema, Estêvão Mallet, *preço vil e processo do trabalho in Temas de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTR, 1998, p. 130.

<sup>14</sup>Para desenvolvimento do assunto, Estêvão Mallet, *A dupla inconstitucionalidade do § 5º, do art. 884, da CLT in Direito, Trabalho e Processo em transformação*, São Paulo, LTR, 2005, p. 245 e segs.

<sup>15</sup>Assim a jurisprudência: “Preclusão. Impugnação aos cálculos de liquidação. O escopo do parágrafo 2º do art. 879 da CLT é, de um lado, impedir a protelação injustificada da execução e, de outro, permitir o pronto pagamento dos valores incontroversos apurados na conta de liquidação de sentença. Por conseguinte, se o executado rebelar-se contra a conta elaborada, deverá

reforma ou anulação da sentença. Admite-se, isso sim, que não tenha, concretamente, condições de fazê-lo, por incapacidade econômica, o que é algo bem diverso do estabelecimento indiscriminado de isenção de responsabilidade. Também o inciso II pode ser invocado em processo trabalhista, até porque traduz desdobramento de princípio mais geral, relacionado com existência de nexo de dependência entre a execução e a sentença. Já o inciso III, associado com as hipóteses de dispensa de caução para levantamento de valores – que tanto significado teria no processo do trabalho –, colide com o disposto no art. 899, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho, que somente permite o prosseguimento da execução provisória “até a penhora”<sup>16</sup>. Eis mais um ponto em que o avanço alcançado no processo civil precisa ser levado ao processo do trabalho, mediante reforma legislativa, onde é ainda mais necessário e pertinente. Outro corresponde à eficácia agora normalmente não suspensiva da impugnação à execução, ressalvados os casos de relevante risco de “grave dano de difícil ou incerta reparação” (art. 475-M, caput). Passa-se, assim, do sistema de suspensão *ope legis* da execução, por conta do simples recebimento dos embargos, nos termos do art. 739, § 1º, do Código de Processo Civil, para o sistema de suspensão por decisão judicial, quando justificável a medida, tal como se dá, de modo assemelhado, no direito italiano<sup>17</sup>. Na Consolidação das Leis do Trabalho, diversamente, há previsão de efeito suspensivo *ex lege* para os embargos, por conta da regra do art. 886, § 2º, que condiciona o prosseguimento da execução a decisão afirmativa da subsistência da penhora.

Digna de nota, ainda, a extensão, às peças necessárias à formação da carta de sentença, da prerrogativa do art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil, na forma do § 3º, do art. 475-O. Nada justifica a manutenção da exigência, existente hoje no processo do trabalho e sem o respaldo do direito comparado, de autenticação dessas peças por ato de serventuário, com pagamento de emolumentos, nos termos do art. 789-B, da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>18</sup>. Melhor seria, aliás, a edição de regra ainda mais abrangente, a permitir a autenticação de peças processuais em geral por declaração da parte ou do advogado, ressalvado o direito de impugnação pela parte contrária, na linha do Projeto de lei n. 4.730/2004<sup>19</sup>.

---

indicar, de forma fundamentada, os itens e valores objeto de sua discordância, exatamente para viabilizar uma possível execução parcial” (TRT - 4ª Reg., 2ª T., AP n. 00928.005/91-7, Rel. Juiz Paulo Caruso, julg. em 31.03.98 *in* DJ de 20.04.98) e “Artigo 879, § 2º, da CLT. Delimitação dos valores impugnados pelo exequente. Preclusão inexistente. Ao executado incumbe definir a parte incontroversa da conta impugnada, visto que, ao discordar do “quantum” apurado, com o intuito de reduzi-lo, somente apontando o montante sobre o qual não pesam quaisquer divergências é que se tornará possível a execução imediata da parte remanescente até o final, na forma preconizada em lei” (TRT - 4ª Reg., 4ª T., AP n. 02117.005/90-0, Rel. Juiz Fabiano de Castilhos Bertoluci, julg. em 31.01.01 *in* DJ de 05.03.01).

<sup>16</sup>Em sentido diverso, Manoel Antonio Teixeira Filho afirma aplicar-se ao processo do trabalho a regra do art. 475-O, inciso III, do Código de Processo Civil, embora tenha antes escrito: “na execução provisória, excluída a avaliação, nenhum outro ato processual deverá ser praticado posteriormente à penhora” (As novas leis alterantes do processo civil e sua repercussão no processo do trabalho *in* Revista LTr, ano 70, n. 3, p. 292 e 286, respectivamente).

<sup>17</sup>Dispõe o art. 624, do *Codice di Procedura Civile* italiano, sob a rubrica *Sospensione per opposizione all'esecuzione*: “Art. 624. Se è proposta opposizione all'esecuzione a norma degli articoli 615 secondo comma e 619, il giudice dell'esecuzione, concorrendo gravi motivi, sospende, su istanza di parte, il processo con cauzione o senza. Il giudice sospende totalmente o parzialmente la distribuzione della somma ricavata quando sorge una delle controversie previste nell'articolo 512”. Para o exame da abrangência do dispositivo, cf. Virgilio Andrioli, *Commento al Codice di Procedura Civile*, Napoli, Jovene, 1957, volume III, p. 383/386.

<sup>18</sup>Interessante lembrar, a título ilustrativo, que o Código suíço das obrigações estatui, em seu art. 343, terceira alínea: “*Dans les litiges (résultant du contrat de travail)..., les parties n'ont à supporter ni émoluments ni frais judiciaires...*”. Já na Lei Orgânica do Trabalho da Venezuela encontra-se dispositivo assim redigido: “*Artículo 14. Estarán exentos de los impuestos de timbres fiscales y de cualquier otra contribución fiscal, todos los actos jurídicos, solicitudes y actuaciones que se dirijan a los funcionarios administrativos o judiciales del Trabajo o se celebren ante ellos. Los servicios de estos funcionarios serán gratuitos para trabajadores y patronos, salvo disposición especial*”.

<sup>19</sup>O citado projeto pretende dar ao art. 830, da Consolidação das Leis do Trabalho, a seguinte redação: “Art.830. O documen-

#### 4. Agravos de instrumento e retido.

Pouco há de aplicável ao processo do trabalho na Lei n. 11.187, que modificou o regime de interposição e processamento dos agravos. Na verdade, a tendência à restrição ao cabimento do agravo de instrumento, com sua crescente substituição pelo agravo retido, já presente na Lei n. 10.352 e novamente manifestada na Lei n. 11.187, aproxima cada vez mais o processo civil do sistema recursal do processo do trabalho, no qual a impugnação de quase todas as interlocutórias, excetuadas as decisões que indeferem o processamento de recurso e algumas poucas outras<sup>20</sup>, é feita de forma diferida, ao ensejo da interposição do recurso ordinário ou de recurso de revista (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 893, § 1º), impondo a jurisprudência, para evitar a preclusão, supostamente emergente do art. 795, da Consolidação das Leis do Trabalho, oferecimento de protesto nos autos, lançado oral ou verbalmente<sup>21</sup>, protestos que nada mais são do que forma atípica de agravo retido.

O papel do agravo de instrumento cível, no caso de decisão “susceptível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” (art. 522, caput, do Código de Processo Civil, na redação da Lei n. 11.187), é desempenhado, no processo do trabalho, ante os restritos termos do art. 897, “b”, da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo mandado de segurança<sup>22</sup> ou, ainda, pela correção parcial. É evidente, porém, que não há como aplicar-se a tais medidas a conversão prevista no art. 527, inciso II, do Código de Processo Civil. A diversidade de regimes é demasiadamente significativa para que tenha ela lugar.

#### 5. Ampliação dos poderes do juiz.

Muitas das outras modificações trazidas ao Código de Processo Civil envolvem ampliação, em diferentes domínios, dos poderes do juiz na condição do processo. É o que se vê no parágrafo único, do art. 112, e nos arts. 219, § 5º, 285-A e 518, § 1º.

A cláusula de eleição de foro não é compatível com o processo do trabalho. O art. 651, da Consolidação das Leis do Trabalho, não deixa espaço para escolha do foro competente<sup>23</sup>, na linha, aliás, do que se vê, como regra geral, no direito comparado<sup>24</sup>. De outro lado, o

---

to em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. Parágrafo único.

Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventuário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos.” (NR).

<sup>20</sup>Também são exceção à regra geral de irrecorribilidade imediata das interlocutórias as hipóteses referidas na Súmula 214, do Tribunal Superior do Trabalho e o chamado pedido de revisão do valor da causa, a ser interposto antes de proferida a sentença, na forma do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 5.584. Sobre o pedido de revisão, escassamente tratado em doutrina, cf. Estêvão Mallet, Procedimento nas causas de alçada *in* Apontamentos de direito processual do trabalho, São Paulo, LTr, 1997, p. 144 e segs.

<sup>21</sup>Veja-se, nessa linha, o seguinte julgado: “Nulidade – Momento para argüir. Nos termos do art. 795, *in fine*, da CLT, a parte ofendida deve se manifestar sobre a nulidade na primeira oportunidade em que atuar nos autos. Dessa forma, deve ela consignar seu protesto em audiência, tão logo vislumbre qualquer circunstância que possa gerar a nulidade do ato processual, pois seu silêncio acarreta a preclusão.” (TRT – 12ª Reg., 2ª T., Ac. nº 12029/98, Rel. Juiz Roberto B. Leite *in* DJSC de 03.12.98, p. 92 *em* Revista do Direito Trabalhista, 1/99, p. 64).

<sup>22</sup>“Mandado de segurança – Execução de parte do crédito que não foi objeto de recurso – Art. 897, parágrafo primeiro, da CLT. O parágrafo primeiro do art. 897 da CLT, permite a execução imediata, até final, da parte do crédito que não constitui objeto do recurso de agravo de petição, sendo o mandado de segurança medida cabível para liberar parte incontroversa do crédito que o juiz se nega a entregar ao exequente, tendo em vista a situação especialíssima, na qual o remédio processual adequado não poderia produzir o eficaz e pronto efeito que o caso, pelo seu conteúdo, natureza e gravame está a exigir.” (TRT – 3ª Reg., SE, MS nº 301/97, Rel. Juiz Renato Figueiredo *in* DJMG de 09.01.98, p. 5).

<sup>23</sup>“O foro de eleição não é admissível na Justiça do Trabalho...” (TST – 1ª T., RR n. 863/74, Rel. Coqueijo Costa, Ac. n. 935/

reconhecimento da incompetência territorial, em geral, depende de alegação do reclamado<sup>25</sup>. A regra do art. 795, § 1º, da CLT, dirige-se apenas à hipótese de incompetência absoluta<sup>26</sup>. Logo, não há como aplicar o parágrafo único, do art. 112, do Código de Processo Civil, em litígio trabalhista. Já a permissão de oferecimento da exceção de incompetência no juízo do domicílio do réu (parágrafo único, do art. 305), para remessa ao juízo da citação, ainda que facilite o acesso à justiça, é, regra geral, incompatível com a necessidade de presença do reclamado à audiência, para que seja recebida sua defesa ou exceção (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 843 e 844), não bastando o comparecimento apenas de advogado, ainda que com amplos poderes de representação, como se infere da Súmula 122, do Tribunal Superior do Trabalho<sup>27</sup>. Remanesce a possibilidade de aplicação da regra, apenas, em execução, especialmente quando não observado o disposto no art. 877-A, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Incompatível com o processo do trabalho é a regra do art. 285-A, do Código de Processo Civil, que confere ao juiz a prerrogativa de, quando houver proferido sentença de improcedência em outros casos idênticos, dispensar a citação do reclamado, bastando que reproduza sua anterior decisão. No processo do trabalho a citação se faz independentemente de prévia cognição judicial, por ato de serventuário, na forma do art. 841, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho. O exame da matéria controvertida pelo juiz se dá em audiência, depois de

---

74 in Revista LTr 38/613). Mais recentemente: "Justiça do Trabalho – Competência territorial – Foro de eleição – Dissídio individual – Art. 651, § 3º, da CLT. 1. Ilegal e inoperante no processo trabalhista a eleição de foro em detrimento do empregado, eis que imperativas e de ordem pública as normas do art. 651 da CLT, ditadas no escopo manifesto de propiciar acessibilidade e facilidade na produção da prova ao litigante economicamente hipossuficiente..."(TST – SBD12, Ac. nº 5167/97, Rel. Min. João Oreste Dalazen in DJU de 06.03.98, pg. 243).

<sup>24</sup>O art. R. 517-1, do Código do Trabalho da França, depois de fixar a competência territorial do *Conseil de Prud'hommes* de acordo com o local em que situado o estabelecimento ou em que prestado o serviço, estatui: "*Toute clause qui directement ou indirectement déroge aux dispositions qui précèdent est réputée non écrite*". Na mesma linha o *Codice di Procedura Civile* italiano, ao tratar da competência territorial para os litígios trabalhistas, assenta, no art. 413, n. 5: "*Sono nulle le clausole derogative della competenza per territorio*". Já o art. 19º, do Código de Processo do Trabalho de Portugal, sob a rubrica "Nulidade dos pactos de desaforamento", preceitua: "São nulos os pactos ou cláusulas pelos quais se pretenda excluir a competência territorial atribuída pelos artigos anteriores". Daí haver decidido a Relação de Coimbra: "É nula a cláusula do contrato de trabalho de um futebolista profissional que atribui competência a certa comarca para resolução de qualquer litígio relativo a tal contrato." (RC, Acórdão de 22.04.93, BMJ 426-534 *apud* Abílio Neto, Código de Processo do Trabalho anotado, Lisboa, Ediforum, 2000, p. 35). Excepcional, como se vê, o quadro vigente nos Países Baixos, em que se considera admissível a derrogação convencional da competência territorial estabelecida para as ações trabalhistas (cf. Jacques Villebrun e Guy-Patrice Quéant, *Les juridictions du Travail en Europe*, Paris, LGDJ, 1992, p. 131). Já nos Estados Unidos a cláusula de eleição de foro, embora em tese admissível, fica sujeita a censura judicial, como assinalado na seguinte decisão: "*Although not even a 'mandatory' forum selection clause can completely eliminate a court's discretion to make appropriate rulings regarding choice of forum, the modern trend is to enforce mandatory forum selection clauses unless they are unfair or unreasonable...*" (*Berg v. MTC Electronics Technologies Co.* (1998), 61 Cal. App. 4th, p. 358).

<sup>25</sup>A competência territorial, no caso de dissídio coletivo, é de caráter absoluto, de modo que pode ser pronunciada de ofício.

<sup>26</sup>Valentin Carrion, Comentários à CLT, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 585. Na jurisprudência: "Conflito de competência – Competência territorial – Modificação *ex officio*. A incompetência *ex ratione loci* na Justiça do Trabalho é relativa, devendo ser argüida pelas partes através de exceção..."(TRT – 10ª Reg., Pleno, CC nº 6/99, Rel. Juiz Isaú Joaquim Chacon in DJDF de 14.05.99, p. 4). A exclusão da possibilidade de eleição de foro no processo do trabalho, já antes examinada, não transforma a competência territorial em absoluta. Como mostra Francesco Luiso, tal exclusão apenas afasta "*accordi pred extraprocessuali...ma niente dispone a proposito dei comportamenti che le parti stesse possano tenere all'interno del processo*" (*Il processo del lavoro*, Torino, UTET, 1992, p. 77). Em sentido diverso, todavia, cf. Montesano e Vaccarella, *Diritto processuale del lavoro*, Napoli, Jovene, 1982, p. 99.

<sup>27</sup>A súmula tem a seguinte redação: "A reclamada, ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração, podendo ser ilidida a revelia mediante a apresentação de atestado médico, que deverá declarar, expressamente, a impossibilidade de locomoção do empregador ou do seu preposto no dia da audiência".

---

já citado o reclamado<sup>28</sup>.

A súmula impeditiva de recurso é aplicável ao processo do trabalho, de modo que pode ter lugar a invocação subsidiária do art. 518, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, substituindo-se, todavia, a referência ao Superior Tribunal de Justiça por Tribunal Superior do Trabalho. Cumpre não perder de vista, de todo modo, a remota possibilidade de utilização do óbice. Sua incidência supõe esteja toda a sentença em conformidade com súmula. Se parte da sentença resolver matéria não sumulada, ainda que outra parte esteja em harmonia com súmula, não há como obstar o seguimento do recurso. Pois bem, é freqüente, no processo do trabalho, a cumulação, na mesma ação, por conta de um único fato ou de uma só relação jurídica, de vários pedidos. Em consequência, desdobra-se a sentença, necessariamente, em diferentes partes, muitas das quais não envolvem apenas matéria de direito. É o caso, por exemplo, do empregado que reclama pagamento de horas extras, equiparação salarial e incidência de FGTS sobre aviso prévio indenizado. Ainda que a sentença, ao deferir o pedido de pagamento FGTS, esteja em conformidade com a Súmula 305, do Tribunal Superior do Trabalho, o recurso ordinário do empregador, em que discutida também a condenação no pagamento de horas extras, diante da prova colhida, não terá como ser denegado. A impossibilidade do recebimento do recurso apenas em parte impõe o seu processamento integral, inclusive no tocante à parte em que seria pertinente a invocação da restrição do § 1º, do art. 518, do Código de Processo Civil.

Ainda no tocante à súmula impeditiva de recurso, a interpretação do óbice criado pelo legislador há de ser feita de modo estrito, como convém às normas derogatórias do direito comum<sup>29</sup> – que corresponde ao cabimento do recurso – e limitativas do exercício de prerrogativas legais. Daí que o fato de estar a sentença em conformidade com verbete jurisprudencial outro que não Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, como Orientação Jurisprudencial, Precedente Normativo ou Instrução Normativa, não dá margem a que se indefira o processamento da impugnação.

A Consolidação das Leis do Trabalho, embora fixe prazos e estabeleça hipóteses de não fluência do lapso temporal, não disciplina o problema da possibilidade ou não de pronunciamento, de ofício, da prescrição, o que permite a aplicação, ao processo do trabalho, do disposto no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, tanto mais diante da revogação expressa do disposto no art. 194, do Código Civil. É certo, no entanto, que a nova diretriz, compreensível no direito comum, como medida de economia de atividade processual<sup>30</sup>, suscita mais graves problemas no campo trabalhista. Tudo porque a própria fluência da prescrição, durante a vigência do contrato de trabalho, é teoricamente bastante questionável. O transcurso da prescrição supõe possa o titular do direito “exigir o ato, ou a omissão”<sup>31</sup>. Antes da exigibilidade não há prescrição<sup>32</sup>, como evidência, por exemplo, a regra do art. 149, da Consolidação das Leis do Trabalho. Durante a vigência do contrato de trabalho, conquanto, do ponto de vista formal, possa o empregado exigir desde logo os direitos a que faça jus, a realidade é diversa, diante da inexistência de proteção contra a dispensa imotivada. Raríssimas as ações em que o trabalhador cobra parcelas do seu atual empregador. Nem mesmo as pretensões previstas de modo expresso

<sup>28</sup>Em sentido contrário, todavia, cf. Helio Estellita Herkenhoff Filho, O julgamento do mérito da demanda antes da angularização do processo (aplicação subsidiária do art. 285-A do CPC – *in vacatio legis*) in Revista LTr, ano 70, n. 3, p. 357 e segs.

<sup>29</sup>Sobre a interpretação restritiva de normas derogatórias do direito comum, com indicação de precedentes jurisprudenciais, cf. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1990, p. 482.

<sup>30</sup>Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Terceira fase da Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Métodos, São Paulo, 2006, vol. 2, p. 63.

<sup>31</sup>Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, vol. 6, p. 114.

<sup>32</sup>Josserand, *Cours de Droit Civil positif français*, Paris, Sirey, 1933, II, p. 571.

na lei, como nos casos dos arts. 137, § 1º, e 659, inciso IX, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, dão margem concretamente a ajuizamento de processos, salvo quando tem o empregado alguma forma de estabilidade ou quando pretende ser dispensado sem justa causa. Melhor faria o legislador, pois, se deixasse, quando menos no campo da relação de emprego, apenas ao devedor a iniciativa de suscitar a prescrição<sup>33</sup>.

A regra do art. 515, § 4º, do Código de Processo Civil, constitui desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas e mesmo da economia processual<sup>34</sup>. É perfeitamente compatível com o processo do trabalho, tendo em conta, inclusive, a previsão mais ampla do art. 765, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A concessão de provimentos de urgência em ação rescisória, nos termos da nova redação do art. 489, do Código de Processo Civil, não é novidade no processo do trabalho. Está amparada na Súmula 405, do Tribunal Superior do Trabalho<sup>35</sup>, e se justifica pelo propósito de assegurar a utilidade do provimento pedido na ação rescisória, pelo que decorre, no fundo, da garantia do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição<sup>36</sup>, bem como do novo inciso LXXVIII, adicionado ao mesmo art. 5º, pela Emenda Constitucional n. 45.

## 6. Prevenção.

As novas hipóteses de prevenção, em caso de reiteração do pedido ou de identidade de ações, procuram impedir a escolha, pelo autor, do órgão judiciário de sua conveniência, com burla dos critérios pessoais de distribuição dos processos, cuja preservação já levou a jurisprudência a negar a possibilidade de admissão de litisconsortes ativos facultativos depois de distribuída a ação<sup>37</sup>. A preocupação não é exclusividade do processo civil. Pelo contrário, está presente também no processo do trabalho, tanto que já se superou, há muito tempo, o teor literal do art. 783, da Consolidação das Leis do Trabalho, para admitir a distribuição de reclamações não “pela ordem rigorosa de sua apresentação ao distribuidor”, mas, sim, por meio de sorteio. Assim, é aplicável, também no processo do trabalho, o art. 253, do Código de Processo Civil, como já concluía a doutrina, antes da reforma legislativa<sup>38</sup>.

## 7. Simplificação.

Contêm as novas regras do Código de Processo Civil, ainda, algumas normas que dispensam providências ou simplificam a prática de atos processuais, de modo a facilitar o acesso à justiça e a adaptar a legislação à realidade presente. É o que se vê no parágrafo único, do

<sup>33</sup>Para o exame, também sob prisma crítico, da prescrição no Uruguai, após a Lei n. 16.906, de 7 de janeiro de 1998, veja-se o excelente estudo de Mario Garmendia Arigón, *Cinco temas sobre prescripción de los créditos laborales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, *passim*.

<sup>34</sup>Gustavo Filipe Barbosa Garcia, *Terceira fase da Reforma do Código de Processo Civil cit.*, vol. 2, p. 20.

<sup>35</sup>“Ação rescisória. Liminar. Antecipação de tutela. I - Em face do que dispõe a MP 1.984-22/00 e reedições e o artigo 273, § 7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda. II - O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será recebito como medida acautelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória”.

<sup>36</sup>Para maior desenvolvimento do ponto, cf. Estêvão Mallet, *Antecipação da tutela no processo do trabalho*, São Paulo, LTR, 1999, n. 2, p. 19 e segs.

<sup>37</sup>STJ – 2ª T., **REsp n. 769.884-RJ**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 28.03.06, pendente de publicação. Negando, em termos gerais, a possibilidade de formação ulterior do litisconsórcio, no caso, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*, São Paulo, RT, 2006, p. 50.

<sup>38</sup>No mesmo sentido, Wagner Giglio, *Direito processual do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 109. Em matéria de prevenção, cf., no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, o art. 10, do Provimento GP/CR n. 1/2005, com a redação dada pelo Provimento GP/CR n. 6/2005.

art. 506, a permitir seja o protocolo do recurso realizado “em cartório ou segundo a norma de organização judiciária”. Convalidam-se, assim, os sistemas de protocolo integrado, que admitem a apresentação de petições mesmo em serventia outra que não aquela vinculada ao juízo em que tramita o processo. No processo do trabalho já se adota, há algum tempo, em vários Tribunais Regionais, a prática, que faz todo o sentido, tanto mais em litígio em que quaisquer custos adicionais para a atuação do empregado em juízo podem resultar em denegação de justiça. Aliás, bem andou o Tribunal Superior do Trabalho ao cancelar a formalista Orientação Jurisprudencial n. 320, da Subseção de Dissídios Individuais I<sup>39</sup>, que tantos incidentes ocasionou e que, agora, ainda mais carente de fundamentos estaria.

A nova redação do caput, do art. 322, do Código de Processo Civil, outra medida de simplificação, não é compatível com o processo do trabalho. Ao revel assegurou o art. 852, da Consolidação das Leis do Trabalho, o direito de ser notificado da sentença<sup>40</sup>, por meio de registro postal, com franquia, providência cuja falta gera nulidade<sup>41</sup>.

A admissão, pelo parágrafo único, do art. 154, do Código de Processo Civil, da prática de atos processuais e de sua comunicação por meio eletrônico não causa nenhuma surpresa. É inevitável prover a adaptação do direito às novas realidades. O direito, “qui est action incessamment progressive”, nas palavras de Geny<sup>42</sup>, não pode escapar às influências decorrentes das transformações que se verificam na sociedade. Pelo contrário, como pondera Demogue, “le droit, pour se conformer à cette loi de continuel devenir qui régit la société, doit donc se plier à certaines transformations, l’évolution de la société amène nécessairement une évolution du droit”<sup>43</sup>. Se hoje já é possível transferir valores e efetuar pagamentos eletronicamente, se já é possível prestar contas à Secretaria da Receita Federal também por meio eletrônico, se já é igualmente possível obter certidões, inclusive, públicas na internet, não faria sentido ficasse apenas o direito processual alheio à nova realidade.

O processo, deixando de lado os formalismos desnecessários, garantida a necessária segurança jurídica, tinha de se adaptar aos avanços da tecnologia, como prognosticava, já em 1995, Jacques Doucède, ao observar que “la dématérialisation des documents...finira par s’imposer aussi dans notre monde judiciaire”<sup>44</sup>. E isso vinha mesmo ocorrendo. Na Inglaterra, por exemplo, as Civil Procedure Rules, editadas em 1998, previram, na rule 32.3, ao disciplinar a produção da prova testemunhal: “The court may allow a witness to give evidence through a

<sup>39</sup>“Sistema de protocolo integrado. Norma interna. Eficácia limitada a recursos da competência do TRT que a editou. Art. 896, § 1º, da CLT. O sistema de protocolo integrado, criado pelos Tribunais Regionais do Trabalho, que autoriza as Varas localizadas no interior do Estado a receberem e a protocolarem documentos de natureza judiciária ou administrativa, destinados a outras Varas ou ao TRT local, tem aplicação restrita ao âmbito de competência do Tribunal que o editou, não podendo ser considerado válido em relação a recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

<sup>40</sup>“Agravado de petição. Nulidade da citação inicial argüida em embargos à execução. No processo trabalhista, em caso de revelia, por força do artigo 852 da CLT, é obrigatória a intimação do revel da sentença prolatada nos autos...”(TRT - 23ª Reg., AP n. 00331-2000-021-23-00-3, Rel. Juiz José Simioni, julg. em 30.03.04 in DJ/MT de 29.04.04).

<sup>41</sup>“Ausência de intimação da sentença. Revelia. Inaplicável o disposto no art. 39, inciso II, do CPC. Nulidade. Ao réu que, regularmente citado, não comparece à audiência para oferecer contestação e, por isso, é considerado revel e, cuja intimação da sentença é devolvida com a informação “mudou-se”, não se aplica o disposto no art. 39, inciso II, do CPC, eis que o ônus decorrente do aludido dispositivo legal somente se aplica ao advogado ou à parte, quando esta postula em causa própria, já praticou qualquer ato no processo, o que incorreu na hipótese e, em consequência, impondo-se a aplicação do preconizado no art. 852 “in fine”, combinado com o art. 841, parágrafo 1º, ambos do diploma consolidado, sob pena de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, configurando-se a nulidade suscitada.” (TRT - 15ª Reg., 3ª T., RO n. 6618/99, Rel. Juiz Samuel Corrêa Leite, Ac. n. 22.421/00, julg. em 04.07.00 in DOE de 04.07.00)

<sup>42</sup>*Science et Technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, s. d. p., III, n. 190, p. 41.

<sup>43</sup>*Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, Paris, Éditions la mémoire du droit, Paris, 2001, p. 88.

<sup>44</sup>*Les solutions d’organisation matérielle en Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 49.

video link or by other means”<sup>45</sup>. Analogamente, na Alemanha, a reforma empreendida no Código de Processo Civil no ano de 2001 fez com que, concordando as partes, seja substituída a audiência, normalmente realizada na sede do juízo, por vídeo-conferência<sup>46</sup>. Já em Portugal, desde a reforma de 1995 o Código de Processo Civil prevê a prática de atos processuais por “meios telemáticos”<sup>47</sup>, possibilidade que se tornou mais ampla após o Decreto-Lei n. 183/2000, em que, com a nova redação dada ao art. 150º, sob a rubrica “entrega ou remessa a juízo das peças processuais”, estatui-se, nos ns. 2 e 3: “2 - Os articulados, requerimentos, respostas e as peças referentes a quaisquer actos que devam ser praticados por escrito pelas partes no processo podem ser:...c) Enviados através de telecópia ou por correio electrónico, sendo neste último caso necessária a aposição da assinatura digital do seu signatário, valendo como data da prática do acto processual a da sua expedição. 3 - Quando as partes praticarem os actos processuais através de telecópia ou correio electrónico, remeterão ao tribunal no prazo de cinco dias, respectivamente, o suporte digital ou a cópia de segurança, acompanhados dos documentos que não tenham sido enviados.”

No âmbito trabalhista, o Tribunal do Trabalho da 2ª Região – como vários outros – já havia disciplinado, antes da Lei n. 11.280, o envio de petições por meio eletrônico, mediante “assinatura eletrônica (senha certificada)”, dispensadas “ratificação posterior perante o Juízo destinatário” e “remessa de cópia com assinatura física”<sup>48</sup>. Semelhante procedimento foi convalidado pelo Tribunal Superior do Trabalho em acórdão em cuja ementa assinala-se: “O recurso interposto por meio do sistema de peticionamento eletrônico (PET), apesar de não trazer assinatura física, mas apenas assinatura eletrônica, deve ter reconhecida a sua regularidade de representação, merecendo, portanto, conhecimento”<sup>49</sup>.

Como se vê, a nova regra do parágrafo único, do art. 154, do Código de Processo Civil, apenas acolhe, no campo processual, as novas possibilidades oferecidas pela tecnologia. Deve ser aplicada com largueza, como mais um – e não como o único – expediente à disposição das partes, inclusive no processo do trabalho, no qual já se admitiam documentos eletrônicos, afastando-se especialmente interpretação restritiva, segundo a qual apenas os atos praticados de acordo com os parâmetros da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP seriam doravante admissíveis.

<sup>45</sup>A propósito, cf. Stuart Sime, *A practical approach to civil procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 496. Na doutrina nacional, José Carlos Barbosa Moreira, Uma novidade: o Código de Processo Civil ingles *in* Temas de direito processual (sétima série), São Paulo, Saraiva, 2001, p. 187.

<sup>46</sup>José Carlos Barbosa Moreira, Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão *in* Temas de direito processual (oitava série), São Paulo, Saraiva, 2004, p. 202. Lembre-se, todavia, que a jurisprudência norte-americana, no campo do processo penal, já negou a possibilidade de depoimento prestado por meio de vídeo, tendo em conta a garantia de confrontação da testemunha pelo acusado, nos termos da Sexta Emenda à Constituição (“*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to be confronted with the witnesses against him...*”). O julgado, proferido pela *United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit* (*United States of America v. Anita Yates, Anton F. Pusztai*, n. 02-13654), em decisão de 24 de novembro de 2004, anulou decisão condenatória, sintetizando, na conclusão: “*Because the admission of this live, two-way video teleconference testimony violated the Defendants’ Sixth Amendment confrontation rights, we reverse and remand for a new trial.*”

<sup>47</sup>Cf. art. 150º, segundo a redação dada pelo Decreto-Lei n. 180/96.

<sup>48</sup>Provimento TRT 2ª Reg. - GP n. 5/2002. No Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região existe norma semelhante, que prevê a atribuição de “plena validade para todos os efeitos legais, dispensando a apresentação de reproduções por meio físico” a “documentos digitais criptografados, assim considerados aqueles confirmados por meio de certificação digital ou tecnologia assemelhada, e que possuam a garantia de autenticidade e integridade” (arts. 33º e 34º, do ato GP n. 6/2002). Veja-se, ainda, a Resolução n. 152/2000, que regula, no TRT da 8ª Região, “o Cadastro Único de Advogados, o Peticionamento Eletrônico, TRT-Push e a recepção de documentos por e-mail e fac-símile”. Cf., no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Resolução n. 287, de 2004, que permite o uso de correio eletrônico para a prática de atos processuais.

<sup>49</sup>TST – SBDI II, ROMS n. 86704/2003-900-02-00.5, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins, julg. em 30.09.2003 *in* DJU de 17.10.2003. 

**Pedro Paulo Teixeira Manus\***

## **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO - RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR**

Palestra Proferida no Seminário Sobre “Fraude nas  
Relações de Trabalho – Mecanismos de Prevenção  
e Repressão”, em 22 de Novembro de 2005

Nós sabemos que existe um regime jurídico de admissão originária dos prestadores de serviço para administração pública direta e indireta. Qual é esse regime? É o regime administrativo. Antigamente a gente tratava esse pessoal admitido sob o regime administrativo de funcionários públicos. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro hoje esses são os servidores estatutários. Na realidade esse era o regime antes da Constituição de 88 mais democrático, mais justo e mais seguro de admissão de pessoal pelo serviço público- o regime administrativo. Por que? Porque admitidos dessa forma tinham todas condições relativamente iguais de concorrer às vagas e, portanto, evitava-se que se fraudasse essa regra e se admitisse alguém em detrimento de quaisquer outros. Acontece que com a evolução dos acontecimentos, com a mudança da atuação do Estado, passou a Administração Pública a poder admitir gente por outro regime que não o regime estatutário, isto é, o regime trabalhista. Isto é possível tanto na administração direta e indireta quanto nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista. Acontece, e a professora Maria Sylvia faz essa ressalva, que depois da emenda 19, de 98, que deu nova redação a esse artigo 37, ele passou a dizer o seguinte: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também o seguinte:

Inciso I- os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em Lei, assim como aos estrangeiros na forma da Lei.

É importante lembrar que o Legislador Constitucional teve o cuidado, e essa é a redação da emenda 19, de sublinhar cargos, empregos e funções públicas. Interessa para a gente especificamente a preocupação em falar em cargos e empregos, porque nós sabemos que quando falamos de empregos não estamos falando dos servidores estatutários, de modo que o que está escrito aqui no “caput”, no inciso I, se aplica também a servidor não regido pelas regras administrativas. Olha o inciso II, do 37:

“A investidura em cargo ou em emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego na forma prevista em Lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarada em Lei de livre nomeação e exoneração”. Quer dizer que a exigência do concurso público já surge no 37, parágrafo 2º, de forma geral quando se fala na adminis-

---

\*Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da PUC/SP, Juiz Vice-Presidente Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Membro da Comissão Nacional de Direito e Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego.

tração genericamente considerado. Por que?

Porque o inciso II está cuidando da investidura em cargo ou emprego público. Muito bem. Isso significa que essa regra se aplica não só administração direta e indireta, mas eu anotei aqui: as autarquias, as fundações e inclui esses princípios também àquelas empresas de que cuida a Constituição lá no artigo 173. Lembra do artigo 173 da Constituição? Ele diz assim: ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessários aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo conforme definido em lei.

Parágrafo 1º, do artigo 173: a Lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços dispondo sobre o inciso II desse parágrafo 1º, do 173- a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Qual é a graça: A graça é o seguinte: que aqui nós temos que conjugar essa regra do inciso II, do parágrafo 1º, do 173 com a regra maior do artigo 37. O que é que significa? Que uma empresa pública ela se submete, enquanto empresa que é, às regras da empresa privada, mas isso na relação com os seus trabalhadores que serão empregados porque se aplica a legislação do trabalho a elas. Não obstante, o artigo 37 faz uma exigência fundamental para que o ingresso desses empregados seja constitucionalmente admitido. Qual é? Concurso Público. Então, a questão começa a ser analisada sob esse prisma. É preciso que nós tenhamos claro que do ponto de vista da administração pública municipal, estadual ou federal, quando se trata da administração direta ou indireta ou de empresas em que o governo tem interesse, não obstante o regime possa ser diferente, o regime de trabalho, a exigência do concurso público é fundamental. Por que o legislador teria tido esse cuidado com relação à sociedade de economia mista ou empresa pública?

Porque se a preocupação é impedir o ato ilícito na forma de angariar prestadores de serviços, seria muito fácil àquele que pretende burlar regra não agir assim na administração direta, mas agir assim nas empresas públicas, nas sociedades de economia mista e a regra do concurso público estabelecida no 37 seria facilmente desrespeitada. Bastaria, por exemplo, que uma Prefeitura Municipal criasse uma empresa.... Vamos dar um exemplo mais interessante: bastaria que o estado criasse uma empresa de admissão- estou falando do estado de São Paulo, estou falando do BANESER, pronto! Posso passar para o próximo assunto. Vejam como é fácil burlar, não é interessante isso? Quer dizer, essa garantia tem que ser dessa ordem para evitar que o administrador que pretenda burlar a regra, crie um artifício; então o legislador procurou se cercar das garantias que ninguém que preste serviço que se destina à Administração Pública, no sentido mais amplo, possa fazê-lo sem se submeter a concurso público, o que não tem nada a ver com o regime jurídico que vai ser aplicado aquele prestador de serviço e o tomador de serviço. Mais do que isso, hoje nós sabemos que a Administração Pública nos três níveis pode eleger o regime único, pode, não é obrigado, ela pode conviver com os dois regimes ou eleger o regime único. A União em 1990 estabeleceu um regime único e disse que o regime único é um administrativo. Então os servidores da Administração Pública, em nível federal, passaram a ter um regime único. Em 1990, com o advento do novo regime, todo servidor federal que era CLT, teve de passar, não era um sistema de opção, teve de passar ao regime administrativo com as conseqüências. Vocês lembram que havia uma briga danada, TST e STJ, de quem era a competência para dirimir as controvérsias decorrentes desse fato, até que eles combinaram o seguinte: olha, se o cidadão era CLT e o que ele discute esgotou os seus efeitos ainda sob o vínculo da CLT- Justiça do Trabalho- se era CLT,

passou a funcionário público e hoje ele vem discutir e o que ele discute na época da CLT reflete na condição de funcionário, é Justiça Federal, o recurso especial para o STJ e assim se pacificou. É uma fase já passada. Tem um ou outro processo de execução ainda, mas as ações de conhecimento felizmente passaram, mesmo porque o prazo prescricional já “comeu”, porque isso é de 1990. Mas vejam que interessante: da mesma forma como a União fez, alguns estados e municípios podiam estabelecer o regime único, mas podem não estabelecer. O estado de São Paulo e a Prefeitura de São Paulo não têm regime único, o que significa que nós podemos ter na própria administração direta funcionários públicos e servidores CLT. Eu marquei aqui um acórdão muito interessante do Supremo, deixa eu ver porque que eu marquei. Eu sei que eu peguei esse acórdão aqui do livro do Alexandre de Moraes. Quer ver o que ele diz?

É um agravo regimental. Olha o que diz o ministro! Empresas públicas, sociedades de economia mista- obrigatoriedade de concurso público e submissão ao direito do trabalho, absorção pela administração direta estadual dos empregados de sociedade de economia mista em liquidação, plausibilidade da alegação de afronta ao princípio constitucional do concurso público, 37, II. É uma empresa pública, gente, não é administração direta. Precedentes. Ai eu grifei: o Supremo Tribunal julgou ser o concurso público pressuposto de validade da admissão de pessoal não apenas pela administração direta e pelos entes públicos da administração indireta, ou seja, o seguimento alcançado pelo regime jurídico único, mas também pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, não obstante por força do 173 da Constituição, a sua relação com os efetivos empregados se submeta ao Direito do Trabalho. Formidável esse acórdão, não? Foi exatamente o que eu disse até agora. Isto tem um desdobramento interessante, quer do ponto de vista administrativo e constitucional da aplicação do 37, quer do ponto de vista material que diz respeito à aplicação da CLT a esse tipo de prestador de serviço, quer do ponto de vista processual no que respeita a competência da Justiça do Trabalho. É uma ementa suculenta. Bom, então o regime jurídico que se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista, é aquele do 173. A relação que se estabelece entre prestador de serviço e tomador de serviço é trabalhista. Na administração direta é estatutária ou pode ser trabalhista, salvo se houver um regime único e nada obsta, como há um ou outro município pelo Brasil a fora, que através de lei municipal estabeleça como regime único o regime celetista. Paciência se você é titular da Vara, todos os problemas irão para a sua Vara. Agora, se mantiver o regime jurídico administrativo todas as questões funcionais vão para o Juiz Estadual. Aqui em São Paulo para a Fazenda, para as Varas da Fazenda. Então, a questão diz respeito a dois problemas, nós não estamos tratando da relação trabalhista em si no seu desenvolvimento, nós estamos tratando da forma de ingresso. Enquanto na administração direta nós podemos ter ambos os regimes, nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas, nós temos por força do parágrafo 1º, inciso II, do 173 da Constituição, obrigatoriamente o regime trabalhista. É isso o que quer dizer esse artigo quando diz: a lei vai estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias, dispondo sobre: II- sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Esse tema é muito interessante porque isso envolve também a forma de execução de sentenças proferidas contra essas empresas. Eu me lembro agora de um assunto interessante, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos se submete no pagamento a precatórios, não obstante ela seja uma empresa pública. Eu nunca li o acórdão, eu tenho muita curiosidade de saber como eles descobriram isso, creio que por uma razão histórica porque a atual Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos era originariamente uma autarquia,

então talvez pela origem histórica do patrimônio. Se se tratar de empresa pública e sociedade de economia mista, a regra constitucional é de regime jurídico das empresas privadas e, portanto, a execução como se empregador fosse. Aqui nós precisamos fazer uma pequena observação que ao meu ver é importante pelo seguinte: quando se diz que se aplica a legislação do trabalho para o servidor público celetista da administração direta e indireta, isso não significa que nós tenhamos num processo do trabalho procedimento idêntico aquele que teríamos se se tratasse de um empregador privado. Por que?

Primeiro, que o Estado tem determinados benefícios que o Decreto Lei 77969, que continua em vigor, dá o dobro de prazo para recurso, o quádruplo do prazo para data de audiência e algumas outras vantagens, e o patrimônio público não está sujeito a apreensão de bens como o patrimônio privado, não obstante isso não invalida, ao meu ver, a circunstância de que no desenvolvimento da relação de emprego as regras que se apliquem são regras trabalhistas, claro que com adaptação. Quando você vai falar em imediatidade de justa causa, mesmo na atividade privada você faz uma distinção, se é uma pequena empresa, se é uma médica empresa, se é uma grande empresa, se ela tem um procedimento próprio para apurar a falta. No poder público você tem que agir levando em conta a estrutura. Claro que não dá para esperar seis meses para saber se vão punir o funcionário, ainda que haja uma complexidade na atividade pública, o que aí é uma incompetência, uma desorganização, e aí começa um problema sério de admissão de pessoal pela CLT no serviço público, sem cogitar de uma questão que eu quero falar mais para frente que é a pretensão do estado membro do município legislar nessa matéria quando não pode. Isso é outra conversa. Bem, eu tinha falado da Professora Maria Sylvia quando ela fala de prestadores de serviço, ela faz uma distinção de três tipos. Ela diz: os prestadores de serviços se dividem em servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário ocupantes de cargos públicos; 2) empregados públicos contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público: 3) servidores temporários contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, artigo 37, IX da Constituição. Eles exercem função sem estarem vinculados a cargo ou a emprego público. Quer dizer, se a gente conseguisse disciplinar quanto à terminologia, nós temos que fazer uma distinção séria entre servidor estatutário e empregado público. Empregado público é aquele que tem a sua relação regida pela CLT, servidor estatutário pelo estatuto do funcionário público, civil, estadual, municipal ou federal, não obstante, um e dois, isto é, servidores estatutários e empregados públicos, estejam obrigados a prestar concurso público se aprovados e nomeados de acordo com a ordem de aprovação. Bem, aqui surge uma outra questão que diz respeito à competência para conhecer de conflitos que envolvam servidores e prestadores de serviços para empresa pública. Eu peguei aqui um acórdão do Ministro Veloso, da segunda turma, que diz o seguinte: constitucional, administrativa, ação popular, servidor público, contratação sem concurso público, nulidade e construção no artigo 37, II e IX – 1) a investidura no serviço público, seja como estatutário, seja como celetista, depende de aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão. A contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público tem como pressuposto lei que estabeleça os casos de contratação. Inexistindo essa lei, não há como falar em tal contratação- recurso extraordinário conhecido e provido- de modo que a jurisprudência foi sempre se encaminhando nesse sentido. Não é o regime jurídico que vincula o prestador e a administração que determinada a necessidade ou não de concurso público e vice-versa. Não é a circunstância de eu ter feito um concurso público e ter sido aprovado que vai me dar o status de servidor estatutário, depende de eu exercer um cargo público ou emprego público, mas a vinculação... por que eu estou falando

isso, insistindo, falei umas 20 vezes? Porque nós passamos a vida toda, antes da Constituição de 88, com essa noção. É por isso que esse assunto seja um pouco estranho para algumas pessoas, mas nós passamos, nós aprendemos na escola antes de 88- eu sou um dos que me formei antes da Constituição- concurso público era característica exclusiva de funcionário público. Hoje não chama nem mais funcionário público, não é mais moderno falar, é servidor estatutário. E seja servidor estatutário, seja ocupante de emprego público na administração direta e indireta, fundacional, empresa pública, sociedade de economia mista, precisa fazer concurso público. Bom, aí está começando a chegar a hora de falar da competência e aí tem que lembrar aquela famosa liminar que o Ministro Jobim concedeu ao interpretar o inciso I. Lembra dessa liminar? O Senado Federal foi mexer no texto da emenda 45 e foi dar uma caprichada no inciso I, não é? Ações que envolvam relação de trabalho abrangidos dos entes de direito público externo, administração direta e indireta, etc. e tal e coisa. Aí, sabe o que eles fizeram? O Senado falou: não está muito claro, tem gente que vai achar que funcionário público também vem para a CLT, para a Justiça do Trabalho. Aí no Senado eles botaram vírgula, exceto os ocupantes de cargo de provimento efetivo em comissão criado por lei, não sei o que. Chegou no dia de aprovar, não foi no dia, foi no dia da assinatura, foi quarta-feira. Chegou na segunda, o assessor do deputado João Paulo falou para ele: olha, o senhor não pode assinar, está diferente. Aí ele falou para o presidente do Senado: ó, vocês mudaram aqui, não pode, eu não assino, assina, não assina, assina, não assina...Aí convenceram o presidente do Senado, o Senador Sarney, a tirar o adendo. Bom, qual foi o raciocínio? Até eu que sou mais bobo faria o seguinte: bom, era exceto os funcionários públicos. Se tirou o exceto é que é inclusive. Então, o raciocínio foi de que também teríamos competência em matéria de servidor estatutário. Olha como a vida é interessante: oito anos depois da Justiça Federal ficar com esse risinho que você está, que ia fechar a Justiça do Trabalho, nós ficamos, porque os juízes federais acharam: vai fechar a Justiça Federal porque vão os funcionários para ele, vão os crimes, daqui a pouco não sobra nada. Aí a AJUFE saiu correndo, entrou com uma ação direta de inconstitucionalidade- o saiu correndo é por minha conta, mas eles entraram. E no dia 30 de janeiro de 2005 o Presidente do Supremo concedeu aquela famosa liminar, que eu acho que vai durar para sempre, até o Supremo julgar. Quando é que eles vão julgar? Sei lá, mas o legal dessa história é que, embora eu não goste muito do conteúdo, é um parâmetro que a gente tem. Olha como diz a liminar do Ministro Jobim: suspendendo “toda e qualquer interpretação dada no inciso que inclua na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores a ele, Poder Público vinculados, por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico administrativo. Bom, então o que tá valendo é o que o Ministro Jobim falou: se for CLT é conosco, se não for é deles. Agora resta uma questão: e o cidadão que entra em juízo dizendo: olha, eu não tenho regime nem estatutário, nem celetista reconhecido pela Administração. Esse é nosso, eu acho que é aí o fio da meada para que a gente possa dizer que esse tema de hoje é da competência da Justiça do Trabalho. É esse raciocínio que presidiu, ao meu ver, um entendimento que a competência é nossa. Eu sei porque a Vivian me deu um monte de acórdãos aqui... quer ver, deixa eu ver se acho um legal...ó, vamos ler esse aqui do Ministro Joaquim Barbosa, é legal ele, ó... Ementa- conflito negativo de competência- Reclamação trabalhista- Tribunal Superior do Trabalho- Juiz Federal de 1ª instância: compete ao Supremo conhecer do conflito negativo se suscitado por Juiz Federal face ao TST em reclamação trabalhista contra a União, Estrada de Ferro Paraná. Competência da Justiça do Trabalho para julgar na espécie causa cujo fundamento é o desrespeito à legislação trabalhista- interpretação do artigo 114- É nessa linha que o Supremo e o STJ fixaram entendimento de que quando nós tivermos um conflito

que envolvam servidor e administração direta ou indireta e que haja discussão quanto à natureza do vínculo, o que não se reconhece a condição dele de servidor estatutário, a competência é nossa. Tem um aqui do Ministro Paulo Medina, STJ, é de fevereiro de 2005: Justiça Estadual Comum- Justiça do Trabalho- Servidor Municipal contratado após a Constituição de 88 sem aprovação em concurso público, é o tema: regime jurídico único instituído por lei orgânica municipal, competência da Justiça do Trabalho. Compete à Justiça do Trabalho examinar reclamação contra o município, mesmo nos contratos firmados após o regime jurídico instituído por lei orgânica em face da ausência de aprovação em concurso público, pois a relação de emprego do servidor é regida pelas regras da CLT. Não tem outra saída. Se o trabalho é subordinado e ele não é funcionário público e é pessoa física, ele é servidor celetista, não existe uma terceira hipótese. E aqui o STJ e o Supremo estão de acordo no sentido de que a competência é nossa. Aonde eu quero chegar? Na idéia de que quando eu vou demonstrar que há um ilícito na contratação e vou responsabilizar o administrador, que é isso que nós vamos ver em seguida, a competência é nossa para dizer... Bom, aí eu queria ler agora, a penúltima coisa que eu vou falar é o seguinte: tem um acórdão aqui super interessante que o ilustre Professor Roberto Marcondes, que é o procurador chefe da Procuradoria mandou para mim, é de uma moça muito competente que se chama Pastora do Socorro Teixeira Leal e é juíza do TRT em Belém do Pará. Olha a ementa do acórdão, acórdão “bonitão” aqui da Pastora, olha só: ação civil pública- Ministério Público do Trabalho contra o município de São João da Ponta. Deve ser longe porque já é no Pará, ainda da ponta, meu amigo, vai ser longe... ó, longe para nós, isso é relativo, pra eles é perto, agora pra nós é longe. Ação Civil Pública- Competência “ratione materiae” da Justiça do Trabalho- Prestador de serviço regularmente contratado por pessoa jurídica de direito público interno... só vou ler a ementa rapidinho: o artigo 114, 2ª parte, da Constituição expressamente prevê a competência desta Justiça, na forma da lei, julgar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. No caso sub-exame dos servidores temporários do município, no caso os servidores não são estatutários, haja vista que não se submeteram a concursos, o que é incontroverso, como também não são ocupantes de cargo de confiança e nem contratados de acordo a lei municipal que segue os ditames da Lei 8745, de 93, pelo que não se pode afastar a competência material desta justiça obreira. Eu não gosto muito de obreira, mas deixa, a Pastora gosta, o acórdão é dela, ela escreve, mas olha que interessante, o que ela está dizendo aqui. Isso aí me lembra aquela historinha... sabe do aluno que foi fazer o exame oral e o professor dele era um desembargador e aí o professor fez uma pergunta, ele não tinha a menor idéia, respondeu uma besteirada. O professor ficou bravo, falou: você não tem vergonha, menino? Falar uma bobagem dessa em público? Diz o aluno: besteira porque eu falei, professor, se fosse Vossa Excelência seria um voto vencido. Isso é engraçado, mas tem uma sabedoria interessante: se eu disser para vocês, se eu leio isso aqui numa sentença de 1º grau da Justiça do Trabalho, se eu leio num acórdão da Dra. Pastora, você não conhece ao vivo a Dra. Pastora, se conhecesse, então, aí você ficaria maravilhado, mas eu digo: se você lê isso aqui, quando o Sr. ler lá do STJ, do TST, do Supremo, então, e aqui... Por isso que eu comecei o inverso, eu li do Supremo, do TST e do TRT, os três estão dizendo a mesma coisa, e não é voto vencido que nem do professor da prova, isso aqui é o voto vencedor, pois no corpo do voto ela diz uma introdução ao que você vai falar. Ela diz assim: a história vocês já viram pela ementa, o moço foi contratado sem concurso público na Prefeitura de São João da Ponta. Aí diz assim: no que tange mais propriamente ao ato de improbidade administrativa, a lei 8429, de 02 de Julho de 92, a lei de improbidade, define este ato de improbidade- como sendo aquele que causa lesão ao erário, seja por ação ou por omissão, doloso ou culposo que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, mal baratamento

ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos estados, Distrito Federal, dos municípios, dentre outros mencionados no artigo 1º deste diploma legal. Essa é a medula do voto e foi assim que se decidiu. Acolhido o recurso no mérito, à unanimidade, para dar provimento parcial e declarar nulos os contratos firmados entre o município, depois de 05 de outubro, e os que não tenham se submetido a concursos; 2) determinar o município recorrido que se abstenha de contratar qualquer trabalhador sem prévio concurso público, excluídos os cargos de livre provimento etc; 3) impor ao 2º recorrido, que contratou, o pagamento da indenização no importe de R\$ 50.000,00 a reverter para o fundo de amparo ao trabalhador, cominar custas etc, tal e coisa. Então, o que eu quero dizer é o seguinte: essa decisão da Justiça do Trabalho é uma das que traz um componente muito interessante - nossa competência; a responsabilização pessoal é um assunto que nos interessa e aqui está no artigo 10, da Lei 8429, de 92, que eu não vou falar porque a Vivian vai cuidar. Eu só queria no final ler uma maravilhosa ementa para falar sobre o princípio da legalidade. Quando o município, quando o estado contrata pelo regime da CLT não tem saída. Eles são enquanto empregador e empregado público submetidos à CLT. O que a gente vê muito na argumentação do Poder Público é que se há lei municipal ou lei estadual que embasa o ato do empregador, empregador aí o Estado ou Município, não se pode, judicialmente, pretender desfazer esse ato porque isso ofenderia o princípio da legalidade e esse argumento é falacioso. Por que? Olha essa ementa que interessantíssima: Servidor público celetista e alteração contratual ilegal- Princípio da legalidade e autonomia do Estado membro em relação à União- Conforme o artigo 22, I, da Constituição Federal compete privativamente à União legislar sobre o Direito do Trabalho, sendo vedado ao Estado membro e ao Município editar normas de caráter geral sobre Direito do Trabalho, pois a competência da União é privativa. Podem o Estado membro e o Município editar normas trabalhistas de aplicação somente aos seus servidores pelo regime da CLT, mas com idêntica limitação imposta ao empregador comum ao qual se equipara ao admitir pessoal pelo regime celetista. O poder público ao admitir pessoal pelo regime da CLT submete-se às regras ditadas pela União, isto é, aos princípios que regem o Direito do Trabalho- aplicação do princípio da legalidade do artigo 5º, II, da Constituição Federal. Isso significa obedecer às regras ditadas pela União, cuja competência é privativa a respeito. Obedece o Estado membro os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade do artigo 37, da Constituição Federal, o respeito aos artigos 18 e 25 da Constituição que cuida da autonomia do Estado membro em relação à União, se configura na medida em que o Estado pode adotar regime jurídico instituído pela União, submetendo sem poder alterar regra que não lhe competia instituir, pois da alçada exclusiva da União. Assim, também no âmbito do Estado e do Município quando a relação de trabalho é celetista as alterações contratuais encontram limites na regra do 468 da CLT, instituída pela União no exercício de sua competência exclusiva. O que é que essa maravilhosa ementa, que a modéstia me impede de dizer quem é o autor, pretende dizer? Princípio da legalidade, minha gente, é o Estado e o Município se submeterem às regras que só a União pode estabelecer. Isso se aplica às empresas públicas, às sociedades de economia mista. Elas podem, contratando pela CLT, como são empresas privadas, agir como qualquer empregador comum, salvo numa questão: a forma de ingresso, porque essa o 37, II, da Constituição diz que tem que ser via concurso público, sob pena de ato ilícito. E aí paro de falar porque já passou o tempo e agora é a vez da Vivian, muito obrigado!

***Almir Pazianotto Pinto\****

**“COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NAS  
RELAÇÕES SINDICAIS, COLETIVAS E ADMINISTRATIVAS -  
DISSÍDIO COLETIVO, DIREITO DE GREVE,  
PENALIDADES ADMINISTRATIVAS, *HABEAS CORPUS*,  
*HABEAS DATA* E MANDADO DE SEGURANÇA”**

Palestra proferida por ocasião do Painele sobre a Reforma do Judiciário, realizado pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, de 14 a 17 de fevereiro de 2005.

Compareço com muita honra a este seminário, a convite da Dra. Dora Vaz Treviño, a quem conheço desde que se mudou de Santos para São Paulo, a fim de se iniciar na advocacia, ingressar na magistratura e atingir este ponto culminante, como Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, o segundo Tribunal mais importante na Justiça do Trabalho.

Estamos aqui para falar, e ouvir, a respeito da Reforma do Poder Judiciário, feita pela Emenda 45. Paulo Bonavides escreve, em livro já na terceira edição, que “fora da Constituição não há instrumento nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições”. Em seguida tece duras críticas à instabilidade da Constituição de 1988.

É trágica característica do nosso Direito Constitucional o elevado grau de instabilidade que o persegue. Exceção feita às duas primeiras Constituições: a do Império, outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, e a Constituição Republicana de 1981, nenhuma outra, desde 1934, teve vida longa e cercada de respeito.

A Constituição Imperial vigorou durante 65 anos, e foi emendada uma única vez, por Ato Adicional. Dela escreveu Octaciano Ribeiro estas palavras: “A Constituição de 1824 não serviu apenas para os momentos de estabilidade política conseguida no Império a partir da Praieira, a última rebelião política do período monárquico. Serviu com a mesma eficiência para as fases de crise que se multiplicaram numa sucessão interminável de revoltas, rebeliões, insurreições, entre 1824 e 1848. Mais do que isso: foi sob esse mesmo texto, emendado apenas uma vez, que se processou, sem riscos de graves rupturas, a evolução histórica de toda a Monarquia. Essa evolução inicial inclui fatos de enorme relevância e significação tanto política, como econômica e social. As intervenções no Prata e a Guerra do Paraguai; o fim da tarifa preferencial da Inglaterra e o início do protecionismo econômico, com a tarifa Alves Branco de 1844, a supressão do tráfico de escravos, o início da industrialização e a própria Abolição, em 1888, são alguns exemplos”.

A Constituição de 1891, em quarenta anos de duração, passou por uma só Emenda, redigida de forma precisa e objetiva em 3 de setembro de 1926. Em breve e didático estudo sobre essa Constituição, Aliomar Baleeiro destacou o papel de Ruy Barbosa na tomada das primeiras medidas destinadas à consolidação da recém-nascida República. “Ruy Barbosa

---

\* Advogado Trabalhista formado em 1960, Ex-Secretário do Trabalho, Ex-Ministro do Trabalho, Ex-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho

– diz ele – no cair da noite de 15 de novembro sentou-se de caneta em punho, diante duma resma de papel almaço, institucionalizando os fatos da manhã. E assim, antes que voltasse ao solo toda a poeira da cavalgada de Deodoro, começou a assinar o Decreto orgânico que instituiu o Governo Provisório da nova República. Seguiram-se a separação da Igreja do Estado e, dia a dia, inovações políticas e jurídicas de toda espécie. O novo regime em plena atmosfera inflacionária excitou os banqueiros e empresários, que se dividiram em duas facções, uma ao lado do Ministro da Fazenda, outra a mando do Ministro da Agricultura Demétrio Ribeiro, o jovem positivista do Rio Grande do Sul. O talento e a espantosa capacidade de trabalho de Ruy Barbosa seduziram o velho Deodoro no primeiro semestre de 1889, mas, por isso mesmo, despertaram ciúmes de outros membros do Governo Provisório”.

A primeira Constituição republicana cairia por força da Revolução de novembro de 1930, segundo todos os historiadores a única verdadeira revolução da nossa história.

Getúlio Vargas assumiu o poder como Chefe do Governo Provisório em novembro de 1930. Após enfrentar conflitos armados convocou Assembléia Nacional Constituinte, que redigiu e promulgou a Constituição de 1934. Esta Carta nasceu frágil, em virtude das condições políticas da época e, também, porque os constituintes fixaram, no art. 1º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que caberia à Assembléia Nacional Constituinte a eleição do presidente da República e, no art. 3º, § 7º, que nessa eleição não haveria inelegibilidades. Isto permitiu a Getúlio Vargas apresentar-se como candidato e, naturalmente, vencer os adversários, passando de Chefe do Governo Provisório a Presidente da República, para exercer mandato de mais quatro anos.

A Constituição de 1934 vigorou pouco mais de três anos. Foi derrubada pelo próprio Vargas, em 10 de novembro de 1937, sendo substituída por Carta ditatorial, inspirada a Constituição polonesa. Em matéria sindical a Carta Constitucional de 1937 foi buscar, na Carta del Lavoro, de Benito Mussolini, o modelo de organização sindical única e vertical, que sintetizou no art. 138. A Constituição de 1937 teve a duração de 8 anos, e cai com Getúlio, deposto pelos militares em 29 de outubro de 1945. Em seu lugar passou a vigorar a Constituição de 18 de setembro de 1946, cuja ruína se inicia com a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1946, que instituiu o regime parlamentar de governo, como solução de compromisso destinada a permitir a posse de João Goulart na presidência da República. A emenda nº 6, de 23 de janeiro de 1963, restabeleceu o regime presidencialista e, um ano depois, em 31 de março de 1964, João Goulart era deposto pelos comandantes das Forças Armadas, com as justificativas formais apresentadas no Ato Institucional de 9 de abril de 1946.

O Ato Institucional que passaria a ser conhecido como Ato Institucional nº 1, fere de morte a Constituição de 1946 que, de Ato em Ato acaba por sucumbir com a convocação de mais uma Assembléia Nacional Constituinte pelo Presidente Castelo Branco, que faz aprovar a Constituição de 24 de janeiro de 1967, projetada, redigida e promulgada no curto espaço de 48 dias.

Esta Constituição foi incapaz de atender aos desígnios dos militares no poder. Durou dois anos, marcados por repetidos episódios de violência. Foi abatida pelo Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e sepultada pela Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, promulgada pelos Ministros Aurélio de Lyra Tavares, Augusto Hamann Rademaker Grunewald, Márcio de Souza Mello, respectivamente do Exército, Marinha e Aeronáutica.

De crise em crise atingimos o fim do regime militar, com a eleição de nova Assembléia Nacional Constituinte. Em 27 de novembro de 1985 as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, pela Emenda Constitucional nº 26, convoca a instalação de Assem-

bléia Nacional Constituinte, integrada pelos Senadores e Deputados eleitos em 15 de novembro de 1986.

Aspecto curioso da Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 está no fato de a primeira tiragem da primeira edição publicada pelo Senado conter dois preâmbulos. O oficial e outro, redigido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães. Diz este preâmbulo, suprimido na segunda tiragem, e que dá à nova Carta Política a denominação de “Constituição Coragem”, que:

“O homem é o problema da sociedade brasileira, sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania.

A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País.

Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança.

É a Constituição cidadã.

Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar.

A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade.

Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo Executivo e o Legislativo.

Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades; contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos. É a Constituição Coragem.

Andou, imaginou, inovou, ousou, ouviu, viu, destruiu tabus, tomou partido dos que só se salvam pela lei.

A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade, e a justiça.”

O Preâmbulo oficial está redigido em linguagem protocolar e diz:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

A preocupação dos Constituintes com a integridade deste documento era de tal ordem que o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prescreve: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

Passados cinco anos o Congresso estaria autorizado a discutir se o País seria parlamentarista ou presidencialista, republicano ou monarquista.

O que se assistiu, após cinco anos, foi algo que nos constrange. Temos presenciado verdadeira avalanche de emendas, que desfiguram o texto original da Constituição Cidadã.

Com menos de vinte anos, a última Emenda aprovada é a de nº 45, com dezenas de outras enfileiradas, no aguardo de entrarem em discussão.

Não fosse o bastante, temos essa sucessão interminável de Medidas Provisórias, das quais se vale o Presidente da República, com fundamento no art. 62, para legislar, sob a alegação de relevância e urgência da matéria.

A reforma do Poder Judiciário não é tema novo, nem inédito.

A cada Constituição o Poder Judiciário foi reformado, não havendo, neste aspecto, nenhuma coincidência ou mesmo semelhança entre dois textos constitucionais.

Aproximadamente há dez anos o assunto voltou à tona, provocado pela questão da morosidade processual. Seria esta a principal razão para se tentar, mais uma vez, encontrar-se a fórmula ideal, capaz de oferecer aos jurisdicionados, como diz o Ministro Nelson Jobim, respostas previsíveis, em tempo econômica e socialmente aceitáveis.

Abro parêntese doloroso para recordar que a construção deste prédio, com todas as questões que levantou, deu sua contribuição à idéia de se imprimir nova reforma ao Poder Judiciário.

O primeiro Relatório de que me lembro teve como autora a ilustre Deputada Zulaiê Cobra. Em seguida tivemos o relatório do Deputado Aloysio Nunes. Ambos muito duros, sobretudo no que se refere ao tratamento a ser dado à Justiça do Trabalho.

Cogitou-se, à época, da extinção do Poder Normativo, da eliminação do Tribunal Superior do Trabalho e até do desaparecimento da Justiça do Trabalho.

O vendaval de emoções passou, as pessoas voltaram a se manifestar de maneira ponderada e a trabalhar com “a pressa dos retardatários”, como costumava dizer o Ministro Prates de Macedo.

A reforma foi concluída no final de 2004, com a aprovação da Emenda 45. Esta Emenda é ampla, e não se limita a um ou dois tópicos. É mais abrangente do que o número de artigos revela, pois tem alcance que levaremos muito tempo a perceber.

Sobre a competência da Justiça do Trabalho, que é o tema deste encontro, deve-se dizer que a matéria estava razoavelmente bem resolvida desde a Constituição de 1946.

Lembrem-se de que Getúlio Vargas criou a Justiça do Trabalho, mas não como órgão do Poder Judiciário, e sim como direito dos trabalhadores e patrões no âmbito da Ordem Econômica e Social.

Coube à Constituição de 1946 retirar o Judiciário Trabalhista do Título alusivo à Ordem Econômica e Social e trazê-la para a órbita do Poder Judiciário, providência de certo modo improvisada, pois nada se alterava no Título relativo ao Processo Judiciário do Trabalho, contido na CLT.

De algum tempo para cá as associações de magistrados trabalhistas passaram a reivindicar, no Congresso Nacional, a dilatação da esfera de competência da Justiça do Trabalho, no que foram atendidos pela Emenda 45.

Diz o art. 114 da Constituição, com a nova redação, o seguinte:

“Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I. 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;

II. as ações que envolvam exercício de direito de greve;

III. as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV. os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita a sua jurisdição;

V. os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI. as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII. as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII. a execução de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX. outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei..

Desaparece da parte inicial a palavra “conciliar”, e a competência passa a ser para “processar e julgar”, como é da natureza do órgão do Poder Judiciário, e já não mais se alude a dissídios entre trabalhadores e empregadores, mas “II - ações oriundas da relação de trabalho”.

Houve, como se vê, ampliação da esfera de competência. O tema deve ser examinado com cuidado, e é o que tentarei fazer.

Quanto ao inciso II, “ações que envolvam o exercício do direito de greve”, nenhuma dúvida pode haver. A Justiça do Trabalho sempre se deu por competente nessa matéria, conforme atestam numerosos julgados.

A única ocasião em que decidi pela incompetência, foi em 1980, em dissídio de greve dos metalúrgicos de São Bernardo, em que eu atuava como advogado dos trabalhadores. A decisão logo depois foi revista, e o problema quedou resolvido.

“III – as ações sobre representação sindical...”

Aqui, também, a solução adotada me parece a mais acertada, e há tempos era reivindicada pela Justiça do Trabalho.

“IV – os mandados de segurança, hábeas corpus e hábeas data”. Matéria pacífica, que não deve gerar polêmica.

“V – os conflitos de competência entre órgãos da justiça do trabalho...” Da mesma maneira. Assunto incontestado.

“VI – As ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”. Esta questão se revela mais complexa, pois muitos desejam que as ações relacionadas aos acidentes do trabalho sejam entregues à competência do Judiciário Trabalhista.

A matéria será, certamente, exaustivamente debatida, antes de se chegar a conclusão definitiva.

“VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”. Assunto também desafiador, e que exigirá prolongados debates.

“VII – a execução, de ofício, das contribuições previstas no art. 195, etc.

Também aqui me parece que a competência do Justiça do Trabalho é pacífica.

“IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

Neste inciso, me interrogo se a Emenda apenas deslocou tema que se encontrava no *caput* do art. 114, em sua redação original, ou se determinou que todas as controvérsias decorrentes de mera relação de trabalho sejam absorvidas pela Justiça do Trabalho. Aqui reside, a meu juízo, um dos temas mais palpantes, que irão exigir dedicada análise dos estu-

diosos.

Qualquer antecipação de ponto de vista parece-me temerária, lembrando-se o que fez o Ministro Nelson Jobim, que concedeu medida liminar, relativa à competência em matéria de serviço público, poucas horas depois da promulgação da Emenda 45. Sobre o tema noticiou o jornal “Estado de S. Paulo”: “Briga de juízes impõe primeira derrota à reforma do Poder Judiciário. Presidência do STF devolve a federais autonomia e exclusividade para julgar ações relativas a servidor público”.

Volto à questão relevante da relação de trabalho, para recordar que o documento de identificação do trabalhador tem a denominação de Carteira de Trabalho e Previdência Social, e que o art. 442 da CLT define o contrato individual de trabalho como “o acordo tácito ou expresso, correspondente a relação de emprego”.

Nunca se empregou, como se vê, a expressão contrato de trabalho com o sentido de algo rigorosamente distinto do contrato de emprego.

Caberá aos juízes do trabalho, no exercício da sua faina diária, construir a competência da Justiça do Trabalho em milhares de julgamentos, dentro das normas flexíveis do art. 114, tal como foram alteradas pela Emenda 45.

Em matéria de dissídio coletivo, o problema pode ser mais urgente, diante da imediata necessidade de se chegar a alguma conclusão, pois os conflitos coletivos de interesse se sucedem ininterruptamente, o que exige o conhecimento das normas constitucionais e legais, na sua correta interpretação.

A Emenda a meu ver foi feliz. Reflete o propósito do legislador afastar a Justiça do Trabalho da matéria coletiva, como há tanto tempo se discute no Congresso.

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

A Justiça do Trabalho foi, finalmente, despojada do poder (podendo a Justiça...) de estabelecer normas e condições, e passou a decidir, como convém a órgão do Poder Judiciário.

O ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, e apenas o de natureza econômica, já não está condicionado à iniciativa isolada de uma das partes.

É indispensável que ambas, ou todas as partes, se encontrem de acordo quanto à provocação da intervenção judicial, no qual pedirão à Justiça não que estabeleça normas e condições, mas que decida o conflito, como uma espécie de árbitro judicial, ou oficial.

A decisão não será tomada aleatoriamente, porque respeitará “as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho”, como o juiz sempre faz ao aplicar o direito ao caso concreto, bem como as convencionadas anteriormente, se delas tiver conhecimento, oferecido pelas partes.

Suponha-se que cinco sindicatos profissionais e cinco sindicatos patronais entrem em negociação, em torno de pauta contendo trinta reivindicações. Como sempre acontece, boa parte delas são conhecidas e rapidamente objeto de acordo. Restam cinco cláusulas, em torno das quais se manifesta o impasse.

Dependerá da vontade conjunta dos dez sindicatos o ajuizamento do dissídio coletivo. Se forem dois, dos dois.

O ajuizamento do dissídio depende do acordo entre todos, mas não apenas o ajuizamento. Dependerá de acordo a matéria a ser levada ao Tribunal para que decida.

O que as partes fazem, não é pedir a proteção da lei contra lesão ou ameaça concretizada a algum direito.

Pede-se que o Tribunal avalie, entre vantagem pretendida, e vantagem resistida, que avalie e tome decisão que atenda aos interesses de todos e também da comunidade.

Outro fator importante relacionado ao dissídio coletivo de natureza econômica é a greve.

A Emenda 45 acrescenta o § 3º ao art. 114, com esta redação: “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”.

No Brasil a greve sempre se constituiu em fenômeno rodeado de grande temor e enorme perigo.

Coube à Constituição de 1988 conferir ao direito de greve tratamento moderno e democrático.

A Constituição de 1946 também o havia reconhecido, mas o Presidente Eurico Dutra, poucos dias antes da promulgação, baixou o Decreto-lei nº 9.070, que impôs fortes restrições ao exercício desse direito, a tal ponto de anulá-lo. Esse Decreto-lei prevaleceu até junho de 1964 quando o Presidente Castelo Branco sancionou a Lei nº 4.330, também ela demasiadamente rigorosa.

A greve somente viria a obter tratamento legal adequado com a Constituição de 1988 e a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Persistia, todavia, o problema do dissídio coletivo, cuja decisão obrigava à cessação do movimento grevista, qualquer que fosse o resultado.

Creio que a Emenda 45 coloca as coisas nos devidos lugares. Quando a greve afetar atividade essencial, com possível lesão do interesse público, o Ministério Público intervém, não para defender o interesse do empregador ou as reivindicações formuladas pelos empregados, mas para que desse conflito de interesses entre particulares não resultem graves prejuízos para a comunidade.

Se a paralisação não afeta atividade essencial, mas uma fábrica de automóveis, de tecidos ou de calçados, ela deve seguir o seu curso, até o desfecho final, com a vitória dos grevistas, ou do empregador, conforme determinar a relação de forças.

Os trabalhadores entram em greve? O empregador não adotou as medidas necessárias a evitá-la? Que suporte as conseqüências, como sucede em todo o mundo. Do mesmo modo os trabalhadores, aos quais torna-se obrigatório não entrar em movimentos ditados pelo simples espírito de aventura de um ou outro dirigente.

É claro que o exercício da negociação, bem como o exercício da greve, dependem de profunda reforma da estrutura sindical, hoje pulverizada em milhares de entidades fracas, nada representativas, alimentadas com as contribuições compulsórias pagas pela grande maioria não associada.

O § 3º do art. 114 exige sindicalismo democrático, oxigenado, forte, no qual as diretorias experimentem o processo constante de mudança e renovação.

Muda-se o presidente da República, o Governador do Estado, mudam-se senadores e deputados, prefeitos e vereadores, somente não mudam os dirigentes sindicais, reeleitos indefinidamente, em virtude de processo eleitoral que nada tem de democrático.

Não foram os trabalhadores que se afastaram dos sindicatos, como muitas vezes se quer fazer crer. Foram os sindicatos que primeiramente se distanciaram dos trabalhadores, para viver das contribuições da maioria não associada, e eleger diretorias com pequena

quantidade de eleitores.

Para encerrar, assinalo que a regra correspondente ao ajuizamento do dissídio coletivo, hoje contida no § 2º do art. 114, se harmoniza com as exigências da Lei nº 10.192, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real. Diz o art. 12 desta Lei, que se encontra em vigor, que “No ajuizamento do dissídio coletivo, as partes deverão apresentar, fundamentadamente, suas propostas finais, que serão objeto de conciliação ou deliberação do Tribunal, na sentença normativa”..

Desde então o ajuizamento do dissídio coletivo deixou de ser da iniciativa exclusiva de uma das partes, pois ambas passarão a estar obrigadas a fornecer ao Tribunal os marcos delimitadores da sua sentença.

Compete ao Tribunal, tendo diante de si as propostas finais, decidir, como diz o art. 12, § 1º, da Lei nº 10.192, de 2001, de forma a traduzir a justa composição do conflito de interesse das partes, guardando adequação com o interesse da coletividade.

É verdade que alguns Tribunais, em nome de discutíveis interesses sociais, se recusam a aplicar a Lei nº 10.192. A Lê, todavia, está em vigor e nada justifica a criação, pelos juízes, de uma espécie de direito alternativo em matéria de dissídio coletivo.

Ao determinar que o dissídio coletivo deve ser ajuizado de comum acordo pelas partes, a Constituição recepciona o art. 12 da Lei nº 10.192, com a exigência de que o pedido de instauração de instância seja baseado em propostas finais, devidamente fundamentadas.

Resta saber se a exigência do § 2º do art. 114 viola o princípio do direito natural à prestação jurisdicional.

Não me parece que seja assim. Afinal, em matéria de dissídio coletivo de natureza econômica a parte não comparece a juízo para alegar que foi vítima de lesão ou ameaça a direito. Compareça para defender determinadas pretensões, como, por exemplo, antecipação do pagamento de 13º salário, dilatação do prazo de aviso prévio, aumento do valor pago a título de horas extraordinárias, pretensões que superaram a lei ou não são objeto de previsão legal.

A decisão judicial é apenas impropriamente jurisdicional. Trata-se, na verdade, de arbitragem atípica, na qual as partes, ao invés de elegerem árbitros, como faculta a Constituição, recorrem ao Judiciário Trabalhista.

Ultrapassei o meu tempo. Vive a Justiça do Trabalho dias difíceis. Não sei o que se encontra por detrás da reforma ainda inconclusa do Poder Judiciário. Não percebo se houve o real desejo de se fortalecer o Judiciário Trabalho, dilatando-lhe as competências, ou se pretendem levá-la a uma situação de absoluto impasse. O tempo dirá.



*José Augusto Rodrigues Pinto\**

## CONSTITUCIONALIDADE E SUPLETIVIDADE DO ARTIGO 285-A DO CPC

**SUMÁRIO:** 1. Preâmbulo. 2. Ressalva de coerência. 3. Constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma inovadora. 4. Balanço dos males e vantagens da inovação. 5. Inteligência da expressão “outros casos idênticos”. 6. Possível controvérsia trabalhista. 7. Conclusões.

### **1. Preâmbulo.**

A controvérsia é da essência do Direito, malgrado se trate de ciência e arte de construir idéias com ambição de harmonizar a convivência humana. De tal paradoxo decorre serem raríssimas as normas jurídicas nascidas sob o signo da unanimidade social – e mesmo as unguidas por essa benção originária raramente sobrevivem sem contestação posterior por interesses individuais insatisfeitos.

Este fenômeno se repete claramente na promulgação da Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006: antes mesmo de vencidos os 90 dias de sua vacância, instalou-se nos círculos doutrinários do processo civil a polêmica sobre a norma que criou, fadada a repercutir, pelos próximos anos, na formação jurisprudencial dos tribunais pátrios.

Todos sabemos que a revisão do Código de Processo Civil, iniciada no ano já longínquo de 1992, com a simplificação da disciplina da prova pericial pela precursora Lei n. 8.455, deu ênfase, nos seus vários surtos legislativos (ou fases, como costumam dizer os processualistas civis), à associação da modernidade cibernética com o enlace de celeridade, simplicidade de formas e efetividade de resultados em todas as novidades que produziu.

A Lei n. 11.277/06 é emblemática desses desideratos do legislador. Eles são bem perceptíveis, mais uma vez, na leitura do artigo 285-A por ela trazido ao texto do Código de Processo Civil:

“Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

Os comentários a seguir giram em torno da polêmica em curso no meio jurídico pela simples promulgação da norma, dando razão ao que observamos na abertura deste preâmbulo.

### **2. Ressalva de coerência.**

**Começemos por uma ressalva de coerência, indispensável em face da primeira constatação feita ao estudar o problema: a nova regra processual tem tudo**

---

\* Titular da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

**para merecer o batismo de *súmula vinculativa de 1.º grau*, dada sua similaridade com a figura da *súmula vinculativa* do STF, que a EC-45/04 inseriu na Magna Carta de 1988 (atual art. 103-A), recriação ampliada do *efeito vinculativo* previsto no artigo 102, § 2.º do texto original.**

A ressalva é da coerência intelectual, da qual somos ciosos em nossos julgamentos, agora exposta a ser comprometida pela ilusão das posturas opostas que assumimos no cotejo dos dois tipos de *súmula* imaginados para atender a um só fim.

De fato, sempre fomos contrários, e continuamos sendo, à idéia da *súmula vinculativa* do STF. Assim a avaliamos, quando foi instituída pela EC-45/04:

“Inovação não é, pois vemos nela a propriedade mágica da *Fênix*: ressurgir das próprias cinzas, já que, bem observado, se trata de *xerox* do provento *Prejulgado trabalhista* incinerado pela Lei n. 7.033/82, quando revogou o artigo 902, § 1.º da CLT, então declarado inconstitucional pela mesma Suprema Corte que agora se beneficiará do mesmo mecanismo. Consideramo-la, porém, bem mais virulenta, tanto pelo seu raio de alcance, muito mais amplo do que o do *Prejulgado trabalhista*, quanto por seu efeito colateral de garrotear a liberdade de convencimento e decisão de *todos os juízes* abaixo da linha do Supremo Tribunal Federal. Mais do que isso: desoxigena a dialética, virtude por excelência do Direito.”<sup>1</sup>

É meridiana a razão de considerarmos a *súmula vinculativa* do STF um meio artificioso de alcançar a celeridade do processo, pois o faz à custa do sacrifício da manifestação mais vital da liberdade: a do pensamento. Pior ainda, conforme acentuamos no comentário citado, porque havia meios legítimos para chegar ao mesmo resultado sem as dores da castração intelectual:

“Ainda aqui pensamos que, em lugar de instituí-la, muito mais eficiente seria acionar a engrenagem repressiva do *abuso de exercício do direito processual de recorrer*, a já referida sanção por litigância de má-fé. Exatamente como se poderia ter feito na situação alcançada pela *Repercussão Geral*, já que as duas figuras, afinal, têm a mesma natureza e visam ao mesmo fim.”<sup>2</sup>

No entanto, desta *súmula vinculativa de 1.º grau* temos uma visão totalmente oposta, porque francamente favorável, daí a ressalva de coerência que nos apressamos em fazer.

Como explicar, afinal, a diferença de postura?

É que há uma enorme diversidade de conseqüências entre a medida imposta pelo artigo 103-A da Constituição e a providência do artigo 285-A do CPC: enquanto a *súmula vinculativa* no STF garroteia o pensamento do julgador em todas as demais instâncias, que lhe são inferiores, a *súmula vinculativa de 1.º grau* garante incondicionalmente a liberdade de rediscussão e modificação do julgamento sumulado, a começar pelo próprio juízo que o proferir, ou pelas instâncias a ele superiores. Ai está, veja-se bem, por que num caso rejeitamos a fórmula sumular *vinculativa de todo o Judiciário*, no outro a aceitamos, *vinculando apenas o próprio julgador* da sentença, com efeito acelerador e simplificador do processo.

Eslarecida a ressalva indispensável, passemos à análise do dissenso que lavra entre os processualistas civis quando apreciam a compatibilidade do novo artigo 285-A do

<sup>1</sup> RODRIGUES PINTO, José Augusto, “A Emenda Constitucional n. 45/2004: Reflexos, inovações e impactos”, in Revista LTr 69-05/524, destaques do texto.

<sup>2</sup> Aut., ob. e loc. citis.

CPC com a Constituição Federal.

### 3. Constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma inovadora.

A dissidência foi aberta na área processual civil pela vertente de opinião que vê ofensa da inovação normativa a certos princípios de direito constitucional de processo explicitamente incrustados no Estatuto Básico de nossa ordem jurídica, com destaque para o denominado *due process of law*.

O exame desta questão passa, a nosso ver, pela pré-análise do que a norma quis alcançar e do modo como alcançou.

Raciocinemos.

Numa visão que nos parece de rigoroso realismo, mesmo arriscando ser considerada leiga, o alvo diretamente visado pela nova regra foi descongestionar o trânsito processual no primeiro grau da jurisdição pela varredura das pautas e a conseqüente remoção das lides juridicamente repetitivas, por terem um mesmo lastro fático já cansativamente revolido.

Meta dessa ordem justifica aplauso e apoio à inovação, mesmo se sabendo dos riscos óbvios que promove: a acomodação intelectual dos julgadores e a robotização dos julgamentos, vivamente censuradas na *súmula vinculativa* da EC-45/04. Isso, decerto, é um inconveniente; mas, convenhamos, apenas um inconveniente, pois não tem força para a tornar lesiva à ordem constitucional.

Entretanto, em Ação Direta de Inconstitucionalidade logo proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (Proc. STF n. 3.965/06), com adesão do Instituto Nacional de Direito Processual, na qualidade de *amicus curiae*, veicula-se a tese de violação dos seguintes princípios constitucionais do processo:

- a) *direito de acesso ao Judiciário;*
- b) *simetria de tratamento processual partes;*
- c) *ampla defesa e contraditório;*
- d) *devido processo legal.*

Todos estão materializados em incisos do artigo 5.º da Constituição de 1988, o que leva a concluir que ofendê-los é violar a própria norma básica.

Para nós, somente o último deles (*the due process of law*, importado do direito americano) é *sensível* (veja-se bem, *apenas sensível*) à suspeita de molestamento que viria da potencialidade de a lei fraturar o cânon clássico da *relação triangular de processo* ao chancelar decisão judicial de lide sem chamamento de uma das partes (o réu) à ação.

Urge, todavia, ceder à lógica de que a *instrumentalidade*, na moderna concepção *finalística* de pacificação de interesses em conflito, justifica a simplificação dos meios disponíveis a que se realize. Lembre-se que isto vem ocorrendo, repetidamente, na reforma da legislação de processo, com outro cânon tradicional, o da *competência*, cuja rigidez formal, no aspecto absoluto do território de exercício válido da jurisdição, já foi bastante restringida pela legitimação de medidas invasoras, tais como a constrição eletrônica e a opção do credor entre requerer o cumprimento da sentença ao juízo que julgou a causa, *territorialmente competente* (art. 475-P, II, do CPC), ou ao da situação de bens penhoráveis, que seria *territorialmente incompetente* (art. 475-P, parágrafo único).

No tocante aos demais princípios alvitrados, qualquer veleidade de violação se esboroa na garantia de recurso dada ao autor, se ação proposta for julgada *improcedente de plano*, por que:

- a) torna a sentença imediatamente revisível pelo próprio prolator ou por tribunal de grau superior de jurisdição, garantindo-lhe o exercício da *ampla defesa*;
- b) integraliza a *garantia de acesso ao Poder Judiciário*, cujo *começo de caracterização*, por assim dizer, já estivera patente na propositura original;
- c) dá ao réu a oportunidade de contra-arrazoar o recurso, preenchendo a *garantia de tratamento simétrico das partes pelo processo*, na mesma medida em que constitui o *contraditório processual*;
- d) completa a triangulação da relação jurídica processual, integralizando o *devido processo legal*, no momento em que a integralização se mostra indispensável;
- e) assegura, na hipótese de provimento do recurso, a reabertura e continuidade da relação jurídica processual, rendendo-se rigorosamente a todos os princípios constitucionais de processo que se supõe estar (ou ter sido) violados.

Não deve ter sido por menos do que propicia esta análise anatômica da relação orgânica entre a disposição do artigo 285-A do CPC e os princípios por ela postos em jogo que Professora *Ada Pellegrini Grinover*, do alto de sua autoridade de *expert* em Direito Processual, opinou na questão da constitucionalidade:

“A nova disposição não infringe nem o devido processo legal nem o contraditório, sendo este apenas diferido para o momento posterior à prolação da sentença antecipada, quando o autor pode recorrer e até o juiz pode rever sua decisão. Quanto ao réu, ele é beneficiado pela decisão e poderá contra-arrazoar o recurso e, se não houver recurso, será normalmente cientificado da decisão favorável.”<sup>3</sup>

A mesma razão terá motivado o opinativo convergente de *Nelson Nery Junior*, outro festejado processualista civil, no sentido de que o artigo 285-A seria inconstitucional se a lei tivesse previsto sua aplicação no caso de julgamento pela procedência, conforme a mesma fonte referencial que consultamos.<sup>4</sup> – hipótese, ressalte-se, que debuxaria, antes de tudo, um violento cerceamento ao réu do *direito de ampla defesa*, situação taxativamente descartada pela intransigente restrição da nova regra a situações permissivas do veredicto de *improcedência* (total, reforçemos pela redundância) da ação ajuizada.

O conjunto dos dados analisados demole o pessimismo de conclusões calçadas na imaginação de ter o artigo 285-A do CPC armado um esquema de aniquilamento do caráter dualista do processo<sup>5</sup> sob inspiração do desprezo pelos princípios já passados em revista, pois nenhum deles, como acreditamos estar demonstrado, exhibe cicatriz de injúria por parte do legislador, *data venia*.

Desse modo, sob o prisma da inconstitucionalidade, o novo artigo 285-A do CPC é inatacável. Sob outros prismas (*e.g.*, o da *burocratização da sentença* e o do estímulo à *acomodação do poder decisório*), ele poderá até ser criticável, mas a crítica é algo muito diferente da inconstitucionalidade.

#### **4. Balanço dos males e vantagens da inovação.**

Postos na balança das conveniências os possíveis males e vantagens da inovação, estas últimas exibem muito mais peso à nossa percepção.

A principal razão disso é que os males apontados *não estarão no processo, e sim no*

<sup>3</sup> *Apud* NÓVOA, Fábio, “Artigo 185-A do CPC: sentença sem citação gera polêmica entre especialistas”, disponível em [favionova@terra.com.br](mailto:favionova@terra.com.br), em 16.05.06.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*.

juízo. São, portanto, corrigíveis por meios disciplinares, além de se voltarem implacavelmente contra os próprios responsáveis pela indolência ou inapetência para bem julgar. De fato, um autêntico efeito *boomerang* atingirá o magistrado que pecar pela negligência ou acomodação: o ônus da incuria materializado em duas severas flagelações, a *processual*, sob a incômoda forma de regurgitação do trabalho que o provimento do recurso do autor ocasionará, e a *regimental*, sob a vexatória aplicação de sanções disciplinares por falta de exação no cumprimento do dever, além do travamento da carreira por falta de merecimento.

Afastada a restrição da inconstitucionalidade para a prática do novo dispositivo, o tempo dirá sobre a eficiência do resultado a que visou, infelizmente condicionada à sempre esperada mudança da *cultura dos recursos* que flagela as relações de interesse em nossa sociedade. Isto porque, se a cada antecipação de julgamento linear de improcedência fundado na repetição de tese já decidida suceder um recurso do autor da ação, a congestão de processos se aliviará por um lado e se agravará por outro, passando a atingir também as instâncias superiores, sem falar do transtorno indesejável dos provimentos, que, em lugar de limpeza, surtirão o contra-efeito multiplicador do movimento processual na instância originária.

Por este último aspecto, portanto, cabe aos juízos de 1.º grau exercer a importante virtude da *razoabilidade* com que deve ser acionado o mecanismo de que passam a dispor, emprestando especial segurança ao revestimento jurídico das decisões que proferirem, a fim de dotá-las de uma superlativa capacidade de resistência às investidas recursais.

### 5. Inteligência da expressão “em outros casos idênticos”.

A expressão “em outros casos idênticos”, cujo emprego no art. 285-A já vimos ser criticado como tecnicamente indesejável não pode, realmente, ser interpretada como identidade de *causas*, que desviaria o foco do dispositivo para figuras processuais estranhas ao resultado querido (e determinado) pelo legislador. Referimo-nos à *conexão* e à *litispêndência*, ambas, *ultima ratio*, lastreadas na “identidade de casos”, não custa relembrar.

Conceitualmente, a *conexão* parte da idéia de *causas* (ou casos) tão intimamente ligadas pela identidade de sujeitos, de pedido e *causa petendi* que exigem *solução integrada*, vale dizer, *por uma só sentença*. A *litispêndência*, por sua vez, parte da idéia inicial de existência de lide ainda não decidida e estende-se à de defesa (*exceção*) exercitada em *causa idêntica* a outra, também em curso, visando a extingui-la, sem resolver o mérito, para evitar atividade decisória dúplice.

Cabem duas ilações nesta rápida análise. Uma decorre de que, na *conexão* e na *litispêndência*, a *identidade de casos* só importa porque *ainda não há julgamento*, bem ao contrário da hipótese do artigo 285-A do CPC, cujo fulcro é precisamente a *existência de julgamento anterior* com o qual deve alinhar-se a *tese jurídica* do posterior. A outra, consequente e fundamental, decorre de que a aplicação da nova regra não exige que “os casos sejam idênticos”, mas somente que possibilitem decisão de acordo com “a mesma tese jurídica”, em vista do escopo de *uniformizá-la*, acima de qualquer correlação com uma *identidade de causas* que levaria ao reconhecimento da *conexão* ou da *litispêndência*.

Cremos, portanto, que a correta inteligência do que o legislador está dizendo com a expressão “casos idênticos” do artigo 285-A do CPC, é de que ao juízo de 1.º grau é permitido aplicá-lo quando sua sentença se firmar em *tese jurídica idêntica* já abraçada por ele em sentença proferida nos autos de ação anterior.

### 6. Possível controvérsia trabalhista.

Para os processualistas do trabalho, é possível especular sobre o surgimento

de outra controvérsia, ainda que secundária: a regra inovadora da legislação processual civil comportará, ou não, uso subsidiário nos dissídios da competência da Justiça do Trabalho, quer oriundos de relações *de emprego* (natureza trabalhista) ou *de trabalho lato sensu* (natureza civil)?

O suprimento do processo do trabalho pelas leis processuais comuns (ou fiscais, na área da execução) é subordinado a dois parâmetros instituídos pela CLT (art. 769): *omissão* e *compatibilidade*.

O primeiro parâmetro concentra a possível dúvida. Efetivamente, o que o CPC agora dispõe no artigo 285-A nunca esteve disposto na CLT. Note-se, porém, que também nunca esteve, antes, no próprio CPC. Logo, não foi por *omissão* de nenhum dos dois sistemas processuais que, até a vigência da Lei n. 11.277/06, era vedado julgar do modo como agora é o juízo autorizado.

A questão nasce daí: a lei trabalhista, cujo texto vigente continua impedindo o julgamento de improcedência linear, *se tornou omissa na matéria* ou continua impondo disciplina de índole contrária que – e já comentamos isso – obedece com todo rigor ao tradicional cânon da *triangulação* como condição de validade da relação processual, cuja inobservância a contamina com a eiva da nulidade?

Não duvidamos da resposta: a ser respeitada a ortodoxia de compreensão do direito e da norma, o suprimento deve ser negado, e por motivo fácil de ser entendido:

a) Se ambos os sistemas alinhavam explicitamente com a doutrina ortodoxa, nenhum dos deles era omissos *na matéria*.

b) Se, em dado momento, o sistema supletivo inverte a posição e o sistema por ele suprível permanece fiel à posição original, é claro que não se tornou *omisso na matéria* que passou a ser regulada por aquele sob critério diverso.

c) Logo, aceitar a aplicação supletiva, nessas condições, equivale a admitir que a *omissão* de que trata o artigo 769 da CLT seria *da lei processual trabalhista em relação à civil*. Ou seja: sempre que a lei processual civil mudasse seu modo de dispor sobre determinada *matéria*, a lei processual trabalhista passaria a ser *omissa em relação ao modo de dispor no processo civil*, com evidente distorção de sentido do sistema de suprimento.

Firmada com toda clareza nossa posição, quanto à primeira exigência para admitir-se o suprimento civil do processo do trabalho, urge, entretanto, atentar para a plasticidade do Direito, que o distancia progressivamente da rigidez ortodoxa do pensamento jurídico. Para isso, é muito expressivo o segundo parâmetro do artigo 769, que diz respeito à *compatibilidade da regra supridora com o sistema suprido*.

Temos observado, até com um certo crescendo de inquietação, que a legislação processual trabalhista, depois de um primeiro estágio de evolução vanguardista, em face do processo civil, historicamente contido pelo conservadorismo inato do direito material a que dá efetividade, passou a experimentar alguma estagnação de idéias. Ao contrário, a legislação processual civil, não somente absorveu a maior parte das inovações simplificadoras do processo trabalhista, como acentuou enormemente a tendência na pré-falada reforma posta em marcha em 1992, sob a égide da modernidade, rapidez, simplicidade e efetividade de seu sistema. Tomem-se como exemplos recentes, a Lei n. 11.272/05 na área da execução e do cumprimento da sentença e a própria Lei n. 11.277/06, que estamos comentando, na área cognitiva.

Se formos considerar o disposto no artigo 285-A, comparativamente ao que está nos artigos 839 e seguintes da CLT, modeladores do sistema de constituição da *relação*

*jurídica de processo* nos respectivos dissídios, perceberemos, sem dificuldade, o avanço da norma de direito comum na direção da *simplicidade sistêmica* em favor da *celeridade e efetividade do processo*. Justo, por isso, é concluir que a nova norma em comentário do CPC é  *muito mais compatível com o sistema processual trabalhista* do que a velha que permanece na CLT.

Isto nos permite ousar o pensamento de que, em  *prol da modernidade*, que marcha cada vez mais a braços com a  *efetividade* do processo, possa o juízo trabalhista, mesmo sem perder a consciência do sentido conjunto da regra composta do artigo 769 da CLT, *forçar a aplicação supletiva* do artigo 285-A do CPC nos seus dissídios, pondo ênfase no parâmetro da *compatibilidade*, a fim de precipitar a revisão, pelo legislador trabalhista, do sistema pelo qual responde. A não ser feito assim, ficar-se-á à mercê da sensibilidade exclusiva do legislador para acionar a modernização do seu sistema, antes que seja pressionado a fazê-lo pelo realismo dos fatos.

Portanto, se estivéssemos, a esta altura, no exercício da magistratura trabalhista, não hesitaríamos em dar aplicação supletiva à regra do artigo 285-A do CPC, nos seus justos termos, aos dissídios individuais do trabalho sob nossa jurisdição.

## 7. Conclusões.

As rápidas reflexões que desenvolvemos nos conduzem às seguintes afirmações conclusivas:

1. O teor do artigo 285-A trazido ao CPC pela Lei n. 11.277/06 encaixa-se perfeitamente no contexto de modernidade, simplicidade, celeridade e efetividade que toda a marcha revisora iniciada com a Lei n. 8.445/92 procura alcançar.

2. Por seu conteúdo, a nova norma cria uma genuína *súmula vinculativa de 1.º grau*, sem a grave eiva da *súmula vinculativa* estabelecida pela EC-45/04 para o Supremo Tribunal Federal, pois, ao contrário de engessar a liberdade de convencimento de graus inferiores da jurisdição e desoxigenar o Direito pela submissão das decisões, preserva esses valores fundamentais pela irrestrita revisibilidade e modificação das sentenças prolatadas, dentro das condições que estabelece, pelo próprio juízo ou pelos tribunais de graus superiores.

3. Não vislumbramos nenhuma inconstitucionalidade no texto do artigo 285-A do CPC, uma vez que resguarda o respeito aos princípios constitucionais de processo, mormente aos relativos às garantias de *acesso ao Judiciário*, de *simetria de tratamento processual das partes*, de *ampla defesa*, de *contraditório* e de *devido processo legal*.

4. A expressão “outros casos idênticos” não concerne à identidade *de causas*, que levaria a discutir-se *conexão* ou *litispendência*, e sim a identidade de *tese jurídica* que, adotada em julgamento anterior de improcedência, seja apropriada para fundamentar a decisão a proferir.

5. Na área processual trabalhista, a dúvida que suscita a nova regra do CPC cinge-se à sua aplicação supletiva nos dissídios individuais do trabalho, ao amparo dos dois parâmetros de permissividade do artigo 769 da CLT.

6. A partir de uma leitura ortodoxa do artigo 769 da CLT a inocorrência de omissão da lei trabalhista impede a aplicação do artigo 285-A do CPC ao seu sistema. Entretanto, o forte impulso de modernidade, celeridade e efetividade imprimida por sua revisão ao CPC, desde 1992, acentuadamente neste início de século, sugere aos magistrados do trabalho enfatizar o segundo parâmetro do artigo 769 da CLT – compatibilidade da norma inovadora com o sistema processual trabalhista – para forçar a interpretação em favor do suprimimento, apressando a atualização da norma trabalhista.

*Flavia Piovesan<sup>1</sup>*

## DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS DA ORDEM INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA

### 1. Introdução

O objetivo deste ensaio é propor uma reflexão a respeito dos direitos humanos e seus desafios, na ordem internacional contemporânea.

Para tanto, preliminarmente, será enfocada a concepção contemporânea de direitos humanos, à luz do sistema internacional de proteção, avaliando-se o seu perfil, os seus objetivos, a sua lógica e principiologia. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização dos Direito Internacional contemporâneo, como atenta Thomas Buergenthal<sup>2</sup>.

Em um segundo momento, serão avaliados os principais desafios para a implementação destes direitos, a fim de que o valor dos direitos humanos assuma a centralidade referencial a orientar a ordem contemporânea.

### 2. Concepção contemporânea de direitos humanos

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas<sup>3</sup>. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução<sup>4</sup>. Compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquin Herrera Flores<sup>5</sup>, os direitos humanos compõem a nossa racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Realçam, sobretudo, a esperança de um horizonte moral, pautado pela gramática da inclusão, refletindo a plataforma emancipatória de nosso tempo.

<sup>1</sup> Professora Doutora da PUC/SP nas disciplinas de Direitos Humanos e Direito Constitucional; Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da PUC/SP, da PUC/PR e da Universidade Pablo de Olavide (Espanha); Procuradora do Estado de São Paulo; Visiting fellow do Harvard Human Rights Program (1995 e 2000); membro do Comitê Latino- Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulher (CLADEM) e membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

<sup>2</sup> Thomas Buergenthal, prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, São Paulo, Saraiva, 19991, p.XXXI. No mesmo sentido, afirma Louis Henkin: “O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à Segunda Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional.” (Louis Henkin et al, International Law: Cases and materials, 3a edição, Minnesota, West Publishing, 1993, p.03)

<sup>3</sup> Norberto Bobbio, Era dos Direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

<sup>4</sup> Hannah Arendt, As Origens do Totalitarismo, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, Cia das Letras, São Paulo, 1988,

Considerando a historicidade destes direitos, pode-se afirmar que a definição de direitos humanos aponta a uma pluralidade de significados. Tendo em vista tal pluralidade, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos, ... O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça - a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial<sup>6</sup> Ignacy Sachs, "O Desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos", in *Estudos Avançados* 12 (33), 1998, p.149.

É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Ao cristalizar a lógica da barbárie, da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, a Segunda Guerra Mundial simbolizou a ruptura com relação aos direitos humanos, significando o Pós Guerra a esperança de reconstrução destes mesmos direitos.

É neste cenário que se manifesta a grande crítica e repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal - tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei.

Sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos, no Pós Guerra, há, de um lado, a emergência do "Direito Internacional dos Direitos Humanos", e, por outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores.

Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos.

Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica,

---

p.134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: "Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos". (Ignacy Sachs, *Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania*, In: *Direitos Humanos no Século XXI*, 1998, p.156). Para Allan Rosas: "O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. (...) O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente." (Allan Rosas, *So-Called Rights of the Third Generation*, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 243).

<sup>5</sup> Joaquín Herrera Flores, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p.7.

<sup>6</sup> Ignacy Sachs, "O Desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos", in *Estudos Avançados* 12 (33), 1998, p.149.

com destaque ao valor da dignidade humana.

Daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido.

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta a duas importantes conseqüências:

1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal<sup>7</sup>;

2ª) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Preuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

Neste cenário, a Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos - do “mínimo ético irreduzível”. Neste sentido, cabe destacar que, até 2003, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 149 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 146 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 132 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 167 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 170 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-partes.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que

<sup>7</sup> Para Celso Lafer, de uma visão ex parte príncipe, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado passa-se a uma visão ex parte populi, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão. (Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática, São Paulo, Paz e Terra, 1999, p.145).

buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelo sistema americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e principiologia próprias do Direito dos Direitos Humanos.

Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5º, afirma: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.” A Declaração de Viena afirma ainda a interdependência entre os valores dos Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento.

Não há direitos humanos sem democracia e nem tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático. Atualmente, 140 Estados, dos quase 200 Estados que integram a ordem internacional, realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 Estados (o que representa 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos. Em 1985, este percentual era de 38%, compreendendo 44 Estados<sup>8</sup>. O pleno exercício dos direitos políticos pode implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Para Amartya Sen, os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação destas necessidades econômicas<sup>9</sup> Amartya Sen, Foreword ao livro “Pathologies of Power”, Paul Farmer, Berkeley, University of California Press, 2003.

Já o direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária. No entender de Mohammed Bedjaoui: “Na realidade, a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais que o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem estar social e econômico mundial. Reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza.”<sup>10</sup> As assimetrias globais revelam que a renda dos 1% mais ricos supera a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial<sup>11</sup>.

Como atenta Joseph E. Stiglitz: “The actual number of people living in poverty has actually increased by almost 100 million. This occurred at the same time that total world income increased by an average of 2.5 percent annually”.<sup>12</sup> Para a World Health Organization: “poverty is the

<sup>8</sup> Consultar UNDP, Human Development Report 2002: Deepening democracy in a fragmented world, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002.

<sup>9</sup> Amartya Sen, Foreword ao livro “Pathologies of Power”, Paul Farmer, Berkeley, University of California Press, 2003.

<sup>10</sup> Mohammed Bedjaoui, The Right to Development, in M. Bedjaoui ed., International Law: Achievements and Prospects, 1991, p. 1182.

<sup>11</sup> A respeito, consultar Human Development Report 2002, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 19.

<sup>12</sup> Joseph E. Stiglitz, Globalization and its Discontents, New York/London, WW Norton Company, 2003, p.06. Acrescenta o autor: “Development is about transforming societies, improving the lives of the poor, enabling everyone to have a chance at success and access to health care and education.” (op.cit.p.252).

world's greatest killer. Poverty wields its destructive influence at every stage of human life, from the moment of conception to the grave. It conspires with the most deadly and painful diseases to bring a wretched existence to all those who suffer from it."<sup>13</sup>

O desenvolvimento, por sua vez, há de ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir, para adotar a concepção de Amartya Sen<sup>14</sup>. Acrescente-se ainda que a Declaração de Viena de 1993, enfatiza ser o direito ao desenvolvimento um direito universal e inalienável, parte integral dos direitos humanos fundamentais. Reitere-se que a Declaração de Viena reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos.

Feitas essas considerações a respeito da concepção contemporânea de direitos humanos, transita-se à reflexão final, que tem por objetivo destacar os desafios centrais aos direitos humanos na ordem internacional contemporânea.

### **3. Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea**

Serão destacados sete desafios considerados centrais à implementação dos direitos humanos na ordem contemporânea.

#### **1) Universalismo x Relativismo Cultural**

O debate entre os universalistas e os relativistas culturais retoma o dilema a respeito dos fundamentos dos direitos humanos: por que temos direitos? As normas de direitos humanos podem ter um *sen-tido* universal ou são culturalmente relativas?

Para os universalistas, os direitos humanos decorrem da dignidade humana, enquanto valor intrínseco à condição humana. Defende-se, nesta perspectiva, o mínimo ético irredutível – ainda que possa se discutir o alcance deste “mínimo ético”.

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas. Há uma pluralidade de culturas no mundo e estas culturas produzem seus próprios valores.<sup>15</sup>

Na visão de Jack Donnelly, há diversas correntes relativistas: “No extremo, há o que

<sup>13</sup> Paul Farmer, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003, p.50. De acordo com dados do relatório “Sinais Vitais”, do Worldwatch Institute (2003), a desigualdade de renda se reflete nos indicadores de saúde: a mortalidade infantil nos países pobres é 13 vezes maior do que nos países ricos; a mortalidade materna é 150 vezes maiores nos países de menor desenvolvimento com relação aos países industrializados. A falta de água limpa e saneamento básico mata 1,7 milhão de pessoas por ano (90% crianças), ao passo que 1,6 milhão de pessoas morrem de doenças decorrentes da utilização de combustíveis fósseis para aquecimento e preparo de alimentos. O relatório ainda atenta para o fato de que a quase totalidade dos conflitos armados se concentram no mundo em desenvolvimento, que produziu 86% de refugiados na última década.

<sup>14</sup> Ao conceber o desenvolvimento como liberdade, sustenta Amartya Sen: “Neste sentido, a expansão das liberdades é vista concomitantemente como 1) uma finalidade em si mesma e 2) o principal significado do desenvolvimento. Tais finalidades podem ser chamadas, respectivamente, como a função constitutiva e a função instrumental da liberdade em relação ao desenvolvimento. A função constitutiva da liberdade relaciona-se com a importância da liberdade substantiva para o engrandecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem as capacidades elementares, como a de evitar privações como a fome, a sub-nutrição, a mortalidade evitável, a mortalidade prematura, bem como as liberdades associadas com a educação, a participação política, a proibição da censura... Nesta perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão destas e de outras liberdades fundamentais. Desenvolvimento, nesta visão, é o processo de expansão das liberdades humanas.” (Amartya Sen, op. cit. p.35-36 e p.297). Sobre o direito ao desenvolvimento, ver também Karel Vasak, *For Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity*, International Institute of Human Rights, 1979.

<sup>15</sup> R.J. Vincent, *Human rights and international relations*, p. 37-38.

nós denominamos de relativismo cultural radical, que concebe a cultura como a única fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um forte relativismo cultural acredita que a cultura é a principal fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um relativismo cultural fraco, por sua vez, sustenta que a cultura pode ser uma importante fonte de validade de um direito ou regra moral”.<sup>16</sup>

Para dialogar com Jack Donnelly, poder-se-ia sustentar a existência de diversos graus de universalismos, a depender do alcance do “mínimo ético irredutível”. No entanto, a defesa, por si só, deste mínimo ético, independentemente de seu alcance, apontará à corrente universalista — seja a um universalismo radical, forte ou fraco.

Neste debate, destaca-se a visão de Boaventura de Souza Santos, em defesa de uma concepção multicultural de direitos humanos, inspirada no diálogo entre as culturas, a compor um multiculturalismo emancipatório. Para Boaventura: “os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.”<sup>17</sup> Prossegue o autor defendendo a necessidade de superar o debate sobre universalismo e relativismo cultural, a partir da transformação cosmopolita dos direitos humanos. Na medida em que todas as culturas possuem concepções distintas de dignidade humana, mas são incompletas, haveria que se aumentar a consciência destas incompletudes culturais mútuas, como pressuposto para um diálogo intercultural. A construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos decorreria deste diálogo intercultural<sup>18</sup>.

No mesmo sentido, Joaquín Herrera Flores sustenta um universalismo de confluência, ou seja, um universalismo de ponto de chegada e não de ponto de partida. No dizer de Herrera Flores: “(...) nossa visão complexa dos direitos baseia-se em uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas a direitos. (...) O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes de) um processo conflitivo, discursivo de diálogo (...). Falamos de entrecruzamento e não de uma mera superposição de propostas”<sup>19</sup>. A respeito do diálogo entre as culturas, merece menção as reflexões de Amartya Sen sobre direitos humanos e valores asiáticos, particularmente pela crítica feita à interpretações autoritárias destes valores e pela defesa de que as culturas asiáticas (com destaque ao Budismo) enfatizam a importância da liberdade e da tolerância<sup>20</sup>. Menção também há que ser feita às reflexões de Abdullah Ahmed An-na'im, ao tratar dos direitos humanos no mundo islâmico, a partir de uma nova interpretação do islamismo e da Sharia<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Jack Donnelly, *Universal human rights in theory and practice*, op. cit., p. 109-110.

<sup>17</sup> A respeito ver Boaventura de Souza Santos, *Uma concepção multicultural de direitos humanos*, *Revista Lua Nova*, v. 39, São Paulo, 1997, p.112.

<sup>18</sup> Boaventura de Souza Santos, op. cit. p.114. Adiciona o autor: “Neste contexto é útil distinguir entre globalização de-cima-para-baixo e globalização de-baixo-para-cima, ou entre globalização hegemônica e globalização contra-hegemônica. O que eu denomino de localismo globalizado e globalismo localizado são globalizações de-cima-para-baixo; cosmopolitanismo e patrimônio comum da humanidade são globalizações de-baixo-para cima.” (op.cit.p.111).

<sup>19</sup> Joaquín Herrera Flores, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p.7.

<sup>20</sup> Amartya Sen, *Human Rights and Asian Values*, *The New Republic* 33-40 (July 14,1997), Apud Louis Henkin at al, *Human Rights*. New York, New York Foundation Press, 1999, p.113-116. A respeito da perspectiva multicultural dos direitos humanos e das diversas tradições religiosas, ver *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*, César Augusto Baldi (org.), Rio de Janeiro, ed. Renovar, 2004, em especial os artigos de Chandra Muzaffar, *Islã e direitos humanos*; Damien Keown, *Budismo e direitos humanos*; Tu Weiming, *Os direitos humanos como um discurso moral confuciano*; e Ashis Nandy, *A política do secularismo e o resgate da tolerância religiosa*.

<sup>21</sup> Abdullah Ahmed An-na'im, *Human Rights in the Muslim World*, 3 *Harvard Human Rights Journal*, 13 (1990), Apud Henry J.

Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irredutível”, alcançado por um universalismo de confluência.

Este universalismo de confluência, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional<sup>22</sup>. Se em 1948 apenas 41 organizações não-governamentais tinham status consultivo junto ao Conselho Econômico e Social, em 2004 este número alcança aproximadamente 2350 organizações não-governamentais com status consultivo. Sobre o tema, consultar Gay J. McDougall, Decade for NGO Struggle, In: *Human Rights Brief – 10<sup>th</sup> Anniversary*, American University Washington College of Law, Center for Human Rights and Humanitarian Law, v.11, issue 3 (spring 2004), p.13, a partir de suas demandas e reivindicações morais, é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos.

## 2) Laicidade Estatal x Fundamentalismos religiosos

Um segundo desafio central à implementação dos direitos humanos é o da laicidade estatal. Isto porque o Estado laico é garantia essencial para o exercício dos direitos humanos, especialmente nos campos da sexualidade e reprodução<sup>23</sup>.

Confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabiliza qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito a pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico.

No Estado laico, marcado pela separação entre Estado e religião, todas as religiões mereçam igual consideração e profundo respeito, inexistindo, contudo, qualquer religião oficial, que se transforme na única concepção estatal, a abolir a dinâmica de uma sociedade aberta, livre, diversa e plural. Há o dever do Estado em garantir as condições de igual liberdade religiosa e moral, em um contexto desafiador em que, se de um lado o Estado contemporâneo busca separar-se da religião, esta, por sua vez, busca adentrar nos domínios do Estado (ex: bancadas religiosas no Legislativo).

Destacam-se, aqui, duas estratégias: a) reforçar o princípio da laicidade estatal, com ênfase à Declaração sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação com base em Intolerância Religiosa; e b) fortalecer leituras e interpretações progressistas no campo religioso, de modo a respeitar os direitos humanos<sup>24</sup>.

---

Steiner e Philip Alston, *International Human Rights in Context*, p.389-398. Como observa Daniela Ikawa: “An-na'im ilustra a possibilidade do diálogo entre culturas a partir de uma das condições colocadas por Boaventura: a adoção da versão cultural que inclua o maior grau de diversidade, no caso, que inclua também as mulheres em relação de igualdade com os homens. An-na'im prevê uma possibilidade de intercâmbio cultural pautado na reinterpretção de certas bases culturais, como ocorre na reinterpretção do Corão. Essa reinterpretção possibilitaria um diálogo entre a cultura islâmica e a cultura dos direitos humanos, ao menos no que toca ao direitos das mulheres”. (Daniela Ikawa, Universalismo, Relativismo e Direitos Humanos, In: Maria de Fátima Ribeiro e Valério de Oliveira Mazzuoli, *Direito Internacional dos Direitos Humanos: Estudos em Homenagem à Professora Flávia Piovesan*, Curitiba, ed. Jurua, 2004, p.124).

<sup>22</sup> Se em 1948 apenas 41 organizações não-governamentais tinham status consultivo junto ao Conselho Econômico e Social, em 2004 este número alcança aproximadamente 2350 organizações não-governamentais com status consultivo. Sobre o tema, consultar Gay J. McDougall, Decade for NGO Struggle, In: *Human Rights Brief – 10<sup>th</sup> Anniversary*, American University Washington College of Law, Center for Human Rights and Humanitarian Law, v.11, issue 3 (spring 2004), p.13

<sup>23</sup> Ver a respeito Miriam Ventura, Leila Linhares Barsted, Daniela Ikawa e Flavia Piovesan (org.), “Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos”, Rio de Janeiro, Advocaci/UNFPA, 2003.

<sup>24</sup> A título exemplificativo, mencione-se a atuação das Católicas pelo Direito de Decidir e o trabalho de Abdullahi Na-Na'im acerca da reinterpretção do islamismo à luz dos direitos humanos.

### 3) Direito ao Desenvolvimento X Assimetrias globais

O terceiro desafio traduz a tensão entre o direito ao desenvolvimento e as assimetrias globais.

Em 1986, foi adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e 8 abstenções. Para Allan Rosas: “A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação internacional. (...)”<sup>25</sup>

Deste modo, o direito ao desenvolvimento compreende três dimensões:

a) a importância da participação, com realce ao componente democrático a orientar a formulação de políticas públicas. A sociedade civil clama por maior transparência, democratização e accountability na gestão do orçamento público e na construção e implementação de políticas públicas;

b) a proteção às necessidades básicas de justiça social, enunciando a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento.”; e

c) a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como de cooperação internacional – já que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento. A respeito, adiciona o artigo 4º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individualmente ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos, acrescentando que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento.

Em uma arena global não mais marcada pela bipolaridade Leste/Oeste, mas sim pela bipolaridade Norte/Sul, abrangendo os países desenvolvidos e em desenvolvimento (sobretudo as regiões da América Latina, Ásia e África), há que se demandar uma globalização mais ética e solidária.

Note-se que, em face das assimetrias globais, os 15% mais ricos concentram 85% da renda mundial, enquanto que os 85% mais pobres concentram 15% da renda mundial.

Se, tradicionalmente, a agenda de direitos humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos, sob o forte impacto da “voz do Norte”, testemunha-se, atualmente, a ampliação desta agenda tradicional, que passa a incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais, no direito ao desenvolvimento, no direito à inclusão social e na pobreza como violação de direitos. Este processo permite ecoar a “voz própria do Sul”, capaz de revelar as preocupações, demandas e prioridades desta região.

Neste contexto, é fundamental consolidar e fortalecer o processo de afirmação dos direitos humanos, sob esta perspectiva integral, indivisível e interdependente.

### 4) Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais x Desafios Globalização Econômica

O quarto desafio relaciona-se com o terceiro, na medida em que aponta aos dilemas decorrentes do processo de globalização econômica, com destaque à temerária flexibilização dos direitos sociais.

Nos anos 90, as políticas neoliberais, fundadas no livre mercado, nos programas de

<sup>25</sup> Allan Rosas, *The Right to Development*, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 254-255.

privatização e na austeridade econômica, permitiram que, hoje, sejam antes os Estados que se achem incorporados aos mercados e não a economia política às fronteiras estatais, como salienta Jurgen Habermas<sup>26</sup>.

A globalização econômica tem agravado ainda mais as desigualdades sociais, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social. Lembre-se que o próprio então diretor-gerente do FMI, Michel Camdessus, em seu último discurso oficial, afirmou que “desmantelar sistematicamente o Estado não é o caminho para responder aos problemas das economias modernas. (...) A pobreza é a ameaça sistêmica fundamental à estabilidade em um mundo que se globaliza”<sup>27</sup>.

Considerando os graves riscos do processo de desmantelamento das políticas públicas sociais, há que se redefinir o papel do Estado sob o impacto da globalização econômica. Há que se reforçar a responsabilidade do Estado no tocante à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Como adverte Asbjorn Eide: “Caminhos podem e devem ser encontrados para que o Estado assegure o respeito e a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, de forma a preservar condições para uma economia de mercado relativamente livre. A ação governamental deve promover a igualdade social, enfrentar as desigualdades sociais, compensar os desequilíbrios criados pelos mercados e assegurar um desenvolvimento humano sustentável. A relação entre governos e mercados deve ser complementar.”<sup>28</sup>

No mesmo sentido, pontua Jack Donnelly: “Mercados livres são economicamente análogos ao sistema político baseado na regra da maioria, sem contudo a observância aos direitos das minorias. As políticas sociais, sob esta perspectiva, são essenciais para assegurar que as minorias em desvantagem ou privadas pelo mercado, sejam consideradas com o mínimo respeito na esfera econômica. (...) Os mercados buscam eficiência e não justiça social ou direitos humanos para todos.”<sup>29</sup>

No contexto da globalização econômica, faz-se também premente a incorporação da agenda de direitos humanos por atores não estatais. Neste sentido, surgem 3 atores fundamentais: a) agências financeiras internacionais; b) blocos regionais econômicos; e c) setor privado.

Com relação às agências financeiras internacionais, há o desafio de que os direitos humanos possam permear a política macro-econômica, de forma a envolver a política fiscal, a política monetária e a política cambial. As instituições econômicas internacionais devem levar em grande consideração a dimensão humana de suas atividades e o forte impacto que as políticas econômicas podem ter nas economias locais, especialmente em um mundo cada vez mais globalizado<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Jurgen Habermas, *Nos Limites do Estado*, Folha de São Paulo, Caderno Mais!, p.5, 18 de julho de 1999.

<sup>27</sup> “Camdessus crítica desmonte do Estado”, Folha de São Paulo, 14.02.2000.

<sup>28</sup> Asbjorn Eide, *Obstacles and Goals to be Pursued*, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.383. Acrescenta o autor: “Onde a renda é igualmente distribuída e as oportunidades razoavelmente equânimes, os indivíduos estão em melhores condições para tratar de seus interesses e há uma menor necessidade de despesas públicas por parte do Estado. Quando, por outro lado, a renda é injustamente distribuída, a demanda por iguais oportunidades e igual exercício de direitos econômicos, sociais e culturais requer maior despesa estatal, baseada em uma tributação progressiva e outras medidas. Paradoxalmente, entretanto, a tributação para despesas públicas nas sociedades igualitárias parece mais bem vinda que nas sociedades em que a renda é injustamente distribuída.” (Asbjorn Eide, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.40).

<sup>29</sup> Jack Donnelly, *International Human Rights*, Westview Press, Boulder, 1998, p.160. “Aliviar o sofrimento da pobreza e adotar políticas compensatórias são funções do Estado e não do mercado. Estas são demandas relacionadas à justiça, a direitos e a obrigações e não à eficiência. (...) Os mercados simplesmente não podem tratá-las – porque não são vocacionados para isto.” (Jack Donnelly, *Ethics and International Human Rights*, in: *Ethics and International Affairs*, Japão, United Nations University Press, 2001, p.153).

<sup>30</sup> Cf. Mary Robinson, *Constructing an International Financial, Trade and Development Architecture: The Human Rights Dimension*,

Embora as agências financeiras internacionais estejam vinculadas ao sistema das Nações Unidas, na qualidade de agências especializadas, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, por exemplo, carecem da formulação de uma política vocacionada aos direitos humanos. Tal política é medida imperativa para o alcance dos propósitos da ONU e, sobretudo, para a coerência ética e principiológica que há de pautar sua atuação. A agenda de direitos humanos deve ser, assim, incorporada no mandato de atuação destas agências.

Há que se romper com os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica incluyente voltada para a promoção dos direitos humanos, consagrada nos relevantes tratados de proteção dos direitos humanos da ONU (com destaque ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e, por outro lado, a tônica excluyente ditada pela atuação especialmente do Fundo Monetário Internacional, na medida em que a sua política, orientada pela chamada “condicionalidade”, submete países em desenvolvimento a modelos de ajuste estrutural incompatíveis com os direitos humanos<sup>31</sup>. Além disso, há que se fortalecer a democratização, a transparência e a accountability destas instituições<sup>32</sup>. Note-se que 48% do poder de voto no FMI concentra-se nas mãos de 7 Estados (US, Japão, França, Inglaterra, Arabia Saudita, China e Rússia), enquanto que no Banco Mundial 46% do poder de voto concentra-se nas mãos também destes mesmos Estados<sup>33</sup>. Na percepção crítica de Joseph E. Stiglitz: “(...) we have a system that might be called global governance without global government, one in which a few institutions – the World Bank, the IMF, the WTO – and a few players – the finance, commerce, and trade ministries, closely linked to certain financial and commercial interests – dominate the scene, but in which many of those affected by their decisions are left almost voiceless. It’s time to change some of the rules governing

---

Zurich, 1 July 1999, [www.unhchr.org](http://www.unhchr.org). Adiciona Mary Robinson: “A título de exemplo, um economista já advertiu que o comércio e a política cambial podem ter maior impacto no desenvolvimento dos direitos das crianças que propriamente o alcance do orçamento dedicado à saúde e educação. Um incompetente diretor do Banco Central pode ser mais prejudicial aos direitos das crianças que um incompetente Ministro da Educação”. (op. cit)

<sup>31</sup> Afirma Jeffrey Sachs: “Aproximadamente 700 milhões de pessoas – as mais empobrecidas – estão em débito perante os países ricos. Os chamados “Highly Indebted Poor Countries” (países pobres altamente endividados) compõem um grupo de quarenta e duas economias financeiramente falidas e largamente desestruturadas. Eles devem mais de \$100 milhões em dívida não paga ao Banco Mundial, ao Fundo Monetário Internacional, a demais Bancos de desenvolvimento e governos (...). Muitos deste empréstimos foram feitos em regimes tirânicos para responder aos propósitos da Guerra Fria. Muitos refletem idéias equivocadas do passado. (...) O Jubileu 2000, uma organização que tem o apoio de pessoas tão diversas como o Papa João Paulo II, Jesse Jackson e Bono, o cantor de rock, tem defendido a eliminação da dívida externa dos países mais pobres do mundo. A idéia é frequentemente vista como irrealista, mas são os realistas que fracassam ao compreender as oportunidades econômicas da ordem contemporânea. (...) Em 1996 o FMI e o Banco Mundial anunciaram um programa de grande impacto, mas sem prover um diálogo verdadeiro com os países afetados. Três anos depois, estes planos fracassaram. Apenas 2 países, Bolívia e Uganda, receberam \$200 milhões, enquanto que 40 países aguardam na fila. No mesmo período, a bolsa de valores dos países ricos cresceu mais de \$5 trilhões, mais que 50 vezes que o débito dos quarenta e dois países pobres. Assim, é um jogo cruel dos países mais ricos do mundo protestar que eles não teriam como cancelar as dívidas.” (Jeffrey Sachs, *Release the Poorest Countries for Debt Bondage*, International Herald Tribune, 12 e 13 de junho de 1999, p.8, apud Henry Steiner e Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, p.1329-1330).

<sup>32</sup> A respeito, consultar Joseph E. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, New York/London, WW Norton Company, 2003. Para o autor: “When crises hit, the IMF prescribed outmoded, inappropriate, if standard solutions, without considering the effects they would have on the people in the countries told to follow these policies. Rarely did I see forecasts about what the policies would do to poverty. Rarely did I see thoughtful discussions and analyses of the consequences of alternative policies. There was a single prescription. Alternative opinions were not sought. Open, frank discussion was discouraged – there is no room for it. Ideology guided policy prescription and countries were expected to follow the IMF guidelines without debate. These attitudes made me cringe. It was not that they often produced poor results; they were antidemocratic.” (op.cit. p.XIV).

<sup>33</sup> A respeito, consultar *Human Development Report 2002*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002.

---

the international economic order (...)”<sup>34</sup>.

Quanto aos blocos regionais econômicos, vislumbram-se, do mesmo modo, os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica excludente do processo de globalização econômica e os movimentos que intentam reforçar a democracia e os direitos humanos como parâmetros a conferir lastro ético e moral à criação de uma nova ordem internacional. De um lado, portanto, lança-se a tônica excludente do processo de globalização econômica e, de outro lado, emerge a tônica includente do processo de internacionalização dos direitos humanos, somado ao processo de incorporação das cláusulas democráticas e direitos humanos pelos blocos econômicos regionais. Embora a formação de blocos econômicos de alcance regional, tanto na União Européia, como no Mercosul, tenha buscado não apenas a integração e cooperação de natureza econômica, mas posterior e paulatinamente a consolidação da democracia e a implementação dos direitos humanos nas respectivas regiões (o que se constata com maior evidência na União Européia e de forma ainda bastante incipiente no Mercosul), observa-se que as cláusulas democráticas e de direitos humanos não foram incorporadas na agenda do processo de globalização econômica.

No que se refere ao setor privado, há também a necessidade de acentuar sua responsabilidade social, especialmente das empresas multinacionais, na medida em que constituem as grandes beneficiárias do processo de globalização, bastando citar que das 100 (cem) maiores economias mundiais, 51 (cinquenta e uma) são empresas multinacionais e 49 (quarenta e nove) são Estados nacionais. Por exemplo, importa encorajar empresas a adotarem códigos de direitos humanos relativos à atividade de comércio; demandar sanções comerciais a empresas violadoras dos direitos sociais; adotar a “taxa Tobin” sobre os investimentos financeiros internacionais, dentre outras medidas.

### **5) Respeito à Diversidade x Intolerâncias**

Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos. No dizer de Amartya Sen: “A negação da liberdade econômica, sob a forma da pobreza extrema, torna a pessoa vulnerável a violações de outras formas de liberdade.(...) A negação da liberdade econômica implica na negação da liberdade social e política.”<sup>35</sup>

O processo de violação dos direitos humanos alcança prioritariamente os grupos sociais vulneráveis, como as mulheres e a população afro-descendentes (daí os fenômenos da “feminização” e “etnicização” da pobreza). Se no mundo hoje há 1 bilhão de analfabetos adultos, 2/3 são mulheres.

A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. Isto é, a implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade destes direitos, acrescidas do valor da diversidade. Nas lições de Paul Farmer: “The concept of human rights may at times be brandished as an all-purpose and universal tonic, but it was developed to protect the vulnerable. The true value of human rights movement’s central documents is revealed only when they serve to protect the rights of those who are most likely to have their rights violated. The proper beneficiaries of the Universal Declaration of Human Rights (...) are the poor and otherwise disempowered”.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Joseph E. Stiglitz, op.cit.p.21-22.

<sup>35</sup> Amartya Sen, Development as Freedom, Alfred A. Knopf, New York, 1999, p.08.

<sup>36</sup> Paul Farmer, op.cit.p.212.

A primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, a população afro-descendentes, os migrantes, as pessoas portadoras de deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito 'a igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito 'a diferença. Importa o respeito 'a diferença e 'a diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula "todos são iguais perante a lei" (que, ao seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

Para Nancy Fraser, a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades. Como atenta a autora: "O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. (...) Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função de status."<sup>37</sup> Há, assim, o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade<sup>38</sup>.

Ainda Boaventura acrescenta: "temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades"<sup>39</sup>.

Considerando os processos de "feminização" e "etnicização" da pobreza, há a necessidade de adoção, ao lado das políticas universalistas, de políticas específicas, capazes de dar visibilidade a sujeitos de direito com maior grau de vulnerabilidade, visando ao pleno exercício do direito à inclusão social. Se o padrão de violação de direitos tem um efeito desproporcionalmente lesivo às mulheres e às populações afro-descendentes, adotar políticas "neutras" no tocante ao gênero, à raça/etnia, significa perpetuar este padrão de desigualdade e exclusão.

<sup>37</sup> Afirma Nancy Fraser: "O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não pode conseguir um taxi. Neste caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. (...) Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de status. Tomemos, como exemplo, um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em virtude do fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Neste caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento. (...) Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Esta concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo". (Nancy Fraser, *Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia*, In: Unesco, Informe Mundial sobre la Cultura – 2000-2001, p.55-56).

<sup>38</sup> A respeito, ver Boaventura de Souza Santos, Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p.56. Ver ainda do mesmo autor "Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos". In: op.cit. p.429-461.

<sup>39</sup> Ver Boaventura de Souza Santos, op. cit.

Daí a urgência no combate de toda e qualquer forma de racismo; sexismo; homofobia; xenofobia e outras formas de intolerância correlatas, tanto mediante a vertente repressiva (que proíbe e pune a discriminação e a intolerância), como mediante a vertente promocional (que promove a igualdade).

### **6) Combate ao Terror x Preservação de Direitos e Liberdades Públicas**

O desafio de combater todas as formas de intolerância se soma ao sexto desafio, que realça o dilema de preservação dos direitos e das liberdades públicas no enfrentamento ao terror.

No cenário do Pós 11 de setembro o risco é que a luta contra o terror comprometa o aparato civilizatório de direitos, liberdades e garantias, sob o clamor de segurança máxima.

Basta atentar à doutrina de segurança adotada nos EUA pautada: a) no unilateralismo; b) nos ataques preventivos e c) na hegemonia do poder militar norte-americano. Atente-se às nefastas consequências para a ordem internacional se cada um dos duzentos Estados que integram a ordem internacional invocasse para si o direito de cometer “ataques preventivos”, com base no unilateralismo. Seria lançar o próprio atestado de óbito do Direito Internacional, celebrando o mais puro hobbesiano “Estado da Natureza”, em que a guerra é o termo forte e a paz se limita a ser a ausência da guerra.

A escusa de combater o chamado “império do mal” tem propagado, sobretudo, o “mal do império”. Pesquisas demonstram o perverso impacto do Pós 11 de setembro, na composição de uma agenda global tendencialmente restritiva de direitos e liberdades. A título de exemplo, cite-se pesquisas acerca da legislação aprovada, nos mais diversos países, ampliando a aplicação da pena de morte e demais penas; tecendo discriminações insustentáveis; afrontando o devido processo legal e o direito a um julgamento público e justo; admitindo a extradição sem a garantia de direitos; retringindo direitos, como a liberdade de reunião e de expressão; dentre outras medidas<sup>40</sup>.

No segundo mandato da era Bush, inaugurado em 20 de janeiro de 2005, foi empossado como Secretário de Justiça o autor de memorando que justifica o uso da tortura no combate ao terrorismo.

Como preservar a Era dos Direitos em tempos de terror?

### **7) Unilateralismo x Multilateralismo: Fortalecer o Estado de Direito e a construção da paz nas esferas global, regional e local, mediante uma cultura de direitos humanos**

Por fim, cabe enfatizar que, no contexto Pós 11 de setembro, emerge o desafio de prosseguir no esforço de construção de um “Estado de Direito Internacional”, em uma arena que está por privilegiar o “Estado Polícia” no campo internacional, fundamentalmente guiado pelo lema da força e segurança internacional.

Contra o risco do terrorismo de Estado e do enfrentamento do terror, com instrumentos do próprio terror, só resta uma via – a via construtiva de consolidação dos delineamentos de um “Estado de Direito” no plano internacional. Só haverá um efetivo Estado de Direito Internacional sob o primado da legalidade, com o “império do Direito”, com o poder da palavra e a legitimidade do consenso.

À luz deste cenário, marcado pelo poderio de uma única superpotência mundial, o equilíbrio da ordem internacional exigirá o avivamento do multilateralismo e o fortalecimento da sociedade civil internacional, a partir de um solidarismo cosmopolita.

<sup>40</sup> Ver, dentre outras, a pesquisa apontada no artigo For whom the Liberty Bell tolls, *The Economist*, august 31, 2002, p. 18-20.

Quanto à multilateralismo, ressalte-se o processo e justicialização do Direito Internacional. Para Norberto Bobbio, a garantia dos direitos humanos no plano internacional só será implementada quando uma “jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos.”<sup>41</sup>

É necessário que se avance no processo de justicialização dos direitos humanos internacionalmente enunciados. Associa-se a idéia de Estado de Direito com a existência de Cortes independentes, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes.

Neste quadro emerge ainda o fortalecimento da sociedade civil internacional, com imenso repertório imaginativo e inventivo, mediante networks/redes que aliam e fomentam a interlocução entre entidades locais, regionais e globais, a partir de um solidarismo cosmopolita. Se em 1948 apenas 41 ONGs tinham status consultivo junto ao Conselho Econômico e Social da ONU, em 2004 este número aponta a aproximadamente 2350 ONGs.

Multilateralismo e sociedade civil internacional: são estas as únicas forças capazes de deter o amplo grau de discricionariedade do poder do Império, civilizar este temerário “Estado da Natureza” e permitir que, de alguma forma, o império do direito possa domar a força do império.

Se, no início, este artigo acentuava que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, enfatiza-se agora que a violação a estes direitos também o são. Isto é, as violações, as exclusões, as discriminações, as intolerâncias são um construído histórico, a ser urgentemente desconstruído. Há que se assumir o risco de romper com a cultura da “naturalização” da desigualdade e da exclusão social, que, enquanto construídos históricos, não compõem de forma inexorável o destino de nossa humanidade. Há que se enfrentar essas amarras, mutiladoras do protagonismo, da cidadania, da dignidade e da potencialidade de seres humanos.

Diante destes desafios resta concluir pela crença na implementação dos direitos humanos, como a racionalidade de resistência e única plataforma emancipatória de nosso tempo.

---

<sup>41</sup> Norberto Bobbio, A Era dos Direitos, op. cit. p. 25-47. 

*Celia Regina Camachi Stander\**

## “FRAUDE POR MEIO DE COOPERATIVA E DE CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA POR TRABALHADORES”

Palestra Proferida no Seminário Sobre “Fraude Nas  
Relações de Trabalho – Mecanismos de Prevenção  
e Repressão, em 23.11.2005 ”

### I - A IDENTIFICAÇÃO DA FRAUDE (SEPARANDO O JOIO DO TRIGO)

O Tema a ser abordado é a fraude por meio de Cooperativa de Trabalho de pela constituição de Pessoa Jurídica pelos trabalhadores.

A primeira consideração a ser feita sobre o tema é no sentido de tentar separar o joio do trigo, identificando-se o que constitui a fraude por meio de Cooperativa de Trabalho e constituição de Pessoa Jurídica , a fim de separar isto das condutas lícitas possíveis em termos de cooperativismo e prestação de serviços autônoma de fato .

Como integrante do Ministério Público do Trabalho, a nossa primeira consideração é no sentido de que há uma campanha por parte das pseudo cooperativas de trabalho no sentido de convencer o público de que o Órgão Ministerial é contra todo tipo de cooperativismo.

Apesar de toda a produção fomentada na mídia para tentar convencer as pessoas de que o Ministério Público do Trabalho é contra toda e qualquer cooperativa, a priori, o fato é que isto não ocorre. O Ministério Público do Trabalho não é contra cooperativas, assim como não é contra a terceirização, desde que genuínos (verdadeiros); o procedimento adotado é o de investigar os fatos que lhe são denunciados a respeito de possível fraude para ocultar a existência do Contrato de Trabalho, denúncias essas que partem de sindicatos, Juizes, trabalhadores lesados, e a partir disto formar convicção sobre a existência, ou não, da fraude ; detectada a fraude, há a tentativa de obtenção do termo de ajustamento de conduta do infrator e somente na frustração dessa medida é que há o ingresso da ação civil pública, condenatória em abstenção de conduta e completa indenização do dano.

Dessa forma, há investigações do Ministério Público do Trabalho que terminam com a conclusão de que há simples intermediação de mão-de-obra por falsa cooperativa de trabalho, caso em que ocorrerá o Termo de Ajustamento de Conduta ou a Ação Civil Pública, assim como há investigações que são concluídas com relatório de arquivamento, por não se identificar a fraude por meio de falso cooperativismo.

Fazemos uma pausa no assunto da falsa condição de cooperado, para comentar a recente onda de fraude ao contrato de trabalho pela transformação de empregados em "empresa de uma pessoa só", também objeto de estudo neste dia. O fenômeno já vem sendo chamado de "*pejotização*", neologismo originado de "PJ", sigla para "pessoa jurídica". A "*pejotização*", desafortunadamente, vem somar-se à intermediação de mão-de-obra pelas pseudo-cooperativas de trabalho, como nova técnica de impor disfarces a relação de emprego, em prejuízo dos trabalhadores e da sociedade.

---

\* Procuradora do Trabalho, Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo

---

A intitulada "MP DO BEM", transformada na Lei nº 11.196/2005, publicada na data de ontem, 22.11.05, certamente incentivará a ocultação do contrato de emprego pelo disfarce da "Pessoa Jurídica", pois estabelece em um de seus artigos o seguinte:

*" Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil."*

Notícia publicada no jornal Folha de São Paulo desta data, 23.11.2005, Caderno Dinheiro, dá conta de que o artigo em questão foi "*obra de um lobby liderado por empresas de comunicação*", com o objetivo de "*evitar questionamentos à contratação de profissionais liberais na condição de pessoa jurídica, em especial as chamadas 'empresas de uma pessoa só'*". A mesma matéria informou que a Receita Federal contestou o texto ao final publicado "*por entender que abria caminho para disfarçar vínculos empregatícios e driblar o fisco*". Diante, pois, da possibilidade efetiva de vir a ser manipulada com o objetivo de ocultar a relação de emprego é de se perguntar: MP do Bem, para quem? Não será para o trabalhador e para a sociedade, como bem vislumbrou a Receita Federal.

E o que permite a identificação da existência da fraude no caso das cooperativas e da constituição de "PJ"? Tanto no caso das cooperativas, como na hipótese de constituição de pessoas jurídicas, soa evidente que a mera regularidade formal da cooperativa ou do prestador de serviços ditos autônomos, com bem elaborados "termos de adesão" ou "contratos de prestação de serviços", firmados pelo trabalhador não servem para definir a questão. Papéis, documentos fiéis ao descanso do patrão, já dizia a letra da música popular<sup>1</sup>.

No Direito do Trabalho é constante a ambição de escamotear a relação de emprego sob o rótulo de figuras civilistas, prestação de serviços autônomos, contrato de sociedade, parcerias, etc. Daí porque é pilar desse ramo do Direito o Princípio do Contrato Realidade. Há de se verificar o que ocorre na realidade dos fatos, sendo o aspecto formal do contrato secundário, pois, quando em comparação com a verdade real do modo de se desenvolver a prestação de serviços.

Assim, se o trabalho for desenvolvido com pessoalidade, subordinação, em caráter não eventual e oneroso, é contrato de emprego, não importando o rótulo que a ele se dê nos documentos.

A intermediação de mão-de-obra por cooperativas de trabalho e a "pejotização" terminam por fraudar direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos (art. 7.º da CF/88). Destarte, sempre que verificado o uso do rótulo de trabalho cooperado ou autônomo para encobrir verdadeira relação de emprego, aplicável ao caso se torna o 9º da CLT ("*art. 9.º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.*")

## **II - Razões para se combater a FRAUDE POR MEIO DE COOPERATIVAS E Constituição de Pessoas Jurídicas ("PEJORIZAÇÃO")**

O uso do contrato de prestação de serviços autônomo com o trabalhador rotulado de "cooperado" ou de "Pessoa jurídica", quando presentes às características do contrato de emprego, configura **VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**, pois esta estabelece, em

---

<sup>1</sup> Legião Urbana, "Que País é este".

seu artigo 7º, I, da Constituição Federal, que os trabalhadores urbanos e rurais têm direito relação de emprego protegida, nos termos ali explicitados.

O prejuízo maior, advindo da falta de proteção trabalhista, muito provavelmente seja aquele gerado na saúde do trabalhador, vez que os disfarces ora comentados, impostos ao contrato de trabalho, significam, quase invariavelmente, excesso de jornada e descumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho.

Em certa época, há alguns anos, recebemos na sede da Procuradoria um folheto em que determinada cooperativa apresentava-se para os Condomínio de Apartamento da Cidade nos seguintes termos:

**"Livre-se dos problemas com *"excesso de jornada"*, *"ações trabalhistas"* e *burocratização em geral"***

Era o verdadeiro milagre econômico, as custas dos trabalhadores.

O que mais nos preocupou no folheto em questão foi o excesso de jornada antevisto. A fadiga é sabidamente a principal causa de acidente de trabalho e da doença ocupacional. Resta fácil perceber o problema que o falso cooperativismo e a "pejorização" causam na questão da direito constitucional à redução dos riscos inerentes ao trabalho. Com o disfarce inserido para ocultar a existência do verdadeiro contrato de emprego, o trabalhador envolvido na fraude fica alijado de qualquer proteção trabalhista, inclusive, e principalmente, daquela relativa ao direito ao meio ambiente de trabalho sadio e à redução dos riscos de acidentes de trabalho.

Certa época, na instrução de denúncia de falso cooperativismo, visitamos uma pedreira onde os "cooperados" trabalhavam de chinelo de dedo, desprovidos de qualquer assistência, no trabalho de colocar explosivos. Em outra oportunidade, visitamos um bar badalado da cidade e na sua cozinha encontramos uma auxiliar trabalhando com uma das pernas totalmente engessada e indagado a razão disso explicou-nos, ele, trabalhador, que era "cooperado" e precisava comer e assim não podia ficar em casa, pois, "se não trabalhar, não come". Felizmente, ambas as situações relatadas foram regularizadas rapidamente por meio de Termo de Ajustamento de Conduta e acordo judicial. Mas foram exemplos que nos marcaram, no sentido de entender o efeito nefasto da fraude por meio de falso cooperativismo e falsa prestação de serviço autônoma na seara do direito ao **meio-ambiente de trabalho sadio**.

Outro efeito devastador da fraude praticada contra o contrato de emprego, é sentido no campo do **direito coletivo** do trabalho. Ao não ser reconhecido como empregado, o trabalhador perde sua identidade coletiva, pois passa ao não mais se sentir integrante da categoria profissional. Isto gera, consequentemente, dificuldades para o sindicato articular a reivindicação de direitos. Para verificar-se a veracidade dessa assertiva, de prejuízo à organização coletiva dos trabalhadores, basta que se pense na força das antigas greve de bancários em nosso país, antes da onda de terceirização, inclusive com uso de cooperativas de trabalho fraudulentas, pela qual o passou o referido setor.

Quando a prática de manutenção de empregados sem registro, sob o rótulo de cooperados ou "PJ", ocorre no âmbito das entidades públicas há também violação do art. 37, II, da Constituição Federal, na medida em que pessoas são admitidas sem a prévia aprovação em concurso público.

E há concorrência desleal com as empresas em situação de legalidade, nos procedimentos licitatórios que contam também com a participação de cooperativas de trabalho intermediadoras de mão-de-obra, vez que estas oferecerão sempre menores custos por não recolherem os tributos devidos.

De outra banda, a promessa de eliminação das reclamações trabalhistas futuras, feita muitas vezes por aqueles que efetivamente lucram com a intermediação de mão-de-obra, sejam eles os "donos" das pseudocooperativas de trabalho, sejam as consultorias especializadas em "transformar" (no aspecto meramente formal, óbvio) empregados em "PJ", afiguram-se nos como verdadeira **propaganda enganosa**, notadamente para a empresa de pequeno porte, sem assistência jurídica adequada para lhe dizer que as coisas não acontecem realmente da maneira apregoada.

A promessa do "livre-se da reclamações trabalhistas", com a simples transformação dos empregados em cooperados ou PJ é falsa, a toda evidência. O empregado, falsamente rotulado de "cooperado" ou "PJ", poderá, eventualmente, até permanecer sem reivindicar seus justos direitos trabalhistas usurpados enquanto durar o seu vínculo de emprego, pois receita ficar sem trabalho. O trabalhador, sabemos, sofre da chamada "paralisia intimidativa do interesse de agir", que o impede de reclamar durante a vigência do contrato de emprego, pois isto significa, após o fim da estabilidade decenal, a dispensa. Mas é improvável que permaneça calado após a rescisão do contrato e nesta última hipótese o real empregador será chamado em juízo e poderá, sim, responder pelo pagamento de todos os direitos trabalhistas e encargos do período. Daí porque a informação de que não existirão futuras reclamações trabalhistas é enganosa.

É verdade que a fraude perpetrada pelas falsas cooperativas de trabalho é cada vez mais aprimorada. Algumas já são capazes de produzir, além do "termo de adesão", a assinatura do trabalhador na chamada "Cláusula Compromissória de Arbitragem", como condição para a obtenção do trabalho.

A "Convenção de Arbitragem", na hipótese de trabalhador que alega ter trabalhado como empregado sob o falso rótulo de "autônomo" ou cooperado" é perversa e não pode ser aceita para o fim de impedir a obtenção da prestação jurisdicional devida.

Ora, patente que a "opção" pela arbitragem como forma de solução de eventuais conflitos trabalhistas individuais, nessas circunstâncias, faz parte do rol de documentos patrocinados pelo tomador dos serviços ou pela pseucooperativa, como uma espécie de contrato de adesão, colocado para todos os que precisam do trabalho .

E, havendo dúvidas sérias a respeito da natureza da prestação de serviços não há que se aceitar prevaleça como entrave ao exercício pleno do direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário por parte do trabalhador, documento de adesão fabricado unilateralmente por uma das partes em conflito.

Cediço que os tribunais do trabalho estão atulhados de processos envolvendo pedidos de reconhecimento de vínculo de emprego de trabalhadores obrigados a aceitar a condição meramente formal de "cooperados" a fim de obterem trabalho. Nesse panorama, a confirmação da tal "cláusula de arbitragem" padronizada consubstanciará incentivo à fraude do falso cooperativismo e, agora, a "pejotização".

Efetivamente, os trabalhadores porventura lesados pela cooperativas de trabalho ou pela condição imposta de "PJ", na hora da contratação, que forem obrigados a aceitar a condição meramente formal de "autônomos" não poderão mais sequer ter acesso à Justiça do Trabalho para discutir a existência de vínculo de emprego. Ora, bastará para isso que os reais empregadores e as cooperativas por eles contratadas façam com que o trabalhador assine mais um documento, além da "adesão" à cooperativa : a pomposa e ultracivilista "Convenção de Arbitragem". Assim, poder-se-á perpetrar as fraudes, sem recluir nem ao menos o exame da causa pelo Poder Judiciário trabalhista. A mágica completou-se (desculpem-nos a ironia).

É cristalino, pois, para nós, que a adesão prévia de trabalhadores humildes à

estipulações elaboradas *a priori* por quem é apontado como empregador, não pode ser tolerado, na seara do processo laboral.

Ademais, a cláusula de arbitragem é verdadeiramente incompatível com a situação da esmagadora maioria dos trabalhadores brasileiros, e não é prevista pelo ordenamento jurídico como forma de solução de conflitos individuais de trabalho.

O Direito do Trabalho é regido pelo Princípio da Proteção do Trabalhador, ou seja, trata-se de "um direito especial, que se distingue do direito comum, especialmente porque, enquanto o segundo supõe a igualdade das partes, o primeiro pressupõe uma situação de desigualdade que ele tende a corrigir com outras desigualdades. A necessidade de proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico"<sup>2</sup>.

Nessa esteira, refletindo o princípio protetor, tem-se que a irrenunciabilidade domina o Direito do Trabalho, ficando excluída a possibilidade de operar-se o mero desligamento voluntário dos direitos pelo trabalhador. Como leciona Américo Plá Rodriguez, essa irrenunciabilidade significa a "impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio"<sup>3</sup>.

Já a arbitragem baseia-se em princípio diametralmente oposto, ou seja, a disponibilidade do direito, tanto que a Lei n.º 9.307/96, logo em seu artigo 1º, é enfática no sentido de que pode-se valer da arbitragem "para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". A referência a Direito Patrimonial é bem precisa, devendo ser considerados somente aqueles sobre os quais se exerce fundamental gozo ou fruição do bem econômico, com expressão de riqueza e expressão em valor monetário. Não estão, portanto, sujeitos ao Juízo Arbitral **os direitos indisponíveis**.

Os Tribunais trabalhistas, acertadamente, não têm aceito a Cláusula de Arbitragem como impeditivo do direito de ação. Veja-se:

**ACÓRDÃO n. 20030203524, do E.TRT/SP, Processo n. 53453.2002.902.02.00.4:  
"RECLAMANTE**

**Da extinção do processo sem julgamento do mérito ante cláusula compromissória firmada pelo trabalhador, comprometendo-se a submeter a solução de eventual litígio decorrente do contrato de trabalho à arbitragem privada (artigos 3º e 4º da Lei nº 9.307/96).**

Inconforma-se o reclamante ante a r. decisão de origem que não poderia ter acolhido a quitação integral do contrato ante a conciliação efetuada, perante o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo, fundamentando-se em cláusula compromissória de convenção de arbitragem, firmada no conteúdo do Termo de Adesão à Cooperativa ou em apartado. Entendo o autor que tal cláusula e pacto são ineficazes, não abstraindo o controle jurisdicional sobre o litígio, mercê da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Não se confundem solução extrajudicial de litígios, com o ato de homologação à quitação do contrato, a teor do artigo 477 da CLT.

Na esfera trabalhista a conciliação extrajudicial está regulada no artigo 625-A da CLT, não se aplicando a Lei nº 9.307/96.

E a inaplicabilidade da Lei nº 9.307/96 para a solução dos conflitos trabalhistas individuais decorre da natureza indisponível de tais direitos e, ainda, porque a Lei nº 9.307/96 trata e especificamente, de direitos patrimoniais disponíveis:

<sup>2</sup> Instituições de Direito do Trabalho, Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Segadas Viana e Lima Teixeira, Ed. LTr., 15ª ed, 1995

<sup>3</sup> Princípios de Direito do Trabalho, Américo Plá Rodriguez, Ed. LTr

*"Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."*

Ademais, nestes autos o litígio versa sobre a existência de direitos irrenunciáveis, tais como, reconhecimento de vínculo empregatício, registro em CTPS, Previdência Social, FGTS, salário, férias, e outros. Ou seja, não pode ser aplicado o instituto da arbitragem no âmbito das normas trabalhistas que reúnem garantias mínimas imperativas de proteção ao empregado, a teor do artigo 444 consolidado.

Neste sentido Acórdãos de Turmas dos Tribunais Regionais do Trabalho:

*"ARBITRAGEM (LEI Nº 9.307/96) CONTRATO DE TRABALHO DIREITOS INDISPONÍVEIS INAPLICABILIDADE Pacto de sujeição do litígio à arbitragem privada não pode ser utilizado em relação a direitos trabalhistas indisponíveis ou irrenunciáveis, observado o disposto no art. 1º da Lei nº 9.307/96, que limita a sua aplicação aos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Referido ajuste não pode ser considerado óbice à apreciação de reclamação em que se discute, por exemplo, a existência da relação de emprego e o direito ao registro em CTPS."*

*(TRT 15ª R. Proc. 38783/01 (7553/02) 2ª T. Relª Juíza Mariane Khayat Fonseca do Nascimento DOESP 04.07.2002 p. 19)*

*"JUÍZO ARBITRAL CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM A mera adesão à cooperativa não representa concordância da parte à eleição de Conselho Arbitral, em referência feita no Estatuto Social. Inteligência do artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem." (TRT 2ª R. RO 20020017264 (20020390372) 6ª T. Rel. Juiz Rafael E. Pugliese Ribeiro DOESP 28.06.2002)*

*"EFEITOS. ARBITRAGEM. CONCILIAÇÃO. A LEI 9307/96 TRATA ESPECIFICAMENTE DOS LITÍGIOS QUE ENVOLVEM DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS Não pode, via de consequência, ser aplicada no âmbito das normas trabalhistas, que reúnem garantias mínimas imperativas das quais o empregado não pode renunciar (artigo 444 da CLT). A inclusão em convenção coletiva de cláusula impondo a sujeição dos empregados à referida arbitragem extrapola os limites dos artigos 611 e 613, inciso V ambos da CLT, gerando ainda obstáculo ao livre acesso ao Poder Judiciário, em detrimento ao inciso XXXV, do artigo 5º da CF. A Lei 9958/2000 não limita o direito de ação do empregado, que pode dirigir-se, ou não, à comissão, e mesmo quando celebrada a conciliação é possível a ressalva de eventuais direitos que pretenda discutir via reclamatória trabalhista (artigo 625-E da CLT)." (TRT 2ª R. RO 20010339951 (20020364690) 6ª T. Rel. Juiz Roberto Barros da Silva DOESP 14.06.2002)*

*"LAUDO ARBITRAL. Esta relatora adota entendimento no sentido de que a arbitragem é meio de solução dos conflitos coletivos (artigo 114, §§ 1º e 2º da Constituição Federal), sendo inadmissível a aplicação deste instituto no âmbito das relações individuais do trabalho, mormente quando não verificada qualquer forma de assistência ao trabalhador; hipótese dos autos. De fato, não obstante a necessidade de adoção de formas alternativas de solução dos conflitos para descongestionar a Justiça do Trabalho, a arbitragem disciplinada pela Lei 9.307/96 é instituto de natureza comercial que tem como pressupostos a igualdade das partes, autonomia da vontade (artigo 21), opondo-se diretamente ao sistema de proteção do trabalhador e aos princípios que regem a legislação laboral, sobretudo o da indisponibilidade, que objetiva superar a fragilidade do trabalhador em face de seu empregador." (TRT/SP 37106200290202004 RECURSO ORDINÁRIO AC. 7ª T. 20020791326 Rel. Yone Frediani DOE 17.01.2003).*

E ainda:

*"DIREITOS INDIVIDUAIS. NÃO-CABIMENTO. A adoção da arbitragem para a solução de conflitos trabalhistas individuais não é aceitável, diante da natureza de indisponíveis dos direitos então discutidos, a par da situação de gritante inferioridade econômica do empregado, que não lhe permite recusá-la, quando imposta, a qual não se altera com a ruptura do vínculo empregatício, tornando-se até mais aguda nesse momento, diante do terror provocado pelo desemprego e a ciência de que com os meios com os quais se sustentava e à sua família os salários -, não poderá mais contar, até ter a sorte, se e quando tiver, de conseguir nova colocação. (TRT/SP 15ª Região 9.972/02 Ac. 1ª T 20.139/02 PATR, DOE 26/09/02.*

Logo, não deve ser considerada como impeditivo do direito à prestação jurisdicional, a cláusula de arbitragem, **especialmente quando o objeto da ação seja o reconhecimento da relação de emprego, ocultada por falso trabalho autônomo/cooperado.**

### **III - O que fazer para melhor resolver os problemas gerados? Ações individuais x AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Para obtenção da correção das fraudes ora comentadas, é patente o cabimento das ações individuais para ressarcimento do trabalhador lesado .

A típica reclamação trabalhista individual, contudo, não se apresenta como o único ou melhor caminho para a solução dos problemas gerados pelo falso cooperativismo ou pela "pejotização", aludidos no tem precedente, dado o alto grau de disseminação que tais práticas alcançam no momento presente e os obstáculos ao exercício do direito de ação pelo trabalhador individualizado, também já comentados .

A ação civil pública e o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta são os meio mais adequados ao combate ao falso cooperativismo ou a falsa prestação de serviço autônoma. Na ACP em questão serão defendidos não só interesses coletivos, mas também interesses difusos, relacionados à informalidade no emprego.

Sempre que o falso cooperativismo ou a "pejotização" são utilizados como prática gerencial, a se estender no tempo, há a negação dos direitos trabalhistas dos atuais trabalhadores a serviço do tomador, bem como de toda a categoria de trabalhadores que, no futuro, possa vir a ocupar um posto de trabalho no mesmo empreendimento, o que denota a existência do interesse coletivo tutelável por ação civil pública.

Ademais, tal conduta projeta seus efeitos na comunidade de trabalhadores desempregados empregados em **potencial** , vez que se torna frustrada qualquer expectativa, porque não dizer esperança, de obtenção de um emprego que lhes assegure uma vida digna, na medida em que os postos de trabalho formais são fechados e substituídos pela mão-de-obra dos chamados "autônomos" e que não sujeita a real empregadora ao pagamento dos encargos típicos da relação de emprego.

A defesa da **ordem jurídica** e do **patrimônio social**, atribuição constitucional inerente à atuação do Ministério Público (C.F., art. 127), a ser exercida também perante a Justiça do Trabalho (L.C. nº 75/93, art. 83, III). Os pedidos da ação civil pública visam **ESTANCAR** a fraude, não para este ou para aquele empregado, mas de forma definitiva e indivisível, para todos. Trata-se da defesa de interesses coletivos dos empregados e difusos da sociedade, inegavelmente tuteláveis pelo caminho da ação civil pública (**C.F., art. 129, III; Lei nº 7.347/85, art. 1º, IV**).

Destarte, há repercussão social grave nas fraudes em tela, que autorizam o uso da ação civil pública, não só pelo Ministério Público do Trabalho mas também pelos sindicatos e associações legitimados.

Por fim, o combate efetivo das fraudes trabalhistas em comento lembra-nos que: "O direito que nos cerca ainda é o Direito do Capital. Nossa práxis há de ser voltada, segundo as aptidões de cada um, para a sociedade em que todo Direito seja Direito do Trabalho, de honestos trabalhadores, sem medo e peias" (Roberto Lyra Filho, in Introdução Crítica ao Direito do Trabalho, Série O Direito Achado na Rua).

Imperioso que tal quadro desalentador seja alterado, positivamente, por todos os operadores do Direito do Trabalho.

*Arnaldo Süssekind\**

## **DO AJUIZAMENTO DOS DISSÍDIOS COLETIVOS**

1. A negociação coletiva direta é o primeiro procedimento que deve ser observado depois da entidade sindical representativa dos trabalhadores manifestar suas reivindicações junto à entidade sindical representativa dos empregadores ou, se for o caso, junto a determinada empresa. Não logrando êxito, configura-se um conflito coletivo, que pode ser resolvido com a mediação de terceiro - geralmente o Ministério do Trabalho e Emprego - visando à celebração de convenção ou acordo coletivo do trabalho.

2. Malograda a negociação, as partes poderão, de comum acordo, eleger árbitros ou ajuizar o dissídio coletivo perante o tribunal competente. Havendo greve em atividade essencial com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho (MPT) poderá ajuizar o dissídio.

3. Afigura-se-nos que, incorrendo o precitado consenso ou greve em atividade essencial, a parte lesada ou ameaçada, no direito expectado, poderá ajuizar o dissídio coletivo com fundamento na cláusula pétrea constante do art. 5º, XXXV, da Constituição.

4. Se assim não for e configurado o litígio coletivo de interesse, ter-se-á de concluir que as mencionadas regras resultantes da EC-45 impõem à categoria profissional o apelo à greve: a)- nos serviços ou atividades essenciais, para que o Ministério Público do Trabalho possa ajuizar o dissídio coletivo; b) – nos demais serviços ou atividades, para forçar a entidade patronal ou, se for o caso, a correspondente empresa, a concordar com o ajuizamento do dissídio coletivo.

5. Para que não se conclua, absurdamente, que a Carta Magna objetiva estimular a deflagração de greves, cumpre entender, como veremos a seguir, que o inalienável direito de acesso ao Poder Judiciário, por parte das pessoas físicas ou jurídicas, justifica a instauração do dissídio coletivo.

6. O poder constituinte conferido a uma assembléia eleita para elaborar uma nova Constituição ou resultante da ruptura com o regime político-jurídico anterior e reconhecido pela comunidade internacional, não se confunde com o poder derivado, que há de ser exercido estritamente nos termos permitidos pelo ordenamento jurídico originário; isto é, de acordo com os procedimentos, prazos, condições e limitações estabelecidos na delegação consubstanciada no texto original.

7. A Lex fundamentalis de 1988 consagrou a teoria da inviolabilidade das cláusulas pétreas. Ela dispôs, no art. 60, sobre as emendas ao seu texto, esclarecendo:

---

\* Ministro Aposentado do TST e Presidente Honorário da Academia Nacional de Direito do Trabalho

---

“ § 4º- Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendendo abolir:  
IV- os direitos e garantias individuais”.

8. A vedação alcança, além de outros direitos e garantias fundamentais, e principalmente, os mandamentos elencados no art. 5º, entre os quais consagra o tradicional princípio de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV).

9. Convém enfatizar, neste passo, que a Constituição de 1967, revista em 1969, ao focalizar o questionado princípio, referia “qualquer lesão de direito individual”, enquanto que a de 1988, como vimos, alude a “lesão ou ameaça a direitos”, isto é, a direito de qualquer natureza.

10. Os excelentes intérpretes da Constituição de 1988, CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, fundamentam, judiciosamente, a maior abrangência do novo preceito:

“É bem de ver que a ordem jurídica não consagra tão somente a existência de interesses pessoais ou individuais, mas também interesses coletivos e ainda os moderníssimos interesses difusos” (...) Colhem, pois, o homem não como pessoa física tomada à parte, mas como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato” (“Comentários à Constituição do Brasil”, São Paulo, Saraiva, vol. 2º, 1989, págs. 174 e 180).

11. Em face do exposto, cabe concluir que o art. 5º, XXXV, da Constituição, como cláusula pétrea, assegura o direito da entidade sindical, uma vez malograda a negociação coletiva, de ajuizar o dissídio coletivo, ainda que sem a concordância da entidade patronal – garantia que se harmoniza com o prescrito no art. 8º, III, do ordenamento constitucional.



*Oscar Ermida Uriarte\**

## **A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NA EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA**

I. Conceito e Classes e Flexibilidade. II. Alternativas Teóricas e Opções da Legislação Trabalhista, Especialmente Latino-Americana. III. Conclusões

### **APRESENTAÇÃO**

Nesta exposição apresenta-se um resumo atualizado do livro “*A flexibilidade*”, editado pela LTr, São Paulo 2002.

Na primeira parte, aborda-se o conceito de flexibilidade, propõe-se uma definição, procura-se sistematizar diferentes classes de desregulamentação e flexibilização, e se expõem os fundamentos teóricos da proposta flexibilizadora.

Na segunda parte, identificam-se algumas das alternativas teóricas da demanda de flexibilidade e se procura sistematizar as diversas estratégias adotadas nas legislações nacionais. Assim, analisam-se casos de reafirmação do sistema tradicional, casos nos quais se procedeu a uma desregulamentação imposta e outros em que se preferiu apostar em formas autônomas ou mistas de flexibilização.

Nas conclusões, pretende-se desmitificar a demanda de flexibilidade, observando quanto ela encerra de pura ideologia ou de interesse de parte, e quanto ou que parte dela pode atender a necessidades reais decorrentes do novo contexto.

### **I. CONCEITO E CLASSES DE FLEXIBILIDADE**

Para conceituar a noção de flexibilidade, ensaiaremos uma definição, sistematizaremos diversas classes de flexibilidade, faremos referências à terminologia utilizada, às conotações ideológicas e aos fundamentos teóricos da proposta de flexibilização.

#### **1. Definição**

Em termos muito gerais e no âmbito do Direito do Trabalho, a flexibilidade pode ser definida como eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa.

Como se produz essa flexibilização, eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação? De múltiplas formas, duas das quais se destacam: diminuindo ou eliminando direitos ou benefícios trabalhistas ou, então, modificando a relação entre as fontes, mediante a prescindência dos preceitos legais pela negociação coletiva ou a dos acordos coletivos pelos individuais (*rectius*: em geral, a vontade unilateral do empregador). Esta segunda modalidade

---

\*Catedrático de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade da República (Uruguai). Membro da Academia Ibero-americana de Direito do Trabalho e da Previdência Social. Membro Correspondente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Ex Funcionário técnico da OIT.

---

flexibilizadora – a “prescindibilidade” de normas heterônomas por normas autônomas ou de normas coletivas por acordos ou atos individuais – é, em última instância, um meio para chegar à primeira: a diminuição ou eliminação de direitos ou benefícios trabalhistas. De fato, para qualquer outra finalidade seria desnecessária, pois sempre houve, conforme observa Javillier, com muita propriedade, “o Direito do Trabalho sempre foi flexível para cima”. A ordem pública trabalhista ou a ordem pública social sempre admitiu sua modificação por normas heterônomas ou autônomas, coletivas ou individuais, mais favoráveis ao trabalhador. Por isso, na verdade, o que hoje se chama flexibilidade é, em geral, a flexibilidade “para baixo”, de desmelhoramento ou “in pejus”.

## 2. Classes

Do exposto, manifesta-se a existência de muitas flexibilidades. Neste parágrafo far-se-á referência a algumas de maior interesse na atualidade.

a) Já foi mencionada a classificação proposta por Jean-Claude Javillier, que distingue, segundo sua finalidade, três classes de flexibilização: uma de proteção, outra de adaptação e outra de desregulamentação.

A flexibilidade de proteção é própria do clássico Direito do Trabalho: o Direito do Trabalho foi sempre flexível, só que num sentido único. A norma trabalhista tradicional foi sempre superável e adaptável em benefício do trabalhador.

A flexibilidade de adaptação, por sua parte, consistiria na adaptação, por meio da negociação coletiva, das normas legais rígidas a novas circunstâncias e numa avaliação global do que é mais conveniente para o trabalhador. A idéia central seria não se tratar de uma derrogação pura e simples, mas de uma adaptação que se faz por meio da autonomia coletiva.

E a flexibilidade de desregulamentação seria simplesmente a derrogação de benefícios trabalhistas preexistentes ou sua substituição por outros inferiores.

b) Uma segunda sistematização pode ser feita em função da fonte de Direito flexibilizadora. Assim, segundo sua fonte formal, a flexibilidade pode ser classificada como autônoma ou heterônoma.

A flexibilidade heterônoma, que boa parte da doutrina européia qualifica como “desregulamentação” e, às vezes, até como flexibilização ou desregulamentação “selvagem”, é a flexibilidade imposta unilateralmente pelo Estado, por meio de lei ou decreto que simplesmente derroga um direito ou benefício trabalhista, diminuindo-o ou substituindo-o por outro menor. Nesse tipo de flexibilização – do mesmo modo que na imposta unilateralmente pelo empregador – não intervém a vontade do sujeito passivo da flexibilidade.

A flexibilidade autônoma, por sua vez, é a flexibilidade introduzida pela autonomia coletiva. Intervém nela a vontade coletiva do “sujeito passivo” da flexibilização, seja por meio de convenção coletiva, de pacto social ou acordo-marco. A flexibilidade coletiva, que supõe a já mencionada prescindibilidade coletiva da lei, é a que permitiu, por parte da doutrina italiana, a formulação da tese de uma transição da proteção estatal para um garantismo coletivo. É bom também aqui consignar que a “legislação negociada”, tão comum na Europa, é uma mistura de autonomia e heteronomia, na qual a primeira legitima a segunda e fixa seus limites.

c) Em épocas de enfraquecimento sindical – especialmente na América Latina, por essa e outras razões – é preciso acrescentar à classificação anterior outra que, embora não

pareça, é diferente: flexibilidade condicionada e flexibilidade incondicional.

A flexibilidade incondicional é a flexibilidade na qual os trabalhadores renunciam gratuitamente a determinados direitos ou os perdem ou o fazem numa simples expectativa, eventualidade ou esperança, por exemplo, de que o emprego aumente ou se mantenha. Não há, nesse caso, uma contraprestação determinada e exigível.

Por outro lado, a flexibilidade condicionada que, em termos de Direito Civil, deveria ser mais propriamente denominada “bilateral ou sinalagmática”, é, ao contrário, aquela na qual a renúncia ou perda dos trabalhadores tem uma compensação da parte do empregador e, eventualmente, do Estado. Os direitos ou benefícios dos trabalhadores são cedidos em troca de obrigações assumidas pelo empregador ou pelo Estado, e o não-cumprimento dessas obrigações faz “renascer” o direito trabalhista renunciado ou cedido.

Se, portanto, se atende a seu condicionamento ou a sua incondicionalidade, nem toda flexibilização autônoma e coletiva é condicional, e nem toda flexibilidade heterônoma é uma exação incondicionada e gratuita. Especialmente na América Latina, é possível ocorrer acordos coletivos nos quais os trabalhadores cedem direitos em troca de nada, diante de uma simples expectativa de que as coisas melhorem; na Europa, pelo contrário, são comuns casos de legislação negociada, que, reunindo o conveniado em pactos sociais ou acordos macro, acabam modelando negócios bilaterais ou sinalagmáticos, nos quais se verifica um verdadeiro “do ut des”.

d) Uma quarta classificação pode ser formulada com relação à matéria ou ao instituto trabalhista sobre o qual recai a flexibilização, já que podem ser flexibilizados o horário de trabalho ou a remuneração, o contrato de trabalho ou a dispensa, a mobilidade geográfica ou a funcional, etc.

Nesse terreno, é relativamente comum distinguir flexibilidade interna de flexibilidade externa.

A flexibilidade interna diz respeito a aspectos de uma relação de trabalho preexistente e que subsiste: pode recair no horário de trabalho e nos descansos, na remuneração e nas mobilidades geográfica ou funcional.

A flexibilidade externa, em compensação, refere-se ao contrato de trabalho *stricto sensu*, modificando as formas de contratação ou as de extinção do contrato. Fala-se assim de uma flexibilidade de entrada, quando se flexibiliza o ingresso na relação de trabalho, liberando o empregador de certos limites na liberdade de contratar ou facilitando as contratações atípicas, transitórias, temporárias, precárias, menos protegidas ou diretamente desprotegidas. E se alude a uma flexibilidade de saída, quando se facilita a dispensa, ou se ampliando as causas justas, diminuindo o valor da indenização ou as hipóteses de readmissão, etc.

e) Além dessas formas abertas, diretas ou transparentes de flexibilidade interna e externa, nas quais o instituto trabalhista em questão é alterado ou eliminado diretamente, há também formas indiretas ou dissimuladas de flexibilização. Trata-se de reformas aparentemente alheias à questão, mas que acabam produzindo efeitos flexibilizadores ou desreguladores de direitos trabalhistas substantivos. No Uruguai, onde não houve uma reforma flexibilizadora global, têm-se verificado, ao invés, algumas normas de efeitos flexibilizadores indiretos, como é o caso, por exemplo, da reforma processual, incluída na Lei n. 16.906, de 22 de dezembro de 1997, que dispõe que não podem ser reclamados créditos ou prestações trabalhistas exigíveis há mais de dois anos, prazo este que até então era de dez anos. Essa

norma, aparentemente processual e alheia à flexibilidade trabalhista, teve de fato importante efeito desregulador: foi uma poderosa norma promotora da flexibilidade de fato, já que, a partir de então, as infrações patronais, por reduções salariais ou falta de pagamento, converteram-se em riscos reduzidos, calculáveis e facilmente assumíveis. Outro exemplo semelhante é o de diversas normas de previdência social que declaram, embora só para efeito de geração de contribuições fiscais, que determinadas prestações do empregador ao trabalhador não são de natureza salarial ou que determinados serviços não constituem relação de trabalho subordinado. Embora essas disposições se esgotem – juridicamente – no âmbito das contribuições de previdência social, é inevitável que corram o risco de “se estenderem” ao terreno do Direito do Trabalho substantivo, “extensão” que, ao se produzir, torna-se sem dúvida desreguladora.

Num plano análogo a esse, tem-se também postulado a existência de uma flexibilidade jurisprudencial, quando, na falta de uma mudança normativa, a jurisprudência modifica sua orientação para interpretações desreguladoras ou mais favoráveis ao empregador do que as que até então vinha sustentando.

f) Num terreno em que concorrem o Direito do Trabalho e as relações de trabalho é possível distinguir flexibilidade jurídica de flexibilidade real ou flexibilidade de fábrica ou organização flexível do trabalho.

A flexibilidade jurídica é a flexibilidade a que vínhamos nos referindo e, na verdade, só seria necessária como apoio normativo, como facilitação normativa de uma flexibilidade real: a tecnologização ou automatização do processo produtivo ou outra mudança que supusesse determinada organização do trabalho “não fordista”.

A flexibilidade real, flexibilidade de fábrica, flexibilidade produtiva ou flexibilidade da produção diz respeito à adaptabilidade da organização produtiva.

Segundo alguns, a flexibilidade real depende de uma flexibilidade jurídica. Segundo outros, essa flexibilidade real independe da flexibilidade jurídica dos direitos dos trabalhadores; não dependeria dela, mas seria, inclusive, compatível com a manutenção da tradicional estrutura jurídica do trabalho. Por outro lado, as técnicas de organização flexível do trabalho (alta tecnologia, automatização, “estoque zero”, círculos de qualidade, grupos semi-autônomos) não requerem senão certas flexibilidades muito enfocadas (tempo de trabalho plurifuncionalidade), ao mesmo tempo que demandam alta e permanente capacitação.

Essas relativas convergências e divergências entre flexibilidade real e flexibilidade jurídica permitiram a formulação de outra classificação, catalogando-se como baixa flexibilidade a que busca a adaptação a custo da redução dos direitos dos trabalhadores e como alta flexibilidade a que, por sua vez, adapta equipes e processos produtivos, o que requer, evidentemente, investimentos e capacitação.

Em muitos países latino-americanos, reclama-se da flexibilização jurídica ou normativa, sem nenhuma contrapartida – que deveria ser prévia – de introdução de nova tecnologia, de novos investimentos, de novos sistemas produtivos. Em outras palavras, por ser ainda objeto de discussão determinar até que ponto a fábrica flexível requer um direito flexível, em muitos casos se exige a flexibilização do Direito para uma fábrica rígida.

h) Finalmente, seria forçoso distinguir flexibilidade jurídica de flexibilidade de fato, uma vez que, na situação atual de desequilíbrio das relações de trabalho em favor do poder patronal, é comum, mesmo na falta de toda mudança normativa, produzir-se uma desregulamentação ou flexibilização de fato, com o simples descumprimento ou a imposição

unilateral.

### 3. Fundamentos teóricos

Os fundamentos teóricos da proposta flexibilizadora são basicamente econômicos, de uma parte, e, de outra, tecnológico-produtivos, sem prejuízo da concorrência de outros fatores de origem diversa que, de uma maneira diferente, direta ou indiretamente, vêm a fortalecer a referida demanda.

Brevitatis causa, agora somente trataremos dos fundamentos econômicos, que são os mais importantes.

O principal fundamento teórico da flexibilidade – e especialmente de sua extrema variante, a desregulamentação – assenta-se nos postulados da escola econômica neoliberal.

O receituário neoliberal em matéria de trabalho é muito preciso: individualização das relações de trabalho até o limite do politicamente possível.

Para alcançar esse objetivo, postula, de uma parte, a não-intervenção do Estado nas relações individuais de trabalho, de tal forma que cada trabalhador, livre e individualmente, negocie com o empregador a venda de sua força de trabalho. Levada a suas máximas conseqüências teóricas – não realizadas e talvez na prática não realizáveis – essa proposta supõe a ab-rogação da legislação do trabalho e sua substituição pelo Direito Civil, assim como a abstenção estatal na área administrativa e judicial (com a conseqüente abolição da Administração do Trabalho e da Justiça especializada). Para que a individualização das relações de trabalho fosse completa, seria necessário, além disso, evitar a ação sindical, a autonomia e a autotutela coletivas.

Por essa razão, por outro lado, a segunda proposta trabalhista dos economistas neoliberais, após proscrever a intervenção estatal nas relações individuais de trabalho, consiste – numa aparente contradição – em postular a intervenção restritiva do Estado em matéria de relações coletivas de trabalho. Aqui, sim, – se diz – deveria haver legislação que proscrevesse ou limitasse – até o limite politicamente possível – a ação sindical, a negociação coletiva e o direito de greve. Por quê? Porque nessa concepção econômica, a ação sindical, a negociação coletiva e a greve são práticas monopolistas por meio das quais os trabalhadores procuram elevar artificialmente o preço da mercadoria que vendem – seu trabalho –, “sujando” o livre jogo da oferta e da procura entre o trabalhador individualmente considerado e o empregador concreto.

Até aqui a ortodoxia econômica neoliberal (Hayek e Friedman). Mas, além de não serem novos os questionamentos econômicos à proteção trabalhista – basta comparar os argumentos atuais que, nesse campo, se esgrimem a favor da flexibilização, com os argumentos formulados em quase todo o mundo por ocasião da adoção das primeiras leis trabalhistas, como as da limitação da jornada, por exemplo –, é forçoso lembrar que muitos direitos dos trabalhadores, especialmente os de sindicalização, negociação coletiva e greve, são, inquestionavelmente, direitos humanos reconhecidos nos grandes pactos e declarações universais e regionais, em quase todas as constituições e em várias normas internacionais do trabalho. E que a Constituição da OIT postula que “o trabalho não é mercadoria”.

Um pouco mais distante da teoria e no terreno das políticas, se diz que a desregulamentação e a flexibilização barateariam o custo do trabalho – aumentando o lucro da empresa – fato indiscutível – e que isso estimularia novos investimentos produtivos que, por sua vez, aumentariam o emprego que, finalmente, elevaria os salários e as demais condições de trabalho. De fato, no plano político, a necessidade de promover o emprego tem sido o

grande argumento das iniciativas desreguladoras e flexibilizadoras. Mas, além de certa inconseqüência teórica (Hayek e Friedman sustentam a necessidade de um desemprego funcional para manter baixos os salários), o certo é que, na prática, os pretensos efeitos dinamizadores do emprego não se têm verificado. Como se verá no final deste trabalho, a desregulamentação e a flexibilização, onde foram aplicadas, não teriam gerado emprego, mas, pelo contrário, teriam deteriorado a qualidade do emprego existente. E mesmo se assim não tivesse sido – e de fato o foi –, muitos direitos trabalhistas continuariam sendo direitos fundamentais.

## **II. ALTERNATIVAS TEÓRICAS E OPÇÕES DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA**

Definido o padrão conceitual da flexibilidade, cabe agora analisar quais têm sido as opções das legislações do trabalho latino-americanas diante das pressões flexibilizadoras. Para isso, procuraremos agrupar algumas das principais reformas legislativas ou iniciativas normativas em função de diversas alternativas teóricas possíveis.

Quatro advertências devem ser, desde já, registradas.

Primeira, que toda sistematização supõe algum grau de arbitrariedade a que se rende em nome da classificação, da interpretação e da pedagogia; portanto, é possível – embora sem cair nos excessos supostos na frase de Borges, segundo a qual “um sistema não é outra coisa que a subordinação de todos os aspectos do universo a um desses aspectos”, – que algumas experiências catalogadas como pertencentes a um determinado tipo contenham alguns elementos próprios de outro (toda realidade social é sempre mais diversificada e rica, e, do mesmo modo, menos “prolixa”, que as construções teóricas formuladas para compreendê-las e explicá-las).

Segunda, as normas comentadas não constituem um repertório exaustivo, mas exemplos que nos têm parecido representativos e ilustrativos.

A terceira advertência consiste em não se considerar, neste trabalho, todas as alternativas teóricas possíveis. Duas delas, particularmente importantes, não foram incluídas pelo fato de terem sido pouco praticadas na legislação trabalhista latino-americana. Uma consiste na autonomização e promoção das relações coletivas de trabalho, mantendo a estrutura do direito individual do trabalho a partir da constatação de que, na América Latina, a maior rigidez e restrição estão na legislação sindical. A outra propõe a “re-regulamentação” internacional das relações de trabalho, tendo em vista a importância de fenômenos tais como a globalização e a integração regional, que vão deslocando o centro de gravidade das questões sociais para fora das fronteiras nacionais e alimentam o surgimento de relações extranacionais de trabalho.

Um quarto esclarecimento: a tendência desregulamentadora estaria sendo freada. Como disse o chileno Sergio Gamonal, o Direito do Trabalho teria conseguido sobreviver ao terremoto flexibilizador.

### **1. Sistema tradicional e sua reafirmação defensiva**

O Direito do Trabalho clássico parte da constatação de uma desigualdade, de um desequilíbrio de poder entre o trabalhador individualmente considerado e seu empregador. Nessas condições, seria impossível a livre negociação individual do trabalho prestado em troca de uma remuneração sem criar péssimas condições de trabalho. Daí o surgimento de um Direito do Trabalho protetor da parte fraca nessa relação, proteção tanto de fonte heterônoma como autônoma.

A variante heterônoma ou estatal é gerada pelos três poderes: o Legislativo, por meio de uma legislação do trabalho unilateralmente protetora do trabalhador; o Executivo, por meio de uma Administração do Trabalho, e o Judicial, por meio de magistrados e de procedimentos especiais.

A vertente autônoma dá-se com o surgimento, posterior reconhecimento e final hierarquização, como direitos fundamentais do sindicato, da negociação coletiva e da greve, instituições e ações coletivas por meio das quais os trabalhadores exercem sua autotutela, na qual se pretende compensar, de certa forma, com a força do número, o poder econômico da outra parte da relação.

Na América Latina, tende a predominar a vertente heterônoma, com a particularidade, já assinalada, de que, enquanto a legislação do direito individual do trabalho tende a ser protetora do trabalhador, a que regula as relações coletivas do trabalho inclina-se para a restrição do exercício dos direitos de sindicalização, de negociação coletiva e de greve.

Na Europa, em compensação e sem prejuízo do predomínio da lei nos sistemas continentais, tem-se verificado maior predomínio da vertente autônoma e a preferência pela modalidade da legislação negociada, verdadeira combinação de heteronomia e de autonomia, na qual a heteronomia consolida e estende os efeitos da autonomia.

Essa legislação trabalhista protetora – mais ou menos heterônoma – foi se consolidando e se hierarquizando nos mais altos graus do ordenamento jurídico, consagrando muitos de seus aspectos centrais como direitos fundamentais ou direitos humanos reconhecidos nos grandes pactos, declarações, tratados e convenções internacionais e nas constituições, em processos paralelos e relativamente concomitantes de constitucionalização e de internacionalização dos direitos do trabalho que, iniciados respectivamente com a Constituição mexicana de Querétaro, de 1917, e com a Constituição da OIT, em 1919, ocuparam boa parte do século XX.

Este é, em poucas linhas, o sistema tradicional do Direito do Trabalho, objeto de questionamentos, já descritos na primeira parte da obra “*A flexibilidade*”, editado pela LTI, São Paulo 2002, das correntes desreguladoras ou flexibilizadoras. Mas, antes delas, uma das reações verificáveis, e, em alguns casos, verificadas, é a reafirmação daquele sistema tradicional a partir, entre outros, de dois fundamentos básicos.

De um lado, considera-se que permanece – e chega a se agravar – a desigualdade do trabalhador individual diante do empregador no contexto (pós) moderno de novas tecnologias, da caducidade do mundo bipolar da “guerra fria”, da globalização e do enfraquecimento sindical. A permanência e o eventual agravamento do desequilíbrio exigem uma ação de compensação, de reequilíbrio, tanto a partir da legislação heterônoma como da ação coletiva autônoma. Não se precisa de menos, mas de mais proteção.

Por outro lado, se diz que a proteção não só não deve ser eliminada nem diminuída com relação aos clássicos trabalhadores subordinados, mas estendida aos trabalhadores autônomos e “informais”, tão, ou mais ainda, necessitados de tutela que os primeiros. O clássico Direito protetor do trabalho subordinado converter-se-ia no Direito de toda atividade profissional, no Direito regulador de toda forma de trabalho humano, de maneira análoga à prevista, há meio século, por Paul Durand e Mario Devali.

Essa alternativa teórica – diante da demanda desregulamentadora, não de menos, mas de mais proteção – foi aplicada, na prática, em várias reformas legislativas adotadas na América Latina no começo da década de 90, embora em geral limitada ao trabalho subordinado.

A primeira delas foi a adoção da Constituição brasileira de 1988, que

constitucionalizou apreciável elenco de direitos sociais, aumentando o número dos até então incorporados, como direitos humanos, à norma jurídica de maior hierarquia, tanto como seu conteúdo essencial.

Algo análogo aconteceu com a Constituição colombiana de 1991, que ordenou a adoção de uma lei trabalhista protetora, fixando seu conteúdo mínimo, lei que não chegou a ser promulgada, e com a paraguaia de 1992.

Poder-se-ia também citar aqui a reforma da Constituição argentina de 1994, que, sem mudar as disposições trabalhistas preexistentes, incorpora expressamente declarações e convenções internacionais que contêm, elas sim, vários direitos trabalhistas. Por essa via aumenta o número de direitos do trabalhador constitucionalmente consagrados.

Além disso, a Constituição venezuelana do final de 1999 declarou que “nenhuma lei poderá estabelecer disposições que alterem a intangibilidade e a progressividade dos direitos e benefícios trabalhistas”, e que “os direitos trabalhistas são irrenunciáveis”, resultando “nula toda ação, acordo ou convenção que implique renúncia ou redução desses direitos”.

Em nível legislativo e fazendo referências a reformas globais ou à aprovação de novos códigos ou leis gerais do trabalho, destacam-se, nessa tendência, a Lei Orgânica do Trabalho, da Venezuela, de 1991, e os Códigos do Trabalho da República Dominicana, de 1992, e do Paraguai, de 1993.

Não se pode deixar de ressaltar que essa estratégia de reafirmação do Direito do Trabalho tradicional tem incluído frequentemente – como bem retrata a enumeração antecedente – uma estratégia constitucionalizadora. Com efeito, diante da iminência de uma onda flexibilizadora ou desreguladora, optou-se, quando politicamente possível, pela incorporação à “cidadela” da Constituição – teoricamente e por definição a norma mais rígida e mais difícil de ser modificada – do maior número possível de direitos trabalhistas, para assim melhor protegê-los de um ataque iminente.

Nesse sentido, cabe acolher, *mutatis mutandis*, as reflexões de Jean-Claude Javillier a propósito do significado da codificação. Décadas atrás, opiniões contrárias à codificação do Direito do Trabalho consideravam-na um esclerosamento (“endurecimento”?) que dificultaria o progresso da disciplina com a incorporação de novos e maiores direitos. Hoje, ao invés, tendo em vista a ofensiva desreguladora, a codificação – e também a constitucionalização, acrescentamos – pode agir como freio desse processo e, portanto, como preservação de direitos do trabalhador.

À diferença das demais, essa alternativa teórica e legislativa de reafirmação da proteção legislativa, administrativa, judicial e autônoma não põe problemas dogmáticos para o Direito do Trabalho, nem no plano técnico-formal nem no axiológico, já que se trata de manter ou reforçar suas técnicas e objetivos tradicionais, assim como de estendê-los a novos setores. As dúvidas ou problemas que levanta são de outra natureza e dizem respeito à sua viabilidade política e eficácia, pois a primeira condiciona a segunda. Em geral, não se privilegia uma vontade política protetora, pelo contrário, procura-se evitar a aplicação das normas tutelares ou esvaziar seu conteúdo. O que aconteceu com o artigo 53 da Constituição colombiana de 1991 é suficientemente ilustrativo.

Aliás, nos últimos anos, esta revalorização do protecionismo trabalhista tradicional estaria inspirando as últimas reformas legais na Argentina (2004) e no Uruguai (2005-2006): freio e revisão da flexibilidade anterior.

## 2. Desregulamentação imposta

A desregulamentação imposta tem sido freqüente e cada vez maior na América Latina. Responde à proposta teórica neoliberal, acima exposta, no item 4.a: eliminação ou redução da intervenção do Estado protetor do trabalhador individual e restrição da autonomia coletiva, ambas no limite do politicamente possível.

A teoria, em nenhum caso, foi posta inteiramente em prática. Mesmo em países que aplicaram ou aplicam uma política econômica fortemente liberal e que introduziram reformas trabalhistas de acordo com ela, manteve-se a existência de um Código do Trabalho ou de uma legislação especial e até – como já se disse – de normas irrenunciáveis. Não obstante, boa parte das reformas trabalhistas verificadas em nossos países, nas últimas décadas, foi claramente inspirada naqueles fundamentos e visavam a tais objetivos. Chegaram até onde foi politicamente possível.

A desregulamentação legislativa teve um importante e pouco lembrado antecedente remoto, pelo menos duas relevantes primeiras experiências ou reformas fundadoras, para, em seguida, estender-se a vários países.

a) O antecedente remoto e pouco lembrado da desregulamentação imposta na América Latina foi a Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966, que, no Brasil, promoveu a substituição da estabilidade decenal pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Hoje em dia, a substituição total ou parcial, por um fundo, da indenização por dispensa é um dos conteúdos habituais de todos os planos desreguladores ou de flexibilidade externa de saída. Mas, em 1966, foi uma novidade. Por isso, a criação do FGTS no Brasil foi, na verdade, a primeira reforma desreguladora da legislação trabalhista latino-americana, quando sequer se manejavam, no sentido atual, os termos e os conceitos de flexibilidade ou de desregulamentação. O fato de raramente ser reconhecida essa reforma brasileira como antecedente da tendência atual talvez se deva à sua não-consolidação num processo por não ter sido imediatamente seguida de outras reformas do mesmo gênero.

b) As primeiras experiências ou reformas fundadoras da desregulamentação imposta foram a legislação do “Plano do Trabalho” chileno de 1978/79 e a lei 1/86 de “Reforma do Trabalho” no Panamá.

O Plano do Trabalho chileno foi uma profunda desregulamentação da legislação trabalhista, de clara inspiração neoliberal, adotada durante a ditadura de Pinochet: grande ampliação dos poderes do empregador, diminuição dos direitos do trabalhador, minuciosa regulamentação restritiva das relações coletivas de trabalho e desmantelamento do Direito Processual do Trabalho especial. Não se tratou de um acidente ou incidente histórico, mas de concepção de toda uma legislação inspirada na desarticulação da ação coletiva e na maior individualização possível das relações do trabalho.

Dois esclarecimentos devem ser feitos sobre essa desregulamentação. Em primeiro lugar, confirma-se aqui que a tese neoliberal não foi posta em prática em todos os seus extremos; nem sequer se prescindiu, nesse caso, de um Código do Trabalho especializado nem do estabelecimento de algumas normas trabalhistas de ordem pública. Em segundo lugar, vale observar que, em 1990, com o restabelecimento de um governo civil, introduziram-se reformas “re-reguladoras” a cujo respeito opinam uns tratar-se de verdadeira “re-regulamentação”, enquanto outros consideram que não passou de simples “maquillage” que deixou intato o essencial do “Plano do Trabalho”. Novas reformas legais verificadas a partir de 2001 parecem ter por alvo mais evidente a *reproteção do trabalhador* (o *freio* da flexibilização).

A Lei 1/86 de Reforma do Trabalho do Panamá foi particularmente importante, não só e não tanto por seu conteúdo, mas, especialmente, por sua repercussão em outros países.

Entre outras disposições desreguladoras, essa lei panamenha diminuiu a “sobretaxa” das horas extras, instituiu uma espécie de isenção trabalhista para indústrias de exportação e declarou que ao trabalho em domicílio não se aplicaria a legislação trabalhista, inaugurando assim o que depois se chamou de “terceirização”, “externalização” ou a “fuga do Direito do Trabalho”. Mas a maior importância dessa norma foi o “efeito demonstração” que logrou produzir. A diferença do Plano do Trabalho chileno, a Lei da Reforma do Trabalho panamenha conseguiu inspirar outras modificações em países que reproduziram algumas de suas normas e até sua denominação.

c) A extensão da desregulamentação imposta produziu-se, entre 1990 e 1991, na Colômbia, Equador e Peru. A Argentina também poderia ser incluída nesse elenco, mas pelas razões que depois serão dadas, embora duvidosas, preferimos incluí-la em outro grupo.

A Lei 50 da Reforma do Trabalho, de 28 de dezembro de 1990, da Colômbia, com a mesma denominação que a lei panamenha e nela inspirada, consagrou uma desregulamentação muito maior com seus mais de cem artigos que modificaram profundamente o Código Substantivo do Trabalho.

Autorizou o funcionamento de empresas de trabalho temporário; propiciou a contratação precária ou por tempo determinado; facilitou, de diversas formas, a dispensa – incluindo a derrogação da estabilidade decenal do tipo da abandonada pelo Brasil em 1966; diminuiu notavelmente as hipóteses de responsabilidade empresarial; redefiniu restritamente o salário; ampliou as possibilidades de extensão da jornada. A única disposição que aumentou os benefícios do trabalhador foi a que estendeu a duração da licença-maternidade.

A Lei 133, de 1991, no Equador, baseou-se numa suposta aceleração do Pacto Andino – que não se verificou – que poderia afetar o emprego.

Como seu antecedente colombiano, a Lei n.133 ampliou as possibilidades de celebração de contratos precários ou de tempo determinado; facilitou a dispensa e limitou o exercício do direito de greve a propósito de uma “re-regulamentação” do Direito Coletivo do Trabalho. Ainda em sintonia com o antecedente colombiano, as únicas disposições in melius da lei equatoriana de 1991 referem-se aos direitos de trabalhadoras grávidas ou parturientes.

A experiência, porém, a mais paradigmática de desregulamentação imposta, verificada na década de 90, na América Latina, talvez tenha sido o processo de desregulamentação iniciado no Peru com os decretos legislativos de 1991.

Naquela ocasião, o Congresso outorgara faculdades ao Poder Executivo para baixar normas para fomento do emprego. No (ab?)uso dessas atribuições, o Governo baixou cerca de cem decretos legislativos, muitos deles em matéria de trabalho: habilitaram-se formas atípicas de contratação precária; modificaram-se normas sobre a estabilidade no emprego e sobre a participação nos lucros, na gestão e na propriedade das empresas; proibiu-se a inclusão de cláusulas de reajuste nas convenções coletivas (praticamente no mesmo momento em que, por outra norma, decretava-se o reajuste automático das tarifas postais e telegráficas) e se derogava toda a legislação trabalhista nas zonas francas e nas “zonas especiais de desenvolvimento”.

Posteriormente, foi baixada nova lei de relações coletivas de trabalho, que impunha a renegociação de todas as convenções coletivas “a partir de zero”, e sobreveio a ruptura institucional. Mais adiante, outras normas foram adotadas para “arredondar” a reforma.

Do mesmo modo que a Lei 1/86 do Panamá inaugurou o processo de terceirização, “expulsando” o trabalho em domicílio do Direito do Trabalho, as normas peruanas inauguraram o mecanismo de utilização das cooperativas de produção para a “externalização”.

Esse processo de desregulamentação imposta pode ser considerado paradigmático pela profundidade das reformas, por se tratar de uma imposição legislativa unilateral de desmelhoramento por incluir uma “re-regulamentação” do Direito coletivo e, inclusive, por se consolidar no contexto de uma ruptura constitucional e da dissolução do Tribunal de Garantias Constitucionais.

Não obstante, desde 2002 a jurisprudência do Tribunal Constitucional do Peru fez uma retomada da tutela trabalhista aplicando diretamente as normas constitucionais e internacionais e deixando de aplicar algumas daquelas leis flexibilizadoras.

—o—

Finalmente, deve-se sublinhar que *as reformas privatizadoras da previdência social* adotadas com diferente intensidade em muitos países latino-americanos (não no Brasil nem na Europa ocidental), forma parte fundamental, também, da política de des-regulamentação imposta e inspirada na escola econômica neoliberal.

### 3. Formas de flexibilização autônoma ou mista

Como já foi adiantado na primeira parte deste trabalho, é comum distinguir-se a desregulamentação unilateralmente imposta pelo Estado ou pelo empregador da flexibilização autônoma ou negociada coletivamente. Essa passagem da tutela estatal para o garantismo coletivo supõe, em primeiro lugar, que a legislação trabalhista ou parte dela deixa de ser absolutamente imperativa e indisponível, para passar a ser “disponível” por convenção coletiva: a autonomia coletiva poderia formular uma disposição diferente da legal. E, em segundo lugar, a autonomia coletiva não derroga a lei, mas a ela se superpõe: durante a vigência da convenção coletiva, suas disposições se aplicam no lugar da disposição legal, que não foi porém ab-rogada; permanece em vigor e retoma eficácia expirado o prazo da convenção coletiva ou por sua caducidade, sujeita a prazo ou condição. Em outras palavras, durante sua vigência, a convenção coletiva superpõe-se à lei, que “reaparece” no vencimento ou caducidade da convenção.

Esse é o mecanismo habitual pelo qual, no Direito do Trabalho tradicional, a convenção coletiva mais favorável “sobrepuja” a lei, deslocando-a para o âmbito de validade da convenção, sem derogá-la. A novidade é que, em termos de flexibilidade ou de disponibilidade coletiva da lei, a previsão autônoma poderia deslocar a heterônoma, mesmo quando não fosse mais favorável.

Essa disponibilidade coletiva ou flexibilização autônoma tem, certamente, várias vantagens sobre a desregulamentação. Mas tem também desvantagens e dificuldades.

Entre suas vantagens, cabe ressaltar a voluntariedade respeitosa da autonomia. Supõe também um controle sindical e permite – embora não garanta – que se produza uma flexibilidade condicionada ou com contrapartida.

Mas nem tudo são flores. A flexibilidade por meio da negociação coletiva tem também desvantagens e dificuldades.

A primeira dessas dificuldades é de ordem estritamente técnica. A disponibilidade coletiva da lei trabalhista supõe uma modificação de sua natureza de norma imperativa, de ordem pública. Isso requer reformas legislativas na maior parte dos países.

Mas, além disso, a eventual decisão política de assumir essa modificação levanta outro problema: qual deve ser o quantum da disponibilidade? Toda legislação trabalhista será disponível por negociações coletivas, mesmo in pejus? Ou só parte dela? Qual então?

Outra dificuldade de tipo técnico tem a ver com o campo de aplicação da disponibilidade coletiva, especialmente com relação aos trabalhadores não filiados ao sindicato, questão que tem concorrido para vitalizar as formas mistas de flexibilização ou de legislação negociada, que serão brevemente comentadas mais adiante.

Passando do plano da dogmática jurídica para o plano das relações de trabalho ou para terrenos partilhados por ambos os enfoques, surge a dificuldade de determinar o nível da convenção coletiva que pode dispor da previsão legislativa. Qualquer negociação de qualquer nível – centralizado ou descentralizado – pode estabelecer uma solução distinta da lei mesmo que não seja mais favorável? Se não, qual é o nível legitimado para produzir esse efeito?

Por outro lado, não deixa de chamar a atenção o fato de que a proposta de substituir a tutela legal por um garantismo coletivo se dê precisamente num momento de enfraquecimento sindical.

Por isso mesmo e tendo em vista não ser igual o enfraquecimento sindical em todos os países, tem-se verificado que a flexibilidade coletiva encerra o risco de acentuar a segmentação da mão-de-obra, já que setores agrupados em sindicatos fortes estariam em condições de preservar benefícios ou de negociar boas condições, enquanto setores com sindicalização menor ou mais fraca poderiam cair numa flexibilização incondicional. Esse risco de segmentação é maior quanto mais descentralizado é o nível de negociação.

Várias dessas dificuldades e desvantagens têm determinado que parte da doutrina proponha que a pretensa passagem do “garantismo estatal para o garantismo coletivo” (o que no Brasil chama-se de “prevalência do negociado sobre o legislado”), requer um período prévio de transição, no qual se deveria aprovar uma legislação que promova, sustente e apóie a sindicalização e a ação coletiva, para que esta se fortaleça e esteja em condições de negociar e co-administrar equitativamente a disponibilidade das normas legais.

Paralelamente, algumas das limitações da flexibilidade coletiva têm incentivado o surgimento de formas mistas de flexibilidade, especialmente a legislação negociada, na qual uma lei posterior reúne, com efeitos gerais e com a coerção do Estado, os acordos anteriormente realizados por convenção coletiva, pactos sociais ou acordos-marco.

Até aqui o que poderíamos chamar empoladamente de teoria da flexibilidade negociada ou da disponibilidade coletiva da lei trabalhista.

E, então, que se fez disso na prática?

Já foi dito que, na Europa, são práticas relativamente comuns tanto a convenção coletiva, que introduz uma flexibilidade negociada e com contraprestações exigíveis, como a legislação de consenso que reúne acordos autônomos. Vejamos agora algumas tentativas latino-americanas na matéria.

As próprias normas “enrijecedoras” já mencionadas contêm “válvulas de escape” flexibilizadoras, dado que na realidade, na prática, não há nem flexibilidade absoluta nem rigidez absoluta. Todos os regimes contêm uma mistura de rijeza e flexibilidade, com maior ou menor conteúdo de uma delas.

Assim, a Constituição brasileira de 1988, apesar de seu detalhismo, rigidez e extensão na proteção dos direitos dos trabalhadores, contêm “válvulas de escape” flexibilizadoras: permite-se flexibilizar, por convenção ou acordo coletivo, a jornada e o salário, habilitando, nessas matérias, a flexibilização propriamente dita: por meio da negociação coletiva.

É o caso de sublinhar que tem havido, no Brasil, importante desenvolvimento da flexibilidade coletiva, que, muitas vezes, excede os limites constitucionais e gera, por isso, problemas de licitude.

De modo semelhante, a “rígida” Lei Orgânica do Trabalho, da Venezuela, aprovada em 1990 e em vigor desde 1991, contém várias disposições flexibilizadoras e algumas até desreguladoras (como a que derroga a estabilidade numérica, substituindo-a por um regime indenizatório). Entre as disposições flexibilizadoras cabe destacar a que autoriza a distribuição da jornada de trabalho “mediante acordo entre patrões e trabalhadores” e uma fórmula original de negociação in pejus condicionada ou com compensação. Quando uma empresa alcançada por uma convenção coletiva em vigor considera-se incapaz de lhe dar cumprimento por dificuldades econômicas supervenientes, pode convidar o sindicato a renegociar na baixa. Em caso de se estabelecerem novas condições menos favoráveis, a contrapartida é a estabilidade do quadro enquanto durar o novo acordo.

### 3.1. *O caso argentino*

O processo flexibilizador desenvolvido na Argentina desde 1991 é de difícil catalogação. Embora o fosse desde o início, já que as primeiras normas adotadas tinham aspectos desreguladores e, ao mesmo tempo, ostentavam outros que pareciam constituir uma interessante tentativa de gerar uma flexibilidade autônoma ou legislações por consenso, e mais tarde davam a impressão de privilegiar formas de desregulamentação imposta.

O processo argentino de flexibilização iniciou-se com a Lei Nacional de Emprego de 1991, que adotou disposições com vistas à regularização do trabalho clandestino ou não registrado, criou um sistema de seguro por desemprego e instituiu diversas medidas de flexibilidade. Entre estas, destacava a introdução de numerosas formas de contratação de trabalho, atípica, precária ou menos protegida, embora sua celebração só pudesse ser habilitada por negociação coletiva, o que parecia garantir um controle sindical de flexibilidade externa de entrada, ao mesmo tempo em que se inaugurava a prática de uma flexibilização coletiva. Outras disposições autorizavam também a introdução de certas formas de flexibilidade interna (por exemplo, em matéria de horários) por meio da autonomia coletiva.

O segundo instrumento principal desse processo foi o Acordo-Marco para o Emprego, a Produtividade e a Equidade Social, de 25 de julho de 1994, a que se chegou depois do fracasso da tentativa do Poder Executivo de aprovar vários projetos de lei abertamente desreguladores. Celebrado pelo Governo com as centrais mais representativas de trabalhadores e empregadores e de conteúdo muito amplo, a maior importância desse Acordo-Marco – com relação ao tema de que agora nos ocupamos – assenta-se, de uma parte, no fato de conter numerosas disposições flexibilizadoras pactuadas pelas cúpulas sindical, empresarial e governamental e, por outra, no fato de introduzir expressamente a técnica da legislação negociada.

Esse pacto social proclama o princípio de que a negociação coletiva é o procedimento mais eficaz para a adequação das normas e práticas trabalhistas às novas necessidades da produção e do trabalho, numa clara alusão legitimadora da flexibilização coletiva.

Ao mesmo tempo, acorda-se, nesse pacto, legislar sobre novos contratos atípicos (os de experiência e de aprendizagem, entre outros), sobre um regime de trabalho especial para as pequenas e médias empresas e sobre incentivos fiscais para a solução extrajudicial de conflitos.

O Acordo-Marco de 1994 tem outros conteúdos de interesse – por exemplo, em matéria de direitos de informação e participação, formação profissional, abonos familiares,

riscos do trabalho e outros tantos – mas os recém-comentados são os mais relevantes para nossos fins.

Com base na “legitimação” conferida pelo Acordo-Marco, foi promulgada a Lei 24.465, de 1995, que modificou a Lei de Contrato de Trabalho, introduzindo quatro novas modalidades de contratação atípica: a aprendizagem – catalogada como não contrato de trabalho –, o contrato de tempo parcial, o de maiores de 40 anos, o de mulheres, portadores de deficiência e ex-combatentes da guerra das Malvinas e o contrato de experiência – regulado, em rigor, não como contrato, mas como um período legal durante o qual se presume que todo contrato de duração indefinida é “por experiência”.

É entre a adoção dessa lei e a da seguinte que, nos parece, produziu-se a ruptura que converteu o que era um processo de promoção da flexibilidade coletiva num processo de desregulamentação imposta.

De fato, o que chama a atenção na Lei 24.465 é que as modalidades contratuais por ela previstas já não precisam ser habilitadas por convenção coletiva, requisito previsto na Lei Nacional do Emprego, de 1991. Poder-se-ia ensaiar uma atenuante, argumentando que a autonomia coletiva já havia intervindo no Acordo-Marco de 1994, ao se estabelecer que se legisasse sobre esses temas. Certo, mas só parcialmente, porque uma coisa é a intervenção anterior da autonomia coletiva de cúpula acordando legislar e outra é a intervenção (posterior) da autonomia coletiva no âmbito inferior em que se concretizam ou se aplicam os contratos especiais.

Essa ruptura com a flexibilidade coletiva, anunciada na Lei 24.465, consolida-se com a adoção da Lei 24.467, de 1995, sob o regime das pequenas e médias empresas, que contém um capítulo especial sobre relações de trabalho. Nesse capítulo, permite-se que as “PyMES” (pequenas e médias empresas) recorram às modalidades de contratação precária sem prévia habilitação por convenção coletiva; é declarada a primazia – para as “PyMES” – da convenção coletiva de nível inferior sobre a de maior nível, e se lhes amplia, notavelmente, o elenco das instituições trabalhistas coletivamente disponíveis, inclusive a licença anual ordinária, o parcelamento do pagamento do 13º salário, mobilidade interna, as categorias profissionais e a extinção da relação de trabalho.

Essas normas coexistiram com outras que reformaram, claramente in pejus, a previdência social e o sistema de proteção contra os riscos do trabalho, ao mesmo tempo que derogaram vários estatutos especiais, o que permite avaliar o todo como um contexto desregulador, complementado com novas iniciativas que não se concretizaram: projetos de substituição – total ou parcial – da indenização por dispensa por um fundo de desemprego do tipo do FGTS brasileiro, projetos de descentralização da negociação coletiva e de desregulamentação das “obras sociais”.

Durante esse período, verificou-se também uma forma muito particular e discutida de flexibilização por negociação coletiva: a celebração de convenções coletivas que estabelecessem regimes especiais de trabalho para o pessoal de uma fábrica a ser instalada. Essas convenções coletivas para a instalação de novos estabelecimentos foram celebradas a partir de 1993 na indústria automotriz e mineradora.

Tratava-se, em todos os casos, de convenções coletivas de empresa – ou mesmo de estabelecimento – celebradas pelo sindicato do ramo, antes da instalação da fábrica. Como se pode avaliar, eram várias as particularidades: a) o sujeito celebrante é o sindicato de atividade ou de indústria (não podia ser um sindicato de empresa ou de estabelecimento, que ainda não existia); b) celebra-se uma convenção coletiva de estabelecimento onde ainda não há estabelecimento, planta ou fábrica; e c) não há tampouco trabalhadores nessa planta. Essas

particularidades ressaltam o interesse teórico que despertam essas convenções, já que põem em jogo uma série de conceitos básicos do Direito Coletivo do Trabalho: a) o da representatividade sindical, particularmente ampliada nesse caso, em que o sindicato não só representa a categoria abstrata em seu todo, mas o faz, mesmo quando não há nenhum trabalhador individualizado que tenha sido contratado para trabalhar nessa indústria e, independentemente, por isso mesmo, de distinções entre filiados e não filiados; b) o da estrutura sindical, dado que só um sindicato de ramo poderia celebrar esse tipo de convenções, já que o sindicato de empresa ou estabelecimento, por definição, inexistente numa empresa ou estabelecimento ainda inexistente; e c) os relacionados com a natureza e efeitos da convenção coletiva, uma vez que, nesses casos, a convenção coletiva exibe ao máximo seu caráter normativo, quase “legislativo”, e a extensão de seu âmbito de aplicação.

Essas convenções, tão particulares, são incluídas como exemplos de flexibilização coletiva, porque “dispõem” do regime legal aplicável e porque seu conteúdo é profundamente flexibilizador. No caso da convenção General Motors-SMATA (Córdoba), de 1993, incluía-se a habilitação para a celebração de contratos atípicos, anualização da jornada, plurifuncionalidade, organização do trabalho com base em grupos semi-autônomos, além de importantes previsões em matéria de formação profissional e de participação. O conteúdo das outras convenções desse tipo, celebradas entre 1994 e 1996, na verdade, foi mais pobre.

Natureza diferente teve a Ata de Coincidências, de 9 de maio de 1997, acordo bipartite celebrado entre o Governo argentino e a CGT – sem a participação dos empregadores – que significou um ponto de inflexão na política flexibilizadora da contratação. Com efeito, ali se acordou “promover a estabilidade no emprego” e, para isso, derogar as modalidades promovidas de contrato de trabalho (os contratos atípicos ou precários que a linguagem popular já chamava, naqueles tempos, de “contratos-lixo”), e criar uma nova modalidade contratual estável ou de longa duração. Esse pacto inspirava-se claramente no Acordo-Modelo para a estabilidade na relação de trabalho estável, contínua ou de longa duração.

A contrapartida desse “re-enrijecimento” argentino era a previsão de que a nova modalidade contratual de longa duração poderia ter um regime de extinção baseado numa indenização por dispensa ou num fundo de desemprego, opção a ser feita por convenção coletiva.

Numa nova experiência de legislação negociada (nesse caso só entre governo e sindicatos), a Lei 25.013 e o Decreto 1111/98, de setembro de 1998 derogaram os contratos precários e moderaram o montante mínimo da indenização por dispensa para os novos contratos de longa duração.

A Lei 25.250, de maio de 2000, chamada de “reforma trabalhista”, desencadeou uma tormenta política, inclusive a denúncia de suborno de legisladores, para aprovarem o projeto, e a renúncia do vice-Presidente da República argentina por considerar insuficientes a vontade e a decisão políticas de investigar a fundo e punir os eventuais responsáveis. Foi uma lei de múltiplos conteúdos, às vezes contraditórios. No que tange mais diretamente ao tema desta exposição, destacam-se três tipos de disposições: a ampliação do período de experiência, a promoção fiscal de contratação por tempo indeterminado e a descentralização da negociação coletiva.

Como as leis anteriores, essa também foi negociada com os sindicatos, mas só foi aceita por consenso por um setor do movimento sindical, provocando firme oposição de outro. Por outro lado, as particularidades de sua sanção parlamentar afetaram sua legitimidade política. E em seu conteúdo, até contraditório, prevalece a renascida pretensão desreguladora que, mais uma vez, foi seguida por aumento do desemprego e não por sua diminuição. Como

se verá, um ano depois de sua entrada em vigor, o desemprego argentino tinha voltado a subir a seus patamares históricos.

Em todo caso, é válido perguntar-se, num plano menos jurídico, mas provavelmente realista, até que ponto o poder político pressionou constantemente, durante todo esse processo de flexibilização mista, com a ameaça de tirar dos sindicatos a administração das “obras sociais”, para obter assim a aquiescência sindical a reformas trabalhistas desregulamentadoras ou flexibilizadoras. A tramitação do projeto de lei, referido no último parágrafo, não escapou a essa prática, que teria sido considerada como própria do governo anterior.

Deve-se acrescentar, ainda, que estas disposições argentinas de desregulamentação ou flexibilização conviveram com algumas (poucas) normas protetoras e “rígidas”, como as leis 25.323 e 25.345, de outubro e novembro do 2000, que aumentaram a indenização por demissão e criaram novas sanções aos descumprimentos quanto aos registros pelo empregador. É provável que estas leis tenham perseguido finalidades de arrecadação fiscal, mas também confirmam que não existe flexibilidade pura nem rigidez absoluta.

Finalmente – por enquanto – com a aprovação da lei que re-centralizou a negociação coletiva, inicia-se uma etapa que poderia ser chamada de *des-regulamentação* ou de *des-flexibilização*, acompanhada, também, por algumas sentenças nas quais a Corte Suprema de Justiça aplicou diretamente normas constitucionais e internacionais contrárias a disposições expressas de leis nacionais menos favoráveis ao trabalhador.

### 3.2. O caso brasileiro

Algumas analogias com determinados aspectos do processo argentino podem ser encontradas no Brasil.

Pelo menos desde 1995, vinham-se registrando acordos coletivos de empresa flexibilizadores, alguns deles amparados por disposições da Constituição brasileira de 1988 e outros francamente ilegais.

Nesse contexto, chamou a atenção a Portaria 865, de 14 de setembro de 1995, do Ministro do Trabalho, na qual os Fiscais do Trabalho foram instruídos para não impor sanções às empresas que descumprissem normas legais na aplicação de disposição de convenções ou acordos coletivos, em que se deveriam limitar a dar conhecimento do fato ao superior.

No mesmo ano, uma medida provisória sobre “livre negociação”: a) proíbe a correção salarial automática na negociação coletiva, mas ao mesmo tempo autoriza a correção automática nos outros contratos (civis) de duração superior a um ano (quase todos os acordos e convenções coletivas têm pelo menos essa duração); e b) derroga as cláusulas de renovação automática das previsões de correção já contidas em convenções e acordos coletivos.

Em 15 de dezembro de 1996, celebrou-se, entre o Sindicato dos Metalúrgicos da cidade de São Paulo e várias organizações de empregadores, uma convenção coletiva que criava o chamado contrato de trabalho individual flexível, forma de contratação com menos requisitos que os previstos na legislação e com isenções fiscais. Admitia-se, por exemplo, que esse contrato individual de trabalho fosse por prazo determinado, mesmo sem exposição de causa para tanto, admitia-se sua renovação e que só as horas efetivamente trabalhadas fossem remuneradas. Além disso, previam-se reduções impositivas.

Oito das doze cláusulas dessa convenção coletiva foram anuladas pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, a pedido da Procuradoria Geral do Trabalho – por serem contrárias à ordem pública trabalhista – mas, pouco depois, foi aprovada uma lei claramente

nela inspirada.

A Lei 9601, de 1998, sobre contrato de trabalho por tempo determinado habilitou a celebração desse tipo de contrato independentemente da causa objetiva exigida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Todavia, exigia que sua celebração fosse habilitada por convenção ou acordo coletivo, que supusesse aumento do quadro e que os contratos fossem registrados no Ministério do Trabalho. Essa lei veio, além disso, a legalizar e regulamentar a já referida prática negocial do “banco de horas”.

Nessa linha de promoção da flexibilidade negociada coletivamente inscrevem-se medidas provisórias registradas em 1999 e 2000, que: a) introduzem a figura da suspensão do contrato de trabalho para participação em cursos de formação profissional, com bolsa a cargo do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), sujeita à previsão em convenção ou acordo coletivo, à aquiescência do trabalhador e prévio aviso ao sindicato; b) regulamentam o trabalho em tempo parcial, confiando à negociação coletiva a regulamentação da passagem de trabalho em tempo integral para trabalho de jornada parcial; e c) ampliam para um ano o período de cálculo do limite de horas ao se aplicar o sistema de “banco de horas”.

Mas se, no até aqui exposto, as medidas brasileiras de flexibilidade autônoma ou mista se aproximam de algumas das argentinas, no Brasil consideram-se também outras formas – mais ou menos isoladas ou pontuais, mas muito variadas – de desregulamentação, pelas quais a flexibilização brasileira assemelha-se, nesse ponto, à prática uruguaia. Com efeito, do mesmo modo que no Uruguai, no Brasil não houve, pelo menos até agora, uma grande lei de flexibilização, mas muitas medidas concretas. Além das já referidas formas de flexibilização autônoma ou mista, verificam-se no Brasil também experiências de desregulamentação imposta, por via legislativa, administrativa e judicial.

Já foi dito que, no Brasil, deu-se a primeira forma de desregulamentação imposta, muito antes que se começasse a falar de flexibilidade e de desregulamentação, quando uma lei da década de 60 implantou a substituição da estabilidade decenal e da indenização por dispensa pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Outras formas de desregulamentação impostas, estas sim, já em plena eclosão da moda flexibilizadora, aconteceram na década de 90. Uma delas, que teve maior repercussão, foi a Lei 8.949, de 1994, sobre cooperativas, que dispôs que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não há vínculo de trabalho entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços da cooperativa”, disposição que, no estilo das registradas em alguns outros países, promoveu uma verdadeira “fuga do Direito do Trabalho”, gerando o desamparo absoluto dos trabalhadores “sócios” da cooperativa, que não podem responsabilizar a empresa principal nem a cooperativa: irresponsabilidade trabalhista absoluta.

Outra pode ser registrada no episódio, quase anedótico, da denúncia da Convenção Internacional do Trabalho 158, sobre o fim da relação de trabalho, apenas nove meses depois do registro de sua ratificação na OIT.

E uma terceira hipótese de desregulamentação pode ser identificada nas medidas provisórias que, a partir de 1995, criaram um regime de participação nos lucros. A natureza flexibilizadora dessas medidas, apesar de estabelecer prestação a favor dos trabalhadores, manifesta-se em diversos aspectos, a saber: a) essa participação nos lucros carece, por expressa disposição “legal” (da medida provisória), de natureza salarial, pelo que produz um “efeito de substituição”: os empregadores canalizam todo aumento salarial para essa via, com o que se reduz proporcionalmente o salário básico do trabalhador e as contribuições para a previdência social; b) promove a descentralização das relações coletivas de trabalho, já que essa participação refere-se aos lucros de cada empresa; e c) o regime em questão não só pode

ser negociado pelo sindicato, mas também por uma comissão ad hoc eleita pelos trabalhadores.

Exemplos brasileiros de desregulamentação administrativa podem ser encontrados na já citada Portaria 865/95, assim como numa portaria anterior, de 1990, que ampliou o prazo admissível dos serviços temporários.

Essa matéria, do trabalho prestado por meio de empresas prestadoras de serviço temporário, exemplifica também um caso de desregulamentação judicial: a operada, em 1993, pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que modificou a Súmula anterior, n.º 256, para ampliar o âmbito de licitude da contratação de empresas interpostas.

A enumeração da bateria de variadas iniciativas flexibilizadoras registradas no Brasil não estaria completa se nela não se incluisse uma referência à descentralização produtiva: instalação de plantas (des)articuladas, “consórcios modulares” ou “condomínios industriais”, como as fábricas de caminhões Volkswagen de Resende ou Ford de Taboão. Nestas, menos de 20% do pessoal é empregado pela empresa “principal” ou real; o restante pertence a empresas formalmente independentes ou autônomas, que assumem cada uma das etapas do processo de produção e venda, embora todas elas estejam instaladas no mesmo espaço industrial, operem de conformidade com pautas técnicas e econômicas fixadas e controladas pela principal, etc.

Do exposto, pode-se avaliar que, em matéria de flexibilização, a política trabalhista brasileira tem sido diversificada, ligando-se à argentina, em seu forte componente de flexibilização negociada ou com participação sindical, mas, em compensação, assemelha-se à uruguaia no recurso a outras muitas e variadas medidas desreguladoras ou flexibilizadoras concentradas em pontos concretos.

Ao contrário, o Brasil não caiu na tentação privatizadora da previdência, o que fizeram, sim, outros países latino-americanos, como Argentina, Chile, Peru, Uruguai etc.

#### 4. O caso uruguaio

Como já foi dito, no Uruguai não se promulgou uma lei geral de flexibilização ou de desregulamentação do tipo do Plano de Trabalho chileno dos anos 70 ou da Lei 50 da Colômbia, nem se verificou um processo sustentado de sucessivas mudanças legislativas como no Peru e na Argentina. Essa circunstância dá a impressão de que, em nosso país, não houve flexibilização da legislação do trabalho; aparentemente ter-se-ia conservado – até agora – o sistema tradicional, supostamente rígido.

Essa impressão, porém, é enganosa. De um lado, embora seja certo que não houve uma reforma flexibilizadora global que substituisse in totum um sistema rígido por outro flexível ou desregulamentado, verificou-se, em compensação, uma variada gama de mudanças concretas, específicas, “pontuais”, real ou pretensamente isoladas que, entretanto, em seu conjunto, produzem significativo efeito desregulador, embora, como bem destacam Rosenbaum e Garmendia, coexistam com a adoção de algumas normas protetoras do tipo clássico em outros aspectos, também pontuais e concretos.

Por outro lado, o sistema tradicional uruguaio não seria tão rígido como às vezes se supõe.

##### 4.1 Algumas características da legislação uruguaia

As características do tradicional sistema uruguaio da legislação do trabalho, que ora interessa tratar, são, como já foi observado, um tanto equívocas: aparentemente rígido em matéria de Direito Individual do Trabalho e aparentemente autônomo em Direito Coletivo do Trabalho.

A legislação trabalhista uruguaia é, sem dúvida, de inspiração protetora em matéria de relações individuais de trabalho, tal como o ordena o artigo 53 de sua Constituição. Mas, por não haver um código ou lei geral do trabalho, mas um conjunto inorgânico de leis especiais, e por serem essas leis normas concretas e específicas que deixam importantes espaços para a integração doutrinal e jurisprudencial, a legislação uruguaia abre significativo espaço para a flexibilidade. A isso se soma a circunstância de que, em muitos casos, o grau ou nível de proteção é notoriamente baixo, como acontece, por exemplo, com o montante da indenização por dispensa. Tudo isso foi claramente sistematizado por Barbagelata.

Em matéria de Direito Coletivo do Trabalho, a legislação trabalhista uruguaia é respeitosa da autonomia sindical, constituindo uma exceção na América Latina. A ausência de regulamentação heterônoma do sindicato, de lei reguladora das convenções coletivas e a inexistência de uma lei geral sobre a greve são os pilares de uma legislação trabalhista abstencionista em termos de Direito Coletivo do Trabalho. Todavia, esse autonomismo continha – do ponto de vista jurídico formal, pode-se sustentar que ainda contém – forte dispositivo de promoção, suporte ou apoio da negociação coletiva e, indiretamente, da estrutura sindical. Com efeito, os conselhos de salários funcionaram, desde sua criação até o início do período autoritário (1968) e depois durante os primeiros anos da reinstitucionalização democrática (1985 a 1990), como importante apoio à sindicalização e à negociação coletiva. Tradicionalmente vistos como mero mecanismo de fixação de salários, quando deixados de ser convocados, revelaram seu verdadeiro e fundamental efeito de promoção, suporte ou apoio das relações coletivas de trabalho. E esta foi, precisamente, uma das formas atípicas de flexibilização utilizadas no Uruguai.

#### *4.2 Algumas medidas flexibilizadoras ou desregulamentadoras*

a) Efetivamente, o que – parafraseando e mudando parcialmente o título de um trabalho de Rosebaum e Garmendia – poder-se-ia denominar “o discreto processo de flexibilização uruguaia” tem tido um de seus principais pilares na atitude governamental de não convocar os conselhos de salários, salvo em muitos poucos ramos de atividade. Essa retirada do Estado da negociação tripartite de salários-mínimos por categorias, em cada ramo de atividade, produziu um grave e evidente efeito de descentralização e de retração da negociação coletiva. Na falta de convocatória estatal, juntamente com uma práxis que não protege eficazmente a ação sindical nem reconhece a obrigação de negociar, e atuando ambas num período de enfraquecimento sindical, a negociação coletiva “desapareceu”. A de ramo ficou limitada a uns poucos setores ou ramos de atividade de forte presença sindical e registrou-se alguma negociação descentralizada por empresa, em algumas empresas e, freqüentemente, de desmelhoramento. Foi então que ficou evidente que o regime de conselhos de salários era muito mais que um método de fixação de salários-mínimos por categoria. De fato, havia funcionado, durante décadas, como a única intervenção estatal de proteção, suporte ou apoio da negociação coletiva e da atividade sindical centralizada. O direito sindical uruguaio, autônomo, sim, havia contado com essa legislação de promoção, suporte ou apoio que só nos revelou-se claramente como tal quando deixou de ser aplicada.

Tudo isso só pode ser bem entendido a partir do reconhecimento da atipicidade do Direito Coletivo de Trabalho uruguaio, em comparação com o predominante no restante da América Latina, na qual o intervencionismo e o regulamentarismo estatais nas relações coletivas de trabalho são claramente limitadores da ação sindical, da autonomia coletiva e da autotutela. Em compensação, no sistema do Direito Coletivo, predominante autônomo no Uruguai, a retirada da única legislação eficaz de promoção, suporte ou apoio, num momento

de desequilíbrio de forças, produz também, por via inversa, efeito profundamente depressor da ação coletiva, que acaba se refletindo no delicado equilíbrio entre intervenção, autonomia e promoção, suporte ou apoio.

b) Nesse contexto de fraqueza sindical, de proteção ineficaz contra os atos anti-sindicais, de desconhecimento – na prática – da obrigação de negociar e de abstenção estatal de convocar os conselhos de salários, era lógico que se produzisse uma descentralização e até individualização da negociação e que aparecessem cláusulas in pejus nas convenções coletivas. Há, hoje, no Uruguai, casos de flexibilidade gratuita ou incondicional pactuada em convenções coletivas, fundamentalmente de empresa, cuja maior parte das cláusulas são francamente ilegais, o que, além disso, deixa aberta importante margem de insegurança jurídica. Esta é assumida pelo empregador como um custo calculado e limitado com base na pressão do desemprego, da ação do art.29 da Lei 16.906, e em certa permissividade administrativa e judicial, fatores todos que, salvo o primeiro, são comentados brevemente nas linhas seguintes.

c) O artigo 29 da Lei 16.906, de 1998, é um perfeito exemplo do estilo da política de desregulamentação do trabalho praticada no Uruguai: prescinde de uma grande reforma que poderia levantar resistências e incorrer no risco de gerar alto custo político, e recorre, em vez disso, a uma modificação aparentemente menor, conjuntural, lateral, adjetiva, mas estratégica, já que, combinada com outros elementos, produz efeito profundamente desregulamentador.

Esta norma, incluída numa lei não trabalhista, de promoção de investimentos, reduz de dois para um ano o prazo de que dispunha o trabalhador para mover ações trabalhistas e de dez para dois anos a antigüidade de créditos ou benefícios a reclamar judicialmente, ou seja, o trabalhador despedido que reclamava, por exemplo, diferenças salariais ou férias não gozadas, podia exigir o pagamento da dívida acumulada nos últimos dez anos, enquanto, a partir de 1998, só pode reclamar pagamento da acumulada nos últimos dois anos, perdendo toda ação judicial de pretensão ao pagamento da gerada nos restantes oito anos.

Esta norma constitui uma forma de desregulamentação por extensão, indireta ou dissimulada, mas terrivelmente eficaz, já que, recorrendo a um instrumento não trabalhista – no caso, processual –, produz o imediato cerceamento de importante acumulação de direitos do trabalhador. Com efeito, essa norma reduz drasticamente o custo do descumprimento patronal e, por tanto, promove a desregulamentação unilateralmente imposta pelo empregador e a negociação coletiva in pejus: por um lado, o empregador que não pode ou não quer cumprir as obrigações trabalhistas pode incorrer no descumprimento, sabendo de antemão que a dívida judicialmente reclamável é limitada e calculável; por outro lado, essa circunstância limita a força dos sindicatos para resistir à adoção de tais cláusulas nas convenções coletivas.

Anteriormente, com uma lógica análoga e antitrabalhista, a Lei 15.982, de 1988, que instituiu o Código Geral do Processo, havia derogado o processo trabalhista especial, tornando aplicável aos juízos do trabalho o novo procedimento comum.

d) Outra forma de desregulamentação por extensão partiu do campo da previdência social. Com efeito, a Lei n.16.713, de 1995, que modificou o regime de pensões, legalizou um decreto anterior que, ao dispor que a prestação de serviços por empresas unipessoais não gerava contribuições sociais, embora essa técnica se limitasse ao aspecto contributivo da previdência social, acabou “se estendendo” ao Direito do Trabalho, propiciando a expulsão de muitos trabalhadores de seu âmbito, “disfarçando-os” em trabalhadores

autônomos ou empresas unipessoais. Essa obra de expulsão e de travestismo depois se completa ou se consolida com a tolerância derivada das desregulamentações ou flexibilizações administrativa, judicial e doutrinária a que se alude um pouco mais adiante.

e) Sem prejuízo do papel principal dessas formas de desregulamentação indireta, têm-se registrado também formas esporádicas, pontuais, específicas ou concretas de desregulamentação típica, mas concentradas num determinado instituto trabalhista ou a ele limitadas.

f) Por outro lado e como já foi adiantado, parece vir se registrando, nos últimos anos, algumas flexibilizações administrativa, judicial e até doutrinária.

Com efeito, no âmbito administrativo, não só se verifica a emissão de decretos ou regulamentos desregulamentadores, segundo já foi comentado, como aparecem também práticas de gestão da administração do trabalho inclinadas a introduzir flexibilizações ou a consolidar desregulamentações originárias de outros âmbitos. Assim, por exemplo, o Ministério do Trabalho inscreve no Registro de Convenções Coletivas, como se tais fossem, simples contratos individuais ou pluriindividuais, em geral de conteúdo in pejus e ilegal. Pareceria também estender-se a prática de revogar ou de não aprovar multas aplicadas pela Inspeção do Trabalho ou propostas pelos respectivos serviços técnicos por infrações constatadas.

Segundo alguns analistas, pareceria também se observar maior predisposição jurisprudencial para tolerar flexibilizações ou desregulamentações de duvidosa legalidade e constitucionalidade, assim como o aparecimento – mais esporádico – de posições doutrinárias alheias às tradicionais interpretações e construções técnicas protetoras, características da mais conhecida escola justralhista uruguaia.

A partir da mudança do governo de 2005, houve uma volta ao modelo tradicional uruguaio de Direito do trabalho protetor. Constituíram-se novamente os velhos *consejos de salarios* e aprovou-se uma lei de *proteção e promoção da atividade sindical* (lei 17.940 de 2006). O resultado imediato foi o ressurgimento e a re-centralização da negociação coletiva e o crescimento da afiliação sindical e da presença política e social dos sindicatos.

### III. CONCLUSÕES

A demanda flexibilizadora possuía muita ideologia e um pouco de verdade. Parece, portanto, necessário, primeiro, descartar as falácias e identificar os problemas reais, para, em seguida, identificar os fundamentos verdadeiros dessa pretensão e, finalmente, perguntar-se se é possível articular um sistema de Direito do Trabalho e de relações de trabalho que atenda, sim, às necessidades reais de adaptação, mas sem desproteger o trabalhador. Além disso, parece-nos que aquela pretensão tem, hoje, menos impulso: alguns países latino-americanos começaram a revisar as medidas de desregulamentação adotadas anteriormente e a aprovar novas leis protetoras no sentido clássico do Direito do Trabalho.

#### 1. Desculpabilização do Direito do Trabalho

As demandas de desregulamentação e de flexibilização, na verdade, respondem, em sua maior parte, à ineficiência econômica e ao atual desequilíbrio de forças entre capital e trabalho, utilizando-se determinada ideologia como fundamento.

A incapacidade do sistema econômico de criar ou manter emprego tem levado seus cultores a “culpar” o Direito do Trabalho, que seria um dos obstáculos à sua ação: talvez

se pudessem gerar (péssimos) empregos, se não houvesse (tantos) mínimos trabalhistas: eliminemo-los. É claro que essa pretensão conta com o beneplácito de muitos setores empresariais que acreditam ter chegado a hora de praticar uma espécie de “revanche patronal”: recuperar muitos direitos ou benefícios que foram sendo reconhecidos no decorrer de quase todo o século XX. O atual enfraquecimento sindical e o próprio desemprego, que supostamente deveria ser reduzido, aumentam o desequilíbrio de forças entre capital e trabalho a favor do primeiro. Os postulados econômicos neoliberais são utilizáveis para fundamentar a desregulamentação.

O certo, porém, é que nem a razão nem os números dão respaldo a essas hipóteses.

Quanto à razão, basta constatar que toda vez que a legislação criou ou aumentou um direito dos trabalhadores ou que um sindicato o propôs na ação coletiva, argumentou-se que sua incorporação afetaria a competitividade da empresa e/ou o emprego. Basta rever os debates a respeito da adoção das primeiras leis trabalhistas para se surpreender com a “atualidade” dos argumentos que lhes eram opostos. E que, na verdade, o Direito do Trabalho surgiu da necessidade de atenuar a exploração do trabalho humano, de tirá-lo do mercado (o trabalho não é mercadoria), diante de uma situação social explosiva no final do século XIX e começos do século XX. O desmantelamento dessa proteção corre o risco de produzir uma “nova questão social”. A exclusão – produto da concentração e da segmentação – já é um fato preocupante. Que umbral de exclusão pode tolerar uma sociedade democrática?

Misturando a razão com os números, é o caso de lembrar que os dois objetivos básicos da desregulamentação são baratear o custo do trabalho para melhorar a competitividade da empresa e aumentar o emprego ou diminuir a desocupação.

Acontece, porém, que, em geral, os direitos trabalhistas ou o grau de proteção do trabalhador afetam muito pouco o custo total da produção e menos ainda o preço de venda de um produto. Na indústria manufatureira, o custo do trabalho é ínfimo como percentual do custo total de produção e menor ainda como percentual de preço de venda. Pareceria que, em média, em nossos países, o custo do trabalho tenderia a situar-se em volta dos 10% do custo da produção. Por que então empenhar-se em responsabilizar esse fator pela pouca ou alta competitividade? Não seria mais razoável buscar soluções nos outros 90%? Se os custos do trabalho fossem medianamente importantes, como explicar que os países, nos quais a participação do salário na renda nacional é de 60%, 70% ou 80%, sejam mais competitivos que os nossos, nos quais a participação do salário na renda nacional é sempre inferior a 30%? Por que, numa época de tanta manipulação estatística, econométrica, numérica, é tão difícil encontrar medições do percentual do salário no custo total da produção e no preço de venda do produto?

Em relação ao suposto efeito positivo da desregulamentação/flexibilização sobre o emprego, as simples cifras são eloquentes.

Na Espanha, o processo de flexibilização da contratação do trabalho iniciou-se, fundamentalmente, a partir de 1984, com uma taxa de desemprego da ordem de 10%. Após uma década de reformas flexibilizadoras, o desemprego, que deveria ter baixado, subiu para cerca de 22%. Resultado: menos trabalhadores ocupados, menos protegidos. Em 1997, reage-se contra isso e se celebra o citado Acordo Internacional de Estabilidade no Emprego para promover o contrato de longa duração. E, curiosamente, o desemprego cai moderadamente para 18 ou 19%, e continua em declínio até os 12% atuais.

Na Argentina, todos se lembram que o Presidente Alfonsín foi forçado a entregar o governo antes do tempo com uma altíssima inflação, mas não se lembram de que o

fez com uma taxa de desemprego de 6%, que hoje se consideraria como pleno emprego. O processo de flexibilização iniciado em 1991 foi acompanhado de um persistente aumento da desocupação (que chegou a 20%) e da contratação precária (que chegou aos 85% anuais). Como na Espanha, procurou-se reagir, em 1997, promovendo-se a contratação de longa duração e derogando-se os contratos de “promoção do emprego”. O desemprego caiu moderadamente para 14 ou 15% no começo de 2000. Curiosamente, nos meados desse ano foi aprovada a Lei 25.250, que reintroduziu alguns mecanismos de desregulamentação, como a ampliação do período de experiência e a descentralização da negociação coletiva. O desemprego não baixou mais, mas manteve sua tendência de queda e voltou a subir, aproximando-se, um ano depois, em junho de 2001, do pico histórico de 1996 e começos de 1997, para logo alcançar níveis ainda maiores.

No Chile, depois da reforma trabalhista de 1978/79, o desemprego também aumentou persistentemente até 20% e só diminuiu após a adoção de drásticas medidas macroeconômicas – inclusive uma hiperdesvalorização – totalmente alheias ao trabalho. Ai, sim, o desemprego baixou para cerca de 7%. Em 1990, deu-se novamente a “re-regulamentação”, que alguns consideram verdadeiro “enrijecimento” e outros, mera “maquillage”. Seja como for, o desemprego continuou baixando até mais ou menos 4% para voltar a subir até 10% em 1999, sem nenhuma mudança importante na legislação trabalhista. Hoje o desemprego continua nesse nível.

Na Colômbia, em 1985, houve o chamado relatório Chennery, que “demonstrava” que os problemas econômicos, inclusive os de emprego, eram devidos a uma legislação trabalhista exageradamente protetora, contida no Código Substantivo do Trabalho. O desemprego oscilava entre 5 e 6%, quando em 1990 foi aprovada a Lei da Reforma Trabalhista, inspirada naquele relatório e que desregulamentava na forma já descrita. Hoje, o desemprego na Colômbia aproxima-se de 20%.

No próprio Uruguai, o percentual histórico do desemprego (perto de 10%), crescera até mais de 20% no lapso de flexibilização já comentado.

Se se traçar um gráfico com esses dados, marcando as datas das reformas desregulamentadoras ou flexibilizadoras e se forem superpostas à linha do desemprego, poder-se-ia “demonstrar” que a flexibilização gera desemprego. Talvez não seja assim, mas o nível de emprego seja muito mais suscetível às grandes variáveis macroeconômicas (taxa de juros, taxa de câmbio, investimento, poupança) que à rigidez ou fraqueza da legislação do trabalho.

Há vários anos que na OIT se vem duvidando da relação entre desregulamentação e emprego. Nas publicações mais recentes, já se afirma abertamente que, em geral, as reformas flexibilizadoras não têm contribuído para gerar emprego, mas, em compensação, teriam contribuído para deteriorar a qualidade do emprego restante.

Talvez o mais significativo seja o relatório da OCDE, de junho de 1999, sobre perspectivas do emprego, no qual se sustenta que o rigor da regulamentação do trabalho tem pouca ou nenhuma incidência sobre o nível global do emprego, que a flexibilidade exacerbou as pressões a favor de um refortalecimento das medidas de ordem pública ou privada de proteção do emprego e que a alta proteção trabalhista diminui a rotatividade no emprego.

O fato é que o verdadeiro problema do emprego não é o Direito do Trabalho nem o sistema de relações de trabalho, cuja incidência no emprego é muito relativa. O verdadeiro problema é um sistema econômico que destrói mais do que gera postos de trabalho. A substituição da mão-de-obra por tecnologia, a possibilidade técnica de produzir com menos mão-de-obra, mais a conveniência economicista de manter um desemprego funcional são os reais problemas. E a solução não está no Direito do Trabalho, mas fora, porque o problema

em si está fora. A solução não pode ser uma progressiva degradação das condições de trabalho, porque seria suicida e porque, além disso, nenhum empregador contrata trabalhador de que não precisa, só porque é mais “barato”, e nenhum empregador deixa de contratar trabalhador de que precisa, porque é um pouco mais “caro”.

Ainda mais. O lançamento, na OIT, da noção-objetivo do trabalho decente significa sublinhar a importância da qualidade do emprego e dos direitos dos trabalhadores, depois de muitos anos de preocupação quase exclusiva com a quantidade de emprego.

## **2. A parcela de verdade na pretensão flexibilizadora**

Mas nem tudo é pura ideologia ou desequilíbrio de poderes na demanda de flexibilização. Há também uma parcela de verdade, que se refere aos efeitos das novas tecnologias sobre as possibilidades de introduzir novas formas de organização do trabalho, e à crescente importância do conhecimento na sociedade como um todo, assim como na produção e no trabalho.

Com efeito, como já foi dito, a fábrica flexível pode exigir certas adaptações, relacionadas sobretudo com a plurifuncionalidade e com a distribuição do tempo de trabalho, enquanto a rapidez das mudanças tecnológicas, somada à crescente importância do conhecimento, requer capacitação permanente e ativa participação do trabalhador. Mas acontece que estas são incompatíveis com um emprego precário, de curta duração, “descartável”. Como atender, então, às necessidades reais de flexibilização que parecem ser incompatíveis com outros requisitos da produção e gestão modernas do pessoal? Isso é possível? Como articular um modelo alternativo do Direito do Trabalho e de relações de trabalho que atendam às necessidades de adaptação flexível às novas tecnologias, mas sem desproteger o trabalhador?

Segundo nos parece, esse sistema alternativo poderia conter os seguintes elementos: continuidade da relação individual de trabalho, formação profissional e mobilidade funcional, redução e flexibilidade do tempo de trabalho, liberdade sindical e negociação coletiva, rede de previdência social ou de mecanismos de proteção social e de inclusão, acompanhados de uma inevitável “re-regulamentação internacional”.

### **a) Continuidade**

A rotatividade ou precariedade no emprego não é só um desconhecimento de direitos do trabalhador, nem uma fonte de instabilidades psíquicas e familiares, mas tem demonstrado também sua disfunção econômica.

Com efeito – e não é este o momento nem o lugar apropriado para desenvolvê-lo – cada vez mais a capacidade do pessoal de uma empresa ou da mão-de-obra de um país é, juntamente com a infra-estrutura de comunicação, uma definidora vantagem comparativa. Por isso, o investimento na capacitação e no envolvimento do pessoal são dois axiomas básicos da direção do pessoal. Ora, como pretender que uma empresa invista na capacitação de trabalhadores que brevemente vão deixar o seu quadro? E como pretender que o trabalhador se envolva nos objetivos da empresa na qual ele sabe que brevemente não estará trabalhando? De fato, parece que, nessa matéria, está se verificando uma reviravolta, com a revalorização da continuidade do trabalhador na empresa. As reformas espanhola e argentina de 1997 parecem se encaminhar nessa nova direção.

### **b) Capacitação**

Pelo exposto, a formação profissional é hoje essencial: para o trabalhador que,

ao se capacitar, melhora suas possibilidades de obter ou manter o emprego, e para a empresa, que tem no pessoal capacitado uma de suas mais sólidas vantagens comparativas.

Além disso, porém, assim como só a continuidade permite o investimento em capacitação e motivação para o envolvimento, a capacitação contínua é, por sua vez, requisito essencial da plurifuncionalidade. É certo que a fábrica flexível requer plurifuncionalidade, mas a plurifuncionalidade requer capacitação e esta precisa de continuidade.

Por sua vez, do ponto de vista do trabalhador, a plurifuncionalidade pode ser vista como a contrapartida de sua continuidade na empresa, para a qual a capacitação é, por sua vez, essencial. Fecha-se assim um “círculo virtuoso”, de interesse mútuo, de continuidade, capacitação, plurivalência e envolvimento.

#### c) Redução e flexibilidade da jornada de trabalho

Algumas formas de organização do trabalho funcionam melhor com uma ampla modulação (semanal, mensal ou anual) da limitação da jornada, o que pode atuar, de um lado, como redução de custos salariais para o empregador e de redução do valor remuneratório para o trabalhador, com compensação de eventuais horas extras. Pode ser também um mecanismo de continuidade do emprego, como alguns (nem todos) sistemas de “bancos de horas” pactuados em convenções coletivas brasileiras.

Mas esse tipo de flexibilização da jornada deve acompanhar a tendência inevitável para a redução do tempo de trabalho. Com efeito, esta é uma incontroversa tendência histórica, mas, além disso – agora – inevitável com a introdução da automatização. A redução da “carga horária” do total de horas trabalhadas não é uma consequência inevitável da substituição da mão-de-obra pela tecnologia. Acompanhar, governar, gerir, administrar esse processo, para que seja equitativo e eficaz, parece uma opção inteligente. E se for conveniente modular o tempo de trabalho, essa flexibilização deverá vir acompanhada da redução, que é, além disso, consequência natural do melhor aproveitamento ou de melhor distribuição das horas de trabalho. Redução e flexibilização do tempo de trabalho podem ser consideradas como os dois lados de uma mesma moeda.

#### d) Liberdade sindical

A liberdade sindical em sua mais ampla acepção (inclusive a negociação coletiva e o direito de greve) deve ser, sem sombra de dúvidas, o elemento central desse modelo alternativo. Em primeiro lugar – e isso bastaria – por se tratar de direitos humanos fundamentais. Mas, em segundo lugar – e disso se esquece com frequência – porque o sindicato e a negociação coletiva são instrumentos de governo do sistema de relações de trabalho. Isso alcança especialmente, com certeza, a própria viabilidade de flexibilização num sistema democrático.

#### e) Rede de previdência social ou de formas de proteção social

Em termos políticos, o maior risco do atual sistema econômico, assim como um de seus aspectos mais injustos, é a exclusão. Por mais que se procure estendê-lo e aperfeiçoá-lo, o Direito do Trabalho não pode cobrir toda a população potencialmente ativa (PEA) nem toda a que precisa de sustento. Mais ainda, pelas razões já explicadas, o atual sistema produtivo tende a aumentar o número de excluídos e a diminuir o de incluídos.

Por isso, é hoje mais, e não menos necessária, uma rede de previdência social e de mecanismos de proteção social que garanta a inclusão social dos que – definitiva ou temporariamente – não dispõem de emprego.

### **f) “Re-regulamentação” internacional**

O Direito do Trabalho e as relações de trabalho já estão desenvolvendo – e deverão desenvolver muito mais até amadurecê-la integralmente – uma dimensão extranacional, tanto regional – nos espaços de integração, como a União Européia e o MERCOSUL –, como internacional.

Normas internacionais do trabalho, declarações e pactos de direitos humanos – inclusive direitos dos trabalhadores –, cláusulas sociais, pactos sociais e convenções coletivas bi, pluri ou multinacionais já são realidades mais ou menos incipientes segundo os casos, mas de desenvolvimento necessário e inevitável. Não se tratará – pelo menos no médio nem no relativamente longo prazo – de substituir os direitos e sistemas nacionais, mas, sim, de se lhes sobrepor, convivendo e interagindo com eles. A globalização e a regionalização criam novos cenários para as relações de trabalho, cenários extranacionais nos quais é preciso atuar como atores e segundo as regras dessa dimensão. A globalização e a regionalização fazem parte de um processo no qual o alcance dos estados nacionais e de suas instituições (Direito, governo), assim como o de todas as instituições estritamente nacionais (sindicatos nacionais), reduz-se persistentemente: é, portanto, indispensável “re-regulamentar” o nível em que se travam as relações e onde efetivamente residem os fatores de poder.

### **3. O papel do Judiciário**

O papel do Judiciário é fundamental não somente para a diminuição ou eliminação da flexibilidade jurisprudencial – quando não justificada - mas também, muito especialmente, na aplicação direta das normas constitucionais e internacionais sempre de hierarquia superior e geralmente mais protetoras do que as leis, decretos, portarias e até convenções ou acordos coletivos, muitas vezes flexibilizadoras. O Tribunal Constitucional da Colômbia, as Cortes Supremas da Argentina e Costa Rica e a Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, têm começado esse processo, que deve continuar.

**Publicação:**

- Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região -

**Projeto gráfico, impressão e acabamento:**

- Secretaria de Apoio Administrativo -

- Setor de Gráfica -

- Setor de Encadernação -

---