

## Tribunal Regional do Trabalho

2ª Região - São Paulo/SP

Ricardo ANTUNES

José Affonso DALLEGRAVE Neto

Carlos Roberto GONÇALVES

Jucirema Maria Godinho GONÇALVES

Salvador Franco de Lima LAURINO

Alysson Leandro MASCARO

Raimundo Simão de MELO

José Ignácio Botelho de MESQUITA

Flávia PIOVESAN

Ari Marcelo SOLON

Manoel Carlos TOLEDO Filho

Revista da

Escola da  
Magistratura  
**em**

Tribunal Regional do Trabalho

2ª Região - São Paulo/SP

Ricardo **ANTUNES**

José Afonso **DALLEGRAVE** Neto

Carlos Roberto **GONÇALVES**

Juchrena Maria Godinho **GONÇALVES**

Salvador Franco de Lima **LALURINO**

Alysson Leandro **MASCARO**

Raimundo Simão de **MELO**

José Ignácio Botelho de **MESQUITA**

Flávia **PIOVESAN**

Ari Marcelo **SOLON**

Manoel Carlos **TOLEDO** Filho

Ano 3 - nº 03  
Setembro - 2008



---

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

2008

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

Presidente

**Desembargador Antonio José Teixeira de Carvalho**

Vice-Presidente Administrativo

**Desembargador Delvio Buffulin**

Vice-Presidente Judicial

**Desembargadora Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva**

Corregedor Regional

**Desembargador Decio Sebastião Daidone**

**DIREÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA**

Diretor

**Desembargador Antonio José Teixeira de Carvalho**

Coordenadores

**Desembargadora 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**

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

- nº 3 (set.2008) -
- 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)

---

---

**Palavra do Desembargador Presidente do**  
**Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região para a revista da**  
**EMATRA**

*Quem atua no Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região e conhece a nossa realidade sabe que esta Corte responde pela mais significativa parcela dos números apresentados pela Justiça do Trabalho no Brasil. Além de enorme a quantidade de feitos apreciados, também são extremamente variadas as atividades empresariais de onde advêm os conflitos a nós submetidos.*

*Por estes motivos, são muito ecléticos os cursos e palestras desenvolvidos pela Coordenação da Escola da Magistratura desta Corte, visando o aprimoramento de juízes e servidores. Da mesma forma, os temas aqui discutidos adquirem importância para outros Regionais à medida que apontam para discussões de vanguarda, temas que ainda despontam nas lides obreiras e que sugerem a jurisprudência que se formará.*

*Logo, é grata a minha satisfação ao apresentar a Revista da Escola da Magistratura contendo as realizações desta gestão. À certeza de sua importância para os operadores do Direito, soma-se nossa gratidão aos coordenadores da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região: a Desembargadora Lizete Belido Barreto Rocha e os juízes Carlos Roberto Husek, Salvador Franco de Lima Laurino e Patrícia Therezinha de Toledo.*



**Antonio José Teixeira de Carvalho**  
Desembargador Presidente do Tribunal

---



---

## **AGRADECIMENTOS**

*Em seu terceiro número, a Revista da Escola da Magistratura do Trabalho da 2ª Região reúne artigos de Magistrados, Professores, Membros do Ministério Público, Advogados e tantos outros doutrinadores que enriqueceram o debate jurídico em nossas atividades do ano de 2008.*

*Amplia-se, desse modo, o acesso às atividades da Escola, cumprindo-se um dos maiores objetivos da instituição, que é a divulgação do trabalho científico e do pensamento acadêmico em prol do aprimoramento dos Juízes e de todos os cultores do Direito.*

*Mais uma vez, os nossos agradecimentos são dirigidos a cada um daqueles que, além das palestras proferidas, honraram-nos com artigos vinculados aos temas de suas participações nas atividades do ano de 2008.*



**Desembargadora Lizete Belido Barreto Rocha**

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

---



## SUMÁRIO

·“Dimensões da Precarização Estrutural do Trabalho” <b>ANTUNES, Ricardo</b> .....	<b>10</b>
·“Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho” <b>DALLEGRAVE NETO, José Affonso</b> .....	<b>25</b>
·“Teoria Geral da Responsabilidade Civil” <b>GONÇALVES, Carlos Roberto</b> .....	<b>37</b>
·“O Porto” <b>GONÇALVES, Jucirema Maria Godinho</b> .....	<b>51</b>
·“Questões atuais sobre a substituição processual” <b>LAURINO, Salvador Franco de Lima</b> .....	<b>77</b>
·“Sobre Cidadania e Direito” <b>MASCARO, Alysson Leandro</b> .....	<b>91</b>
·“Acidente de Trabalho – Responsabilidade com e sem Culpa” <b>MELO, Raimundo Simão de</b> .....	<b>97</b>
·“O Devido Processo Legal” <b>MESQUITA, José Ignacio Botelho de</b> .....	<b>123</b>
·“Proteção e Justiciabilidade dos Direitos nos Planos Global, Regional e Local” <b>PIOVESAN, Flávia</b> .....	<b>139</b>

·*“Sistema e Ordenamento Jurídico: Origens do Pensamento Sistemático no Direito”*

**SOLON**, Ari Marcelo ..... **183**

·*“A Reforma Indireta do Processo Trabalhista Brasileiro (ou a Mendicidade do Processo do Trabalho frente às Inovações ocorridas no Processo Civil)”*

**TOLEDO FILHO**, Manoel Carlos ..... **193**

## Ricardo Antunes

Professor Titular de Sociologia do Trabalho no IFCH/UNICAMP e autor, entre outros livros, de *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil* (coordenador, Boitempo, 2006), *O caracol e sua Concha: ensaio sobre a nova morfologia do trabalho* (Boitempo, 2005); *Os Sentidos do Trabalho*, (Boitempo), entre outros livros. Coordena também as Coleções *Mundo do Trabalho* (Boitempo) e *Trabalho e Emancipação* (Ed. Expressão Popular).

Colaborador de várias publicações no Brasil e no exterior.

É também pesquisador do CNPq.

### ***DIMENSÕES DA PRECARIZAÇÃO ESTRUTURAL DO TRABALHO***

#### I

Já se tornou lugar comum dizer que a classe trabalhadora vem sofrendo profundas mutações, tanto nos países centrais, quanto no Brasil. Sabemos que quase um terço da força humana disponível para o trabalho, em escala global, ou se encontra exercendo trabalhos parciais, precários, temporários, ou já vivenciava a barbárie do desemprego. Mais de um bilhão de homens e mulheres padecem as vicissitudes do trabalho precarizado, instável, temporário, terceirizado, quase virtual, dos quais centenas de milhões têm seu cotidiano moldado pelo desemprego estrutural. Se contabilizados ainda os dados da Índia e China, a conta se avoluma ainda mais.

Há, então, um movimento pendular que caracteriza a classe trabalhadora: por um lado, cada vez *menos* homens e mulheres *trabalham muito*, em ritmo e intensidade que se assemelham à fase pretérita do capitalismo, na gênese da Revolução Industrial, configurando uma redução do trabalho estável, herança da fase industrial que conformou o capitalismo do século XX. Como, entretanto, os capitais não podem eliminar *completamente* o trabalho vivo, consegue reduzi-lo em várias áreas

e ampliá-lo em outras, como se vê pela crescente apropriação da dimensão cognitiva do trabalho. Aqui encontramos, então, o traço de *perenidade* do trabalho. (Antunes, 2005).

No outro lado do pêndulo, cada vez *mais* homens e mulheres trabalhadores encontram *menos trabalho*, esparramando-se pelo mundo em busca qualquer labor, configurando uma crescente tendência de precarização do trabalho em escala global, que vai dos EUA ao Japão, da Alemanha ao México, da Inglaterra ao Brasil, sendo que a ampliação do desemprego estrutural é sua manifestação mais virulenta.

Contrariamente, entretanto, às teses que advogam o fim do trabalho, estamos desafiados a compreender o que venho denominando como a *nova polissemia* do trabalho, a sua *nova morfologia*, isto é, sua *forma de ser* (para pensarmos em termos ontológicos), cujo elemento mais visível é o seu desenho multifacetado, resultado das fortes mutações que abalaram o mundo produtivo do capital nas últimas décadas. Nova morfologia que compreende desde o operariado industrial e rural clássicos, em processo de encolhimento, até os assalariados de serviços, os novos contingentes de homens e mulheres terceirizados, subcontratados, temporários que se ampliam.

Nova morfologia que pode presenciar, simultaneamente, a retração do operariado industrial de base tayloriano-fordista e, por outro lado, a ampliação, segundo a lógica da flexibilidade-toyotizada, das trabalhadoras de *telemarketing* e *call center*, dos *motoboys* que morrem nas ruas e avenidas, dos digitalizadores que laboram (e se lesionam) nos bancos, dos assalariados do *fast food*, dos trabalhadores dos hipermercados etc.

Se nos países do Norte ainda podemos encontrar alguns poucos resquícios do *welfare state*, do que um dia denominamos *estado de bem estar social* - ainda que o padecimento do trabalho e o desemprego também sejam seus traços ascendentes - nos países do Terceiro Mundo, os trabalhadores e trabalhadoras oscilam, cada vez mais, entre a busca quase inglória do emprego ou o aceite de qualquer labor.

Na China, por exemplo, país que cresce a um ritmo estonteante, dadas as tantas peculiaridades de seu processo de industrialização hipertardia - que combina força de trabalho sobrando e hiper-explorada com maquinário industrial-informacional em lépido e explosivo desenvolvimento - também lá o contingente mais proletário vem se precarizando intensamente, sofrendo forte redução, em decorrência das mutações em curso naquele país. Segundo Jeremy Rifkin (2004), entre

---

1995 e 2002 a China perdeu mais de 15 milhões de trabalhadores industriais. Não é por outro motivo que o PC Chinês e seu governo estão assustados também com o salto dos protestos sociais, que decuplicaram nos últimos anos, chegando recentemente à casa das 80 mil manifestações em 2005. Processo assemelhado ocorre também na Índia e em tantas outras partes do mundo, como em nossa América Latina.

Na Argentina, por exemplo, estamos presenciando novas formas de confrontação social, como a explosão do movimento dos trabalhadores–desempregados, os *piqueteros*, “cortan las rutas” para barrar a circulação de mercadorias (ajudando a embaralhar a produção) e para estampar ao país o flagelo do desemprego. Ou ainda, a expansão da luta dos trabalhadores em torno das empresas “recuperadas”, ocupadas durante o período mais crítico da recessão, nos inícios de 2001, e que já atingem a soma de duas centenas de empresas sob controle–direção–gestão dos trabalhadores. Foram, ambas, respostas decisivas ao desemprego argentino. E sinalizaram para novas formas de lutas sociais do trabalho. (Bialakowsky at al., 2003)

No Brasil o quadro é ainda mais grave. Durante nossa década de *desertificação neoliberal*, pudemos presenciar, simultaneamente, tanto a pragmática desenhada pelo Consenso de Washington (com suas desregulamentações nas mais distintas esferas do mundo do trabalho e da produção), quanto uma significativa reestruturação produtiva em praticamente todo universo industrial e de serviços, conseqüência da nova divisão internacional do trabalho que exigiu mutações tanto no plano da organização sócio-técnica da produção, quanto nos processos de re-territorialização e desterritorialização da produção, dentre tantas outras conseqüências. Tudo isso num período marcado pela mundialização e financeirização dos capitais, o que tornou obsoleto tratar de modo independente os três setores tradicionais da economia (indústria, agricultura e serviços), dada a enorme interpenetração entre essas atividades, de que são exemplos a *agro-indústria*, a *indústria de serviços* e os *serviços industriais*. Vale aqui o registro, até pelas conseqüências políticas decorrentes, que reconhecer a interdependência setorial é muito diferente de falar em *sociedade pós-industrial*, concepção carregada de significação política.

A necessidade de elevação da produtividade dos capitais em nosso país vem ocorrendo, então, fundamentalmente através de reorganização sócio-técnica da produção, da redução do número de

trabalhadores, da intensificação da jornada de trabalho dos empregados, do surgimento dos CCQ's (Círculos de Controle de Qualidade) e dos sistemas de produção *just-in-time* e *kanban*, dentre outros elementos. Foi quando o fordismo aqui vigente sofreu os primeiros influxos do toyotismo. Nos anos 1990 essa processualidade deslanchou através da implantação dos receituários oriundos da *acumulação flexível* e do *ideário japonês* e assemelhados, da intensificação da *lean production*, das formas de subcontratação e de terceirização da força de trabalho, da transferência de plantas e unidades produtivas, onde empresas tradicionais, como a indústria têxtil, sob imposição da concorrência internacional, passaram a buscar, além de isenções fiscais, níveis mais rebaixados de remuneração da força de trabalho, combinados com uma força de trabalho sobrando, sem experiência sindical e política, pouco ou nada taylorizada e fordizada e carente de qualquer trabalho.

Várias fábricas de calçados, por exemplo, transferiram-se da região de Franca, no interior do estado de São Paulo, ou da região do Vale dos Sinos, no estado do Rio Grande do Sul, para estados do Nordeste, como o Ceará e Bahia e hoje começam a pensar em transferir parcela de sua produção para o solo chinês. Indústrias consideradas modernas, do ramo metal-mecânico e eletrônico, transferiram-se da Região da Grande São Paulo para áreas do interior paulista (São Carlos e Campinas), ou deslocaram-se para outras áreas do país, como o interior do Rio de Janeiro (Resende), ou ainda para o interior de Minas Gerais (Juiz de Fora), ou outros estados como Paraná, Bahia, Rio Grande do Sul. E hoje examinam possibilidades de transferência de parte da produção para a China. Novas plantas foram instaladas, como a Toyota e Honda, ambas na região de Campinas, dentre tantos outros exemplos. (Antunes, 2006).

Dentro desta contextualidade, pode-se constatar uma nítida ampliação de modalidades de trabalho mais desregulamentadas, distantes da legislação trabalhista, gerando uma massa de trabalhadores que passam da condição de assalariados com carteira para trabalhadores sem carteira assinada. Se nos anos 1980 era relativamente pequeno o número de empresas de terceirização, locadoras de força de trabalho de perfil temporário, nas décadas seguintes esse número aumentou significativamente, para atender à grande demanda por trabalhadores temporários, sem vínculo empregatício, sem registro formalizado. Ou seja, em plena *era da informatização* do trabalho, do mundo *maquinal* e *digital*, estamos conhecendo a *época da informalização* do trabalho, dos terceirizados,

---

precarizados, subcontratados, flexibilizados, trabalhadores em tempo parcial, do *cyberproletariado*, conforme a sugestiva indicação de Ursula Huws (2003). Não é por acaso que a *Manpower* é símbolo de emprego nos EUA.

Se, no passado recente, só marginalmente nossa classe trabalhadora presenciava níveis de informalidade, em 2007 mais de 50% dela se encontra nessa condição (aqui concebendo a informalidade em sentido amplo), desprovida de direitos e sem carteira de trabalho. Desemprego ampliado, precarização exacerbada, rebaixamento salarial acentuado, perda crescente de direitos, esse é o desenho mais freqüente da nossa classe trabalhadora. Resultante do processo de *liofilização organizacional* (Castillo, 1996) que permeia o mundo empresarial, onde as substâncias vivas são eliminadas, como o *trabalho vivo*, sendo substituídas pelo maquinário técnico-informacional presente no *trabalho morto*. E, nessa empresa liofilizada, é necessário um “novo tipo de trabalho”, que os capitais denominam, de modo mistificado, como “*colaborador*”.

## II

Quais são os contornos desse “novo tipo de trabalho”?

Ele deve ser mais “polivalente”, “multifuncional”, diverso do trabalhador que se desenvolveu na empresa taylorista e fordista. O trabalho que cada vez mais as empresas buscam, não é mais aquele fundamentado na especialização *taylorista* e *fordista*, mas o que se gestou na fase da “desespecialização multifuncional”, do “trabalho multifuncional”, que em verdade expressa a enorme intensificação dos ritmos, tempos e processos de trabalho. (Bernardo, 2004) E isso ocorre tanto no mundo industrial, quanto nos serviços, para não falar do agronegócios.

Além de operar através de várias máquinas, no mundo do trabalho hoje presenciamos também a ampliação do que Marx chamou de trabalho *imaterial*, realizado nas esferas da comunicação, publicidade e *marketing*, próprias da sociedade do *logos*, da *marca*, do *simbólico*, do *involucral* e do *supérfluo*. É o que o discurso empresarial chama de “sociedade do conhecimento”, presente no *design* da *Nike*, na concepção de um novo *software* da *Microsoft*, no modelo novo da *Benetton*, e que são resultado do labor (imaterial) que, articulado e inserido no trabalho material, expressam as formas contemporâneas do valor.

Os serviços públicos, como saúde, energia, educação,

telecomunicações, previdência etc, também sofreram, como não poderia deixar de ser, um significativo processo de reestruturação, subordinando-se à máxima da *mercadorização*, que vem afetando fortemente os trabalhadores do setor estatal e público.

O resultado parece evidente: intensificam-se as formas de extração de trabalho, ampliam-se as terceirizações, a noção de tempo e de espaço também são metamorfoseadas e tudo isso muda muito o modo do capital produzir as mercadorias, sejam elas materiais ou imateriais, corpóreas ou simbólicas. Onde havia uma empresa concentrada pode-se substituí-la por várias pequenas unidades interligadas pela rede, com número muito mais reduzido de trabalhadores e produzindo muitas vezes mais. As repercussões no plano organizativo, valorativo, subjetivo e ideológico são por demais evidentes.

O trabalho estável torna-se, então, (quase) virtual. Estamos vivenciando, portanto, a erosão do trabalho contratado e regulamentado, dominante no século XX, e vendo sua substituição pelas diversas formas de “empreendedorismo”, “cooperativismo”, “trabalho voluntário”, “trabalho atípico”. (Vasapollo, 2005 e Vasapollo e Ariola, 2005).

O exemplo das cooperativas talvez seja ainda mais eloqüente, uma vez que, em sua origem, elas nasceram como instrumentos de luta operária contra o desemprego e o despotismo do trabalho. Hoje, contrariamente, os capitais vêm criando falsas cooperativas, como forma de precarizar ainda mais os direitos do trabalho. As “cooperativas” patronais têm, então, sentido contrário ao projeto original das cooperativas de trabalhadores, uma vez que elas são verdadeiros empreendimentos para destruir direitos e aumentar ainda mais as condições de precarização da classe trabalhadora. Similar é o caso do empreendedorismo, que cada vez mais se configura como forma oculta de trabalho assalariado e que permite o proliferar, neste cenário aberto pelo neoliberalismo e pela reestruturação produtiva, das distintas formas de flexibilização salarial, de horário, funcional ou organizativa.

E neste quadro, caracterizado por um *processo de precarização estrutural do trabalho* que os capitais globais estão exigindo também o desmonte da legislação social protetora do trabalho. E flexibilizar a legislação social do trabalho significa, não é possível ter nenhuma ilusão sobre isso, aumentar ainda mais os mecanismos de extração do sobretrabalho, ampliar as formas de precarização e destruição dos direitos sociais que foram arduamente conquistados pela classe trabalhadora, desde

---

o início da Revolução Industrial, na Inglaterra, e especialmente pós-1930, quando se toma o exemplo brasileiro.

Ampliou-se, então, o desenho compósito, heterogêneo e multifacetado que caracteriza a classe trabalhadora brasileira. Além das clivagens entre os trabalhadores estáveis e precários, de gênero, dos cortes geracionais entre jovens e idosos, entre nacionais e imigrantes, brancos e negros, qualificados e desqualificados, empregados e desempregados, temos ainda as estratificações e fragmentações que se acentuam em função do processo crescente de internacionalização do capital. Para compreendê-la é preciso, então, partir de uma concepção ampliada de trabalho, abarcando a totalidade dos assalariados, homens e mulheres que vivem da venda da sua força de trabalho e não se restringindo aos trabalhadores manuais diretos; devemos incorporar a totalidade do trabalho social e coletivo, que vende sua força de trabalho como mercadoria, seja ela material ou imaterial, em troca de salário. E devemos incluir também o enorme contingente sobranse de força de trabalho que não encontra emprego, mas que se reconhece enquanto parte da classe trabalhadora desempregada.

### III

Devemos enfatizar que a classe trabalhadora, em nosso entendimento, compreende a totalidade dos assalariados, homens e mulheres que vivem da venda da sua força de trabalho, a *classe-que-vive-do-trabalho* e que são despossuídos dos meios de produção. (Antunes, 1999 e 1995)

Com a retração do binômio taylorismo/fordismo, desde o início da reestruturação produtiva do capital em escala global, vem ocorrendo uma redução do proletariado industrial, fabril, tradicional, manual, estável e especializado, herdeiro da era da indústria verticalizada de tipo taylorista e fordista. Na principal área do operariado metalúrgico no Brasil, no ABC paulista, região onde se encontram as principais empresas automobilísticas, houve uma redução de aproximadamente 240 mil operários nos anos 1980 para menos de 100 mil em 2007. Na cidade de Campinas, outra importante região industrial metalúrgica, no mesmo período o proletariado reduziu-se de cerca de 70 mil para pouco mais de 40 mil. Este proletariado vem diminuindo com a reestruturação produtiva do capital, dando lugar a formas mais desregulamentadas de trabalho,

reduzindo fortemente o conjunto de trabalhadores estáveis que se estruturavam através de empregos formais, herança da fase taylorista/fordista.

Há, entretanto, contrariamente à tendência acima apontada, outra muito significativa, também anteriormente mencionada, que se caracteriza pelo aumento do novo proletariado fabril e de serviços, em escala mundial, presente nas diversas modalidades de *trabalho precarizado*. São os terceirizados, subcontratados, *part-time*, entre tantas outras formas assemelhadas, que se expandem em escala global. Com a desestruturação crescente do *Welfare State* nos países do Norte e aumento da desregulamentação do trabalho nos países do Sul, acrescidos da ampliação do desemprego estrutural, os capitais implementam alternativas de trabalho crescentemente “informais”, de que são exemplo as distintas formas de terceirização. Em 2007, mais de 50% da população economicamente ativa encontra-se em situação de informalidade no Brasil. Em vários outros países da América Latina a situação é similar, quando não ainda mais grave; no México, Argentina, Chile, depois de uma expansão de seu proletariado industrial nas décadas passadas, passaram a presenciar significativos processos de desindustrialização, tendo como resultante a expansão do trabalho precarizado, parcial, temporário, terceirizado, informalizado, etc, além de enormes níveis de desemprego, de trabalhadores/as desempregados/as. (Sotelo, 2004).

Outra tendência de enorme significado no mundo do trabalho contemporâneo é dada pelo aumento significativo do trabalho feminino que atinge mais de 40% da força de trabalho ou mais em diversos países avançados e também na América Latina, onde também foi expressivo o processo de feminização do trabalho. Esta expansão do trabalho feminino tem, entretanto, um movimento inverso quando se trata da temática salarial, onde os níveis de remuneração das mulheres são em média inferiores àqueles recebidos pelos trabalhadores, o mesmo ocorrendo em relação aos direitos sociais e do trabalho, que também são desiguais. No Brasil, o salário médio das mulheres está em torno de 60% do salário dos trabalhadores. (Nogueira, 2004 e 2005)

É perceptível também, particularmente nas últimas décadas do Século XX, uma significativa expansão dos assalariados médios no “setor de serviços”, que inicialmente incorporou parcelas significativas de trabalhadores expulsos do mundo produtivo industrial, como resultado do amplo processo de reestruturação produtiva, das políticas neoliberais e

---

---

do cenário de desindustrialização e privatização, mas que também sentem as conseqüências do processo de reestruturação

Se, entretanto, inicialmente deu-se uma forte absorção, pelo setor de serviços, daqueles/as que se desempregavam do mundo industrial, é necessário acrescentar também que as mutações organizacionais, tecnológicas e de gestão também afetaram fortemente o mundo do trabalho nos serviços, que cada vez mais se submetem à racionalidade do capital e à lógica dos mercados. Como exemplos, poderíamos lembrar a enorme redução do contingente de trabalhadores bancários no Brasil, em função da reestruturação do setor. No Brasil havia um milhão de trabalhadores bancários em 1985 e em 2007, esse contingente reduziu-se para menos de 400 mil.

Com a inter-relação crescente entre mundo produtivo e setor de serviços, vale enfatizar que, em conseqüências dessas mutações, várias atividades no setor de serviços anteriormente consideradas improdutivas tornaram-se diretamente produtivas, subordinadas à lógica exclusiva da racionalidade econômica e da valorização do capital.

Outra tendência presente no mundo do trabalho é a crescente exclusão dos jovens, que atingiram a idade de ingresso no mercado de trabalho e que, sem perspectiva de emprego, acabam muitas vezes engrossando as fileiras dos trabalhos precários, dos desempregados, sem perspectivas de trabalho, dada a vigência da *sociedade do desemprego estrutural*.

Paralelamente à exclusão dos jovens vem ocorrendo também a exclusão dos trabalhadores considerados “idosos” pelo capital, com idade próxima de 40 anos e que, uma vez desempregados, dificilmente conseguem reingressar no mercado de trabalho. Somam-se, desse modo, aos contingentes do chamado trabalho informal, aos desempregados, aos “trabalhos voluntários etc. O mundo do trabalho atual tem recusado os trabalhadores herdeiros da “cultura fordista”, fortemente especializados, que são substituídos pelos trabalhadores “polivalentes e multifuncionais” da era toyotista.

E, paralelamente à exclusão dos “idosos” e jovens em idade pós-escolar, o mundo do trabalho, nas mais diversas partes do mundo, tem se utilizado da inclusão precoce e criminosa de crianças no mercado de trabalho, nas mais diversas atividades produtivas.

Como desdobramento destas tendências acima apontadas, vem se desenvolvendo no mundo do trabalho uma crescente expansão

---

do trabalho no chamado “Terceiro Setor”, assumindo uma forma alternativa de ocupação, através de empresas de perfil mais comunitários, motivadas predominantemente por formas de trabalho voluntário, abarcando um amplo leque de atividades, onde predominam aquelas de caráter assistencial, sem fins diretamente mercantis ou lucrativos e que se desenvolvem relativamente à margem do mercado.

A expansão desse segmento é um desdobramento direto da retração do mercado de trabalho industrial e de serviços, num quadro de desemprego estrutural. Esta forma de atividade social, movida predominantemente por valores não-mercantis, tem tido certa expansão, através de trabalhos realizados no interior das Ongs e outros organismos ou associações similares. Trata-se, entretanto, de uma alternativa extremamente limitada para compensar o desemprego estrutural, não se constituindo, em nosso entendimento, numa alternativa efetiva e duradoura frente ao mercado de trabalho capitalista, mas que, ao contrário, lhe é bastante funcional. No Brasil ela hoje abarca cerca de 20 milhões de trabalhadores.

Outra tendência que gostaríamos de apontar é a da expansão do trabalho a domicílio, permitida pela desconcentração do processo produtivo, pela expansão de pequenas e médias unidades produtivas. Através da telemática, com a expansão das formas de flexibilização e precarização do trabalho, com o avanço da horizontalização do capital produtivo, o trabalho produtivo doméstico vem presenciando formas de expansão em várias partes do mundo.

Sabemos que a telemática (ou teleinformática) nasceu da convergência entre os sistemas de telecomunicações por satélite e a cabo, juntamente com as novas tecnologias de informação, a microeletrônica e as redes informacionais, possibilitando enorme expansão e agilização das atividades das transnacionais. (Chesnais, 1996) Essa modalidade de trabalho tem se ampliado em grande escala, de que são exemplos a *Benetton*, a *Nike*, dentre as inúmeras empresas que vêm aumentando as atividades de trabalho produtivo, realizado no espaço domiciliar ou em pequenas unidades produtivas, conectadas ou integradas às empresas. Desse modo, *o trabalho produtivo a domicílio mescla-se com o trabalho reprodutivo doméstico, aumentando as formas de exploração do contingente feminino.*

É este, portanto, o desenho compósito, heterogêneo, polissêmico e multifacetado que caracteriza a *nova conformação da classe trabalhadora*: além das clivagens entre os trabalhadores estáveis e precários,

---

homens e mulheres, jovens e idosos, nacionais e imigrantes, brancos e negros, qualificados e desqualificados, “incluídos e excluídos”, etc, temos também as estratificações e fragmentações que se acentuam em função do processo crescente de internacionalização do capital.

#### IV

Desse modo, fica evidenciado que, para se compreender a nova forma de ser do trabalho, é preciso partir de uma *concepção ampliada de trabalho*. Ela compreende a totalidade dos assalariados, homens e mulheres que vivem da venda da sua força de trabalho, não se restringindo aos trabalhadores manuais diretos, incorporando também a totalidade do trabalho social, a totalidade do trabalho coletivo que vende sua força de trabalho como mercadoria em troca de salário.

Ela incorpora, como vimos anteriormente, tanto o núcleo central do proletariado industrial, os *trabalhadores produtivos* que participam diretamente do processo de criação de *mais valia* e da valorização do capital (que hoje transcende em muito as atividades industriais, dada a ampliação dos setores produtivos nos serviços) e abrange também os *trabalhadores improdutivo*s, cujo trabalhos não criam diretamente *mais valia*, uma vez que são utilizados como serviço, seja ara *uso* público, como os serviços públicos, seja para *uso* capitalista.

Podemos também acrescentar que os trabalhadores *improdutivos*, criadores de *anti-valor* no processo de trabalho, vivenciam situações muito aproximadas com aquelas experimentadas pelo conjunto dos trabalhadores produtivos. A classe trabalhadora hoje incorpora tanto os trabalhadores *materiais*, como aqueles e aquelas que exercem trabalho *imaterial, predominantemente intelectual*.

Abrange, também, o proletariado rural, que vende a sua força de trabalho para o capital, de que são exemplos os assalariados das regiões agro-industriais e engloba o proletariado precarizado, o proletariado moderno, fábri e de serviços, *part time*, que se caracteriza pelo vínculo de trabalho temporário, pelo trabalho precarizado, em expansão na totalidade do mundo produtivo. Inclui, ainda, em nosso entendimento, a totalidade dos trabalhadores desempregados.

Naturalmente, em nosso desenho analítico *não* fazem parte da classe trabalhadora moderna os gestores do capital, pelo papel

central que exercem no controle, gestão e sistema de mando do capital. Estão *excluídos* também os pequenos empresários, a pequena burguesia urbana e rural que é proprietária e detentora, ainda que em pequena escala, dos meios de sua produção. E estão excluídos também aqueles que vivem de juros e da especulação.

Compreender, portanto, a *classe-que-vive-do-trabalho*, a classe trabalhadora hoje, de modo *ampliado*, implica em entender este conjunto de seres sociais que vivem da venda da sua força de trabalho, que são assalariados e desprovidos dos meios de produção. Como todo trabalho produtivo é assalariado, mas nem todo trabalhador assalariado é produtivo, uma noção contemporânea de classe trabalhadora deve, em nosso entendimento, incorporar a totalidade dos trabalhadores assalariados.

A classe trabalhadora, portanto, é mais ampla do que o *proletariado industrial produtivo* do século passado, embora este ainda se constitua em seu núcleo fundamental. Ela tem uma conformação mais fragmentada, mais heterogênea e mais complexificada.

Essa nova morfologia do trabalho, que aqui tão somente indicamos alguns pontos centrais, não poderia deixar de afetar os organismos de representação dos trabalhadores. Daí a enorme crise dos sindicatos, para ficar somente neste exemplo. Se muitos analistas diagnosticaram um caráter *terminal* neste organismo de representação de classe, esse não é o nosso entendimento. Aqui queremos tão somente registrar que a *nova morfologia do trabalho* significa também um *novo desenho das formas de representação das forças sociais do trabalho*. Se a indústria taylorista e fordista é parte mais do passado do que do presente (ao menos enquanto tendência), como imaginar que um sindicalismo verticalizado possa representar esse novo e composto mundo do trabalho?

Uma conclusão se impõe, à guisa de provocação: hoje devemos reconhecer (e mesmo saudar) a *des-hierarquização* dos organismos de classe. A velha máxima de que primeiro vinham os partidos, depois os sindicatos e, por fim, os demais movimentos sociais, não encontra mais respaldo no mundo real e em suas lutas sociais. O mais importante, hoje, é aquele movimento social, sindical ou partidário que consegue chegar as *raízes* das nossas mazelas e engrenagens sociais, tocando suas *questões vitais*. E, para fazê-lo, é imprescindível conhecer a nova (e ampla) morfologia do trabalho, bem como as complexas engrenagens do capital.

---

---

-BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Ricardo. (1995) Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho, Ed. Cortez/Ed. Unicamp, São Paulo.

\_\_\_\_\_. (1999) Os Sentidos do Trabalho, Boitempo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. (2005) O Caracol e sua Concha: Ensaio sobre a Nova Morfologia do Trabalho, Ed. Boitempo, São Paulo.

BERNARDO, João. (2004), Democracia Totalitária: Teoria e Prática da Empresa Soberana, Ed. Cortez, São Paulo.

BIALAKOWSKY, A. *et al.* (2003) “Diluición y Mutación del Trabajo en la Dominación Social Local”, *Revista Herramienta* n. 23, Buenos Aires, 2003.

CASTILLO, Juan J. (1996) *Sociologia del Trabajo*, CIS, Madri.

CHESNAIS, François. (1996) *A Mundialização do Capital*, Ed. Xamã, São Paulo.

HUWS, Ursula (2003) *The Making of a Cybertariat (virtual work in a real world)*, Monthly Review Press/The Merlin Press, Nova Iorque/Londres.

NOGUEIRA, Claudia. (2006) *O Trabalho Duplicado*, Ed. Expressão Popular, São Paulo. \_\_\_\_\_. (2004) *A Feminização no Mundo do Trabalho*, Ed. Autores Associados, Campinas.

RIFKIN, J. (02/03/2004) “Return of a Conundrum”, *The Guardian*.

**SOTELO, A. (2004) *La Reestructuración del Mundo del Trabajo: Superexplotación y Nuevos Paradigmas de la***

---

**Organización del Trabajo, Editorial Itaca, México, 2003.**

VASAPOLLO, L. e ARIOLA. J., (2005) L'uomo precario nel disordine globale, Jaca Book, Milão.

VASAPOLLO, L (2005) O Trabalho Atípico e a Precariedade, Ed. Expressão Popular, São Paulo.

---

---

## *José Affonso Dallegrave Neto*

Mestre e Doutor em Direito pela UFPR;  
Advogado membro do IAB e da ANDT –  
Academia Nacional de Direito do  
Trabalho

### ***RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO***

Esse texto é um resumo da conferência ministrada em evento do TRT, 2ª. Região. A abordagem completa do tema encontra-se na obra “Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho”, 3ª. edição, São Paulo: LTr, 2008.

#### **1. Espécies de responsabilidades**

No contrato de trabalho há dois tipos de responsabilidade: uma estribada na inexecução culposa de obrigação e outra no dano que tenha como nexos causal o simples exercício regular da atividade profissional. Aquela provém da responsabilidade civil subjetiva, enquanto a segunda está embasada na teoria objetiva concernente à assunção do risco da atividade pela empresa.

O Código Civil de 2002 introduziu cláusula geral de responsabilidade objetiva, cujo alcance é bem mais amplo do que o das normas esparsas até então existentes. Enquanto estas apontam casos específicos, aquela é um enunciado largo e aberto que comporta um vasto número de situações.

Em face dessa inovação normativa, há quem defenda que hoje existe um sistema dual, estando justapostas a responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Ao nosso crivo não é possível chegar a essa inferência, remanescendo a responsabilidade subjetiva como regra geral, vez que assim dispõe o caput do art. 927 do CC e também o art. 7º, XXVIII, da CF, quando prevê a indenização acidentária a cargo do empregador nos casos em que este incorrer em dolo ou culpa.

Em se tratando de responsabilidade civil contratual, o

---

devedor, a rigor, responderá pelos prejuízos que causar ao credor, decorrentes do descumprimento da obrigação. Logo, a violação do dever jurídico resulta da inexecução de uma obrigação contratual preexistente. Ao contrário, a responsabilidade extracontratual é delitual, vez que decorre da violação da norma geral (*neminem laedere*), sendo o ato ilícito (art. 927, CC) que dará ensejo à relação jurídica obrigacional entre agente e vítima (dever de indenizar).

## **2. Indenização suplementar e cláusula penal**

O Código Civil de 2002 inovou ao introduzir a possibilidade do julgador deferir indenização suplementar nos termos do parágrafo único do art. 404, do CC/02:

Quanto à chamada cláusula penal, o seu valor, a rigor, é imutável, não podendo exceder o da obrigação principal, exceto quando a obrigação de fundo for cumprida em parte, ocasião em que o juiz poderá reduzir proporcionalmente a pena estipulada, conforme dispõem os artigos 409 e 416 do Código Civil.

### **2.1. Obrigações principais, secundárias e deveres anexos**

Na esfera trabalhista, a obrigação principal do empregado é de meio e se traduz em trabalhar de maneira subordinada e de acordo com as diretivas da empresa-empregadora. Já a obrigação principal da empresa é de resultado e consiste em remunerar o trabalho prestado, de acordo com o valor pactuado e nos termos das normas legais e coletivas que incidem sobre o contrato.

As obrigações secundárias são aquelas destinadas ao regular cumprimento das principais.

Por derradeiro, registre-se a existência dos deveres de conduta anexos, que não dizem respeito a prestações específicas, mas são revelados apenas na medida em que sejam necessários para a realização das finalidades da própria relação obrigacional, em atenção a uma unidade funcional.

Tais deveres têm sua origem e são informados pela boa-fé

---

estampada no art. 422 do Código Civil Brasileiro.

A despeito da existência de várias taxionomias acerca dos deveres anexos de conduta, adotamos aquela de Antonio Menezes Cordeiro, que assim dispõe:

- a) deveres de proteção;
- b) deveres de esclarecimento;
- c) deveres de lealdade.

Os primeiros visam elidir danos mútuos nas pessoas e nos patrimônios físicos e psíquicos, materiais e morais dos contratantes. Os segundos obrigam as partes a se informarem mutuamente de todos os aspectos do vínculo, bem como os efeitos que da execução contratual possam advir. Os últimos impõem aos contratantes absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do contrato ou causar desequilíbrio acerca da comutatividade das prestações.

### **3. Ato ilícito e Culpa**

Ato ilícito é a antijuridicidade oriunda de ação voluntária com culpa do agente. A ação voluntária do homem, em sentido amplo, decorre da manifestação de sua vontade em fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Entretanto, não se pode confundir vontade com o querer intencional. Esta noção é necessária para diferenciar culpa de dolo, ambas pertencentes à “culpa lato sensu”.

No dolo há uma tríplice coincidência entre vontade manifestada, intenção desejada e resultado obtido; na culpa o agente decide pela conduta praticada, sem desejar o resultado maléfico, o qual é, todavia, previsível devido à negligência, imprudência e imperícia praticadas.

Nessa esteira taxionômica, a negligência ocorre pela ausência de cautela adequada do agente, configurada por uma atitude omissiva; vg: o empregador é negligente quando deixa de instruir, de forma eficaz, sobre o uso adequado de EPI. A imprudência se caracteriza pela falta de cuidado caracterizada por uma atitude comissiva e temerária; vg: o empregador que expõe o seu empregado a um perigo iminente, exigindo-lhe serviços superiores a sua força. Finalmente, a imperícia traduz-se pela falta de habilidade técnica para o exercício de determinada atividade profissional; vg: o empregado que, na função de motorista, causa dano ao

patrimônio da empresa por falta de habilidade na condução do veículo da empresa (“barbeiragem no volante”).

A imputabilidade é, pois, elemento indissociável da culpa, podendo ser conceituada como o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever. Com outras palavras pode-se asseverar que “imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo”.

### **3.1. Excludentes de ilicitude: legítima defesa, exercício regular de um direito e estado de necessidade**

Há casos em que o agente atua em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. A rigor, nessas situações não há responsabilidade, porque sequer existe ato ilícito nos termos do art. 188, I, CC/02.

Há três condições para que o agente se exima da responsabilidade invocando a legítima defesa: 1) que a agressão seja injusta; 2) que a defesa seja proporcional ao ataque; 3) que a reação seja imediata não havendo tempo hábil para buscar a tutela do Estado.

Quanto ao alcance do art. 188, I, do CC, que diz não ser ato ilícito aquele praticado “no exercício regular de um direito reconhecido”, cabe registrar que o dano causado sem violação ao direito é um dano justo e, como tal, não serve de elemento do ato ilícito.

O artigo 188 do CC/02, em seu parágrafo único, declara inexistir ato ilícito quando o agente atua em estado de necessidade para remover perigo iminente, desde que as circunstâncias tornem o ato absolutamente necessário e sem exceder “os limites do indispensável para remoção do perigo”.

O conceito legal de estado de necessidade é aquele previsto no art. 24 do Código Penal: “quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Diante de tais considerações, conclui-se que as chamadas excludentes de ilicitude abrangem atos que causam danos a terceiros, mas que o legislador o justifica mediante juízo de ponderação que leva em conta o real interesse do agente. Com efeito, quando o ato lesivo é praticado

---

---

sem excesso e em legítima defesa, no exercício regular de um direito ou em estado de necessidade não serão considerados crimes, nem tampouco ato ilícito na esfera civil.

### 3.2. Graus de Culpa

A regra geral permanece intocável no sentido de que a indenização se mede pela extensão do dano (*restitutio in integrum*). Todavia, doravante, a própria lei (art. 944, par. único, e art. 945, ambos do CC) fez questão de dizer que o grau de culpa, para o qual concorreram agente e vítima, poderá servir de base para o juiz fixar o quantum indenizatório.

Os graus da culpa passaram a ganhar relevo a partir de então, motivo pelo qual vale a pena diferenciar a culpa grave, da culpa leve e da culpa levíssima.

Em sede de ação reparatória de acidente do trabalho, a distinção ganhou importância com a promulgação da CF/88, pois antes dela o empregador respondia apenas pelos danos causados por “dolo ou culpa grave”, de acordo com a dicção da Súmula n. 229 da STF. Em vigor o art. 7º XXVIII, da atual Carta da República, o empregador passa a responder por dolo ou culpa (simples).

Em se tratando de dano com origem na inexecução contratual, o ato culposo será presumido caso a obrigação inadimplida seja de resultado como, por exemplo, o prejuízo material oriundo da inadimplência salarial. Nessa situação, a vítima só precisa provar o dano e o nexo causal (que o dano decorreu da inexecução do contrato de trabalho). Contudo, quanto à inexecução de meio - vg: deveres anexos de colaboração ou lealdade - não se admite a presunção de culpa, tendo o ofendido que comprová-la em juízo para fazer jus à reparação.

É salutar marcar a distinção entre culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, ambas aplicáveis no campo da responsabilidade civil subjetiva, forte nos contratos de trabalho. Culpa *in eligendo* é aquela que procede de má escolha do representante ou preposto da empresa. Culpa *in vigilando* provém da ausência de correta fiscalização ou vigilância do empregador em relação aos atos dos empregados que se encontram sob sua subordinação. Tais espécies são relevantes, principalmente, para fundamentar a responsabilidade do empregador por ato danoso praticado

---

por seu empregado contra terceiro.

### **3.3 Abuso de Direito**

Somente com o advento do Código Civil de 2002, estabeleceu-se um conceito legal e completo do abuso de direito:

Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Não se pode negar a relevância do abuso de direito na órbita trabalhista, máxime nas situações em que o empregador extrapola o seu direito de comando. O jus variandi patronal quando exercido de forma ilegítima e divorciado da real necessidade de serviço ou mesmo em confronto com os limites sociais e éticos do contrato caracteriza abuso de direito reparável mediante ação trabalhista.

A cláusula geral de boa-fé objetiva, introduzida pelo art. 422 do CC/02 e de inspiração nitidamente constitucional, contribui para o conceito de abuso de direito ao proporcionar uma visão exata de relação jurídica complexa, como aquela que emerge deveres de conduta às partes pautados em valores metajurídicos: lealdade, probidade, proteção, informação e colaboração.

Assim, além das obrigações principais e secundárias, o cumprimento das partes na relação obrigacional envolve a necessidade de observar múltiplos deveres acessórios de conduta. A própria CLT, em seu art. 493, ao conceituar falta grave fez questão de assinalar que há “deveres e obrigações do empregado”. Tais deveres anexos de conduta, quando inobservados, caracterizarão cumprimento defeituoso, dando ensejo a resolução contratual, além da obrigação do devedor de reparar os danos dele resultantes.

### **4. Dano material e moral**

Pode-se conceituar dano como lesão a interesses juridicamente tuteláveis; é a ofensa ao patrimônio patrimonial ou extrapatrimonial de alguém. Para que o dano seja indenizável, é necessário

---

preencher três requisitos: a) violação de um interesse patrimonial ou moral de uma pessoa física ou jurídica; b) certeza do dano, não sendo possível compensar a vítima por um suposto dano abstrato; c) subsistência do dano no momento de sua exigibilidade em juízo.

Quando o dano repercute sobre o patrimônio da vítima, entendido como aquele suscetível de aferição em dinheiro, denominar-se-á dano patrimonial. Ao revés, quando a implicação do dano violar direito geral de personalidade, atingindo interesse imaterial, dir-se-á, então, dano extrapatrimonial.

O dano patrimonial alcança tanto o dano atual, quanto o dano futuro. Aquele é conhecido como dano emergente, constituindo-se em tudo aquilo que se perdeu e que seja suscetível de liquidação pela aplicação da teoria da diferença entre o patrimônio anterior e posterior à inexecução contratual ou ao fato gerador do dano. Ambos, dano emergente e lucro cessante estão previstos no art. 402 do atual Código Civil.

Registre-se ainda o dano material proveniente da “perda de uma chance”, ensejando a indenização quando a vítima se vê frustrada, por ato de terceiro, em uma expectativa séria, legítima e provável, no sentido de obter uma vantagem ou de evitar uma perda que ameaça.

#### **4.1. Conceito de dano moral**

O dano moral se caracteriza pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (presunção hominis) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo.

Os direitos de personalidade encontram-se exemplificados no artigo 5º, V e X, da Carta. Mais que isto, o constituinte, dada a importância do tema, trouxe uma regra que desenha verdadeira cláusula geral de proteção à personalidade, qual seja o art. 1º., III, que assegura a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo Estado Democrático de Direito. Assim, toda a ordem jurídica deve ser interpretada à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos de personalidade.

Importa sublinhar que aludidos direitos de personalidade manifestam-se tanto fora quando dentro da esfera dos contratos. Assim, o cidadão empregado, quando da execução do contrato de trabalho, tem seus direitos de personalidade salvaguardados, inclusive contra eventuais

abusos da parte do empregador. Caso o trabalhador seja ofendido em sua honra, privacidade, nome, imagem, etc, haverá lesão a um interesse extrapatrimonial que é tutelado em direito e a reparação desse dano moral estará enquadrada na responsabilidade civil contratual, máxime porque agente e vítima ostentam a figura jurídica de contratante (empregado e empregador) no momento da consumação do dano.

Em tempos hodiernos é indiscutível a admissão do dano extrapatrimonial em matéria contratual, o qual pode se manifestar pelo:

- (a) não-cumprimento de uma obrigação,
- (b) cumprimento defeituoso ou
- (c) quebra de deveres secundários derivados da boa-fé.

Geralmente, em tais conjeturas o dano moral se encontra cumulado com o dano material, o que é juridicamente possível, se considerarmos que ambos partem de fatos geradores diversos. Nessa direção é a correta Súmula 37 do STJ.

Das três formas já vistas, a de maior incidência é o dano moral oriundo do descumprimento de dever anexo de conduta, que se subdivide em dever de proteção, informação e lealdade. Se de um lado é comum o empregador cumprir de forma regular sua obrigação principal, de outro lado, verifica-se, amiúde, seu total desrespeito em relação aos direitos de personalidade do trabalhador.

O fato da CLT estabelecer que a ofensa moral praticada pelo empregado ou pelo empregador constitui-se causa de resolução contratual (art. 482, “j” e “k” e art. 483, “e”), não tem o condão de obstar o pleito de indenização por danos morais, vez que as lesões produzidas encerram facetas diferentes e, portanto, exigem tutelas jurídicas diferentes. Assim, no caso da empresa ferir a honra do seu empregado, este poderá pleitear cumulativamente: a) rescisão indireta do contrato de trabalho com a indenização trabalhista daí resultante; b) indenização civil pelos danos morais; c) representação criminal através de ação penal própria.

## **4.2. Enquadramento do dano estético**

Consigne-se a existência de corrente doutrinária que posiciona os danos corporais, estéticos ou da imagem não como espécies de dano moral, mas como um *tertium genus*. Referido enquadramento

---

---

nos parece injustificável, pois em tais direitos de personalidade não se verifica nenhuma peculiaridade que exija um tratamento diverso daquele dispensado aos demais interesses extrapatrimoniais.

Ademais, o dano moral e o dano estético não são cumuláveis, vez que o dano estético ou importará em dano material ou estará compreendido no conceito de dano moral.

### **4.3. Dano moral sofrido pela pessoa jurídica**

Em relação à possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, o STJ já pacificou o tema em sentido positivo através da Súmula 227.

A jurisprudência desse excelso pretório vem firmando posição de que a indenização, nesses casos, é possível somente se houver lesão à honra objetiva (difamação), sendo impróprio falar em honra subjetiva (calúnia ou injúria) da empresa. Tal exemplo do STJ deve ser seguido pelos pretórios trabalhistas.

### **4.4. Fixação do valor do dano moral**

A legislação positiva é omissa na tarifação dos danos morais e assim o faz de forma acertada, vez que pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade não é possível aplicar valores nominais e imutáveis a todas as situações concretas, indiscriminadamente.

Conforme preceitua o art. 946 do CC/02, combinado com o art. 475-C, II, do CPC, o juiz deve arbitrar o valor da condenação por dano moral.

Com efeito, a efetiva reparação do dano extrapatrimonial, mormente aquele advindo da relação empregatícia, deve representar função ressarcitória-preventiva. Assim, o valor da indenização deve representar, ao mesmo tempo, uma compensação financeira à vítima e uma punição ao agente capaz de desestimular a reiteração da prática leviana.

---

## 5. Nexo causal

É cediço que não haverá indenização sem a presença do dano, bem assim quando ausente o nexo causal entre o dano e a culpa ou entre o dano e a atividade de risco do agente. Ambos os elementos (dano e causalidade) são imprescindíveis tanto na responsabilidade civil contratual e aquiliana, quanto na responsabilidade subjetiva e objetiva.

A teoria da causalidade adequada e imediata é a que melhor se ajusta para a responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico, vez que considera como causa não só o precedente necessário, mas também o adequado e imediato à ultimação concreta do resultado. Nesse sentido é a regra do art. 403 do novo Código Civil.

Contudo, se a causa do agente não tenha sido a única determinante, mas tenha concorrido para a existência ou agravamento do dano, aplica-se a regra do art. 945 do novo Código Civil (possibilidade de redução do valor da indenização).

Observe-se ainda que as chamadas concausas, preexistentes, concorrentes ou supervenientes, não elidem o nexo causal, mas são apenas circunstâncias que concorrem para a tipificação ou o agravamento do prejuízo.

### 5.1. Excludentes da responsabilidade

Quanto aos chamados fatores excludentes da responsabilidade, impende registrar as quatro situações possíveis:

- culpa exclusiva da vítima;
- fato de terceiro;
- força maior; e
- cláusula de não indenizar.

Por serem enquadradas como fato impeditivo do direito de indenizar, o ônus da prova será sempre do Réu-empregador, nos termos do art. 818 da CLT combinado com o art. 333, II, do CPC. Examinemos uma a uma.

É preciso distinguir o dano que tenha sido motivado por *culpa exclusiva* da vítima do dano em que tenha havido por *culpa concorrente* da vítima. O primeiro caso afigura-se como fator excludente de

---

indenização, posto que o aparente agente atua apenas como um instrumento do acidente, não se podendo falar em liame de causalidade entre seu ato e o prejuízo experimentado pelo ofendido. Na segunda situação, a culpa concorrente da vítima não terá o condão de elidir, mas apenas de abrandar a indenização, conforme previsão do art. 945 do novo Código Civil.

Quanto ao *fato de terceiro*, tido como pessoa diversa do empregado ou empregador, resta saber se o agente foi o causador único ou concorrente do dano sofrido pela vítima. Deve-se investigar, também, se o terceiro não é um preposto da empresa ou mesmo colega de trabalho da vítima, pois, nesse caso, por força do que dispõe a lei, a responsabilidade civil recairá solidariamente ao agente direto e ao empregador (responsabilidade solidária da empresa por ato de preposto ou empregado praticado em razão do contrato de trabalho). Exegese do art. 932, III, do CC.

Aqui, como sói acontecer, a vítima acionará judicialmente a empresa-empregadora, tendo esta direito à ação de regresso contra o agente (empregado) em relação ao valor que destinou à indenização paga.

No que tange a proximidade das figuras “fato de terceiro” e “caso fortuito”, o fato de terceiro, para excluir integralmente a responsabilidade do agente causador direto do dano, há que se vestir de características semelhantes às do caso fortuito, sendo *imprevisível* e *irresistível*, conforme assinala o parágrafo único do art. 393 do novo CCB.

A CLT também conceitua força maior, em seu art. 501, como sendo todo acontecimento inevitável em relação à vontade do empregador e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente. Ainda: nos termos do seu parágrafo 1º, a imprevidência do empregador excluiu a razão da força maior.

É importante sublinhar a diferença de tratamento dado pela legislação trabalhista e pela lei civil acerca dos efeitos da força maior. Enquanto o Código Civil exclui o devedor pelos danos resultantes de força maior, desde que expressamente não se houver por eles responsabilizado (art. 393 do novo CCB), a lei trabalhista apresenta regramento diverso.

Por intermédio da aplicação analógica do art. 501 e 502, II, da CLT, a força maior não elide o direito à indenização pelo empregado, sendo, contudo, devida pela metade quando ela for capaz de afetar substancialmente a empresa ou sua situação econômica.

Por fim, consigne-se como fato excludente da responsabilidade a chamada *cláusula de não indenizar* fixada pelos signatários no bojo do contrato. Fruto da autonomia privada, tal avença não encontra margem de aplicação em nosso sistema jurídico marcado pelo solidarismo constitucional (art. 1º, III e art. 3º, I), senão em situações especialíssimas onde se impere a bilateralidade do consentimento e desde que não exima as situações de dolo do estipulante ou outras que colidam com a lei.

Por tais motivos, inviável é a *cláusula de não indenizar* perante os contratos individuais de trabalho, seja porque trata de um contrato de adesão, seja porque um dos contratantes é considerado hipossuficiente, seja porque tal ajuste fere frontalmente o conceito legal de empregador, previsto no *caput* do art. 2º. da CLT e o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

---

---

## Carlos Roberto Gonçalves

### PALESTRA: “TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL”

Sinto-me extremamente honrado com o convite que me foi formulado pela Escola da Magistratura do TRT da 2ª. Região para participar, como conferencista, do painel sobre “responsabilidade civil”. Este realmente é um dos mais importantes e atuais temas, de interesse de todos os operadores do direito. Vamos enfocar, precipuamente, as inovações do Código Civil de 2002 em matéria de responsabilidade civil.

Várias alterações importantes foram efetuadas, valendo-se, em grande parte, do que a jurisprudência já vinha decidindo. Lamentamos, todavia,

o fato de não se ter aproveitado a oportunidade para disciplinar o dano moral.

Hoje, os tribunais estão abarrotados de inúmeras ações que versam sobre o dano moral. No entanto, temos um novo Código Civil que nada diz a respeito dessa modalidade de dano, fazendo-lhe apenas uma singela referência no art. 186.

A explicação para essa omissão está no fato de que o referido diploma começou a ser projetado há mais de 30 anos, numa época em que não se indenizava essa espécie de dano. O princípio da reparabilidade do dano moral acabou sendo acolhido na Constituição Federal de 1988. Então, quando o Projeto de Lei n. 634, de 1975, foi elaborado, já se considerou, na época, um grande progresso o fato de o referido art. 186 dizer que todo aquele que causa dano a outrem, “*ainda que exclusivamente moral*”, fica obrigado a reparar o prejuízo causado.

Essa referência ao dano moral foi considerada um grande avanço, porque até então, como já dito, não se indenizava essa modalidade de dano – o que acabou acontecendo somente com o advento da atual Constituição Federal. Mas o tratamento do dano moral resumiu-se a isso. Na parte que trata da indenização propriamente dita, o novo Código não trouxe nenhum critério, nenhum parâmetro, nada que possa auxiliar os juízes na quantificação do dano moral.

Em conclusão: continuarão sendo observados os mesmos critérios estabelecidos pela jurisprudência.

---

A estrutura do novo Código Civil, no tocante à responsabilidade civil, não foi alterada, ou seja, mantêm-se aquelas regras da Parte Geral do Código de 1916. O antigo art.159 passou a ser art. 186, com o referido acréscimo: “*ainda que o dano seja exclusivamente moral*”. Na Parte Especial, há dois capítulos, exatamente como no Código de 1916. Mudou apenas o título geral, que passa a ser “Da Responsabilidade Civil”.

No Código de 1916 não havia esse título, mas apenas um capítulo, que começava no artigo 1.518, intitulado “Das obrigações por atos ilícitos”, que continha várias regras. Em seguida, vinha o título: “Da liquidação das obrigações por atos ilícitos”. É quando, então, o Código mostrava como se deve calcular a indenização em caso de homicídio, em caso de lesão corporal, em caso de calúnia, difamação etc.

O novo Código muda apenas os títulos. É claro que alguns artigos desses capítulos tiveram sua redação alterada e que houve um progresso, um aperfeiçoamento.

Antes de falar sobre isso, porém, gostaria de comentar alguns dispositivos que se encontram fora do capítulo específico da responsabilidade civil, mas que com ela se relacionam

O primeiro deles é o art. 5º do novo Código Civil, que reduz a maioridade para 18 anos. Sabemos que, anteriormente, a maioridade era alcançada somente aos 21 anos de idade. O novo diploma reduziu esse limite para 18 anos. Isto irá, com certeza, acarretar prejuízo a muitas vítimas. E também, de uma certa maneira, aos próprios menores. Porque, até então, os incapazes eram protegidos e assistidos pelo Ministério Público, que se manifestava obrigatoriamente em todos os casos em que havia interesses dos menores de 21 anos, naturalmente para defendê-los. Não terão estes mais o Ministério Público ao seu lado.

As vítimas também serão prejudicadas, porque o art. 1.521, inciso I, do Código de 1916 dizia que os pais respondem pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores. E a menoridade só terminava aos 21 anos de idade. Mas, como no novo Código ela termina aos 18 anos, as vítimas não poderão mais mover ações de indenização contra os pais, por atos dos filhos que já houverem completado 18 anos de idade. A ação só poderá ser movida contra os causadores do dano, não contra os seus pais, porque estes não responderão mais pelos atos dos filhos que já tiverem atingido a maioridade, isto é, que já tiverem completado 18 anos de idade. Isso causará prejuízo às vítimas, porque nessa faixa de idade os jovens em geral ainda não têm patrimônio suficiente para responder pela indenização.

---

Ainda sob este aspecto, no Código Civil de 1916 a responsabilidade civil já começava aos 16 anos de idade. Dizia o referido artigo 156 que os maiores de 16 e menores de 21 anos de idade eram equiparados aos adultos quanto aos atos ilícitos que praticarem. Assim, se o causador do dano tivesse menos de 16 anos, seria civilmente irresponsável e estaria na mesma situação dos loucos: não responderia civilmente pelos seus atos. Por eles responderiam os seus pais, ou os tutores, se aqueles já houvessem falecido. Mas, se o menor tivesse de 16 a 21 anos, seria equiparado ao adulto e, portanto, considerado civilmente responsável. Desse modo, a vítima já poderia, se quisesse, mover ação contra ele. Na maioria das vezes, todavia, as vítimas preferiam acionar os pais dos menores. Mas havia casos em que estes se encontravam na faixa dos 16 aos 21 anos e tinham melhores condições financeiras do que os pais. Nestas hipótese, a vítima podia escolher entre mover ação só contra o menor, ou só contra os seus pais, ou contra ambos, porque todos respondiam solidariamente.

O novo Código, no entanto, não contem nenhum artigo igual ao mencionado art. 156 do Código Civil de 1916. Não há, assim, nenhum dispositivo prevendo que a partir dos 16 anos os causadores de danos já se tornam responsáveis pela indenização. Desse modo, os pais responderão pelos atos dos filhos menores de 18 anos, tenham 17, 16, 15, 14 anos ou menos. Assim, se o causador do dano tiver 16 ou 17 anos, a ação só poderá ser movida contra os seus pais. Estes deixarão de responder pelos atos dos filhos que já tiverem completado 18 anos. Conseqüentemente, ou a ação será movida contra os pais, porque os filhos ainda não completaram 18 anos, ou será movida só contra os filhos, porque estes já completaram 18 anos.

É nesse ponto que se introduziu uma inovação importante. Preceitua o art. 928 do novo Código Civil que “*o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes*”. Em princípio, só os pais respondem pelos atos dos filhos que não tenham completado 18 anos. Excepcionalmente, porém, os filhos responderão por esses atos quando as pessoas por eles responsáveis, os seus pais, não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Se o pai, todavia, não tiver dinheiro, nem patrimônio suficiente para responder pelo ato ilícito praticado pelo menor, então surgirá a responsabilidade dos filhos, que passa a ser subsidiária. Só se os pais não tiverem condições de pagar a indenização é que a vítima poderá

voltar-se contra o incapaz, mas com uma condição, imposta no parágrafo único: “A indenização prevista nesse artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se ela privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

O novo Código criou, assim, a responsabilidade *subsidiária* e *mitigada*, dos incapazes. *Subsidiária*, porque a vítima precisa, primeiramente, procurar receber dos pais a devida indenização. Só depois de esgotada essa possibilidade, pela constatação de que os genitores não têm recursos suficientes para ressarcir a vítima, poderá esta voltar-se contra o menor de 18 anos. Mas desde que ele possa pagar a indenização sem se privar do necessário ao seu sustento, ou seja, só se for um menor abastado. O mesmo se dá em relação ao louco, que continuará civilmente irresponsável, ou seja, o curador continuará sendo responsável pelos seus atos. Mas, se o curador não tiver condições de pagar a indenização, a vítima poderá voltar-se contra o amental, desde que este seja abastado e possa pagar a indenização sem se privar do necessário ao seu sustento.

Essa responsabilidade mitigada e subsidiária dos incapazes, adotada pelo novo Código Civil, já existe em muitos países, como na Espanha, na Suíça e no México, dentre outros.

Ainda sem entrar no capítulo da responsabilidade civil, mas comentando alguns artigos da Parte Geral do Código, anota-se uma mudança muito importante no capítulo da prescrição. Sabemos que, anteriormente, a prescrição das ações pessoais só ocorria em 20 anos. No novo Código, porém, há um único prazo prescricional para as ações de reparação de danos, que é de apenas 3 anos (art. 206, par. 3º, V). Além disso, segundo o novo diploma, o que prescreve é a pretensão, e não a ação (art. 189).

Nas disposições finais, há uma regra de transição, o art. 2.028, que prescreve: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Desse modo, somente será aplicado o prazo reduzido aos casos em que ainda não haja transcorrido mais da metade do tempo estabelecido no diploma anterior.

Há ainda uma outra regra a respeito de prescrição em matéria de responsabilidade civil, no novo Código, e que consta do art. 200. Neste caso, nada mais fez o novo diploma do que consagrar uma orientação seguida pela jurisprudência. Já havia decisões, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que não corre a prescrição

---

antes da sentença definitiva, quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal.

Muitas vezes o advogado da vítima espera o desfecho do processo crime, para ajuizar a *actio judicati*, porque sabe que a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível. Mas, e se o réu da ação cível for o Estado, ou se tratar de algum outro caso em que a prescrição ocorra em pouco tempo? Pode demorar o desfecho da ação penal, a ponto de prescrever a pretensão que poderia ser deduzida em juízo, se o prazo se contasse da data do fato.

Então, já havia uma orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, quando o fato, além de ser ilícito civil, é também crime, o prazo prescricional só começa a correr do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Mesmo que o processo crime dure 10, 15 ou 20 anos, não correrá a prescrição no cível, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É o que prescreve o artigo 200 do novo Código, que apenas aproveitou e reproduziu essa jurisprudência.

O novo Código começa o capítulo referente aos “atos ilícitos” corrigindo um equívoco de redação do art. 159 do Código de 1916, que dizia: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Há um equívoco na expressão “violar direito OU causar prejuízo”, que foi corrigido. “Ou” é alternativa. Fica a impressão de que, para alguém ser obrigado a reparar o prejuízo, basta uma conduta ou outra, isto é, basta causar dano, mesmo que não se tenha violado direito, ou basta violar direito, mesmo que se não tenha causado o dano.

Na verdade, para que alguém seja obrigado a reparar prejuízo é necessário que tenha feito as duas coisas: agido contrariamente ao direito e causado prejuízo a outrem. Por exemplo: se alguém viola o Código de Trânsito Brasileiro, por dirigir embriagado, ou subir com o veículo na calçada, ou invadir a contramão de direção, ou atravessar cruzamento com o sinal fechado, mas por outro lado tem a sorte de não atropelar ninguém, de não colidir com nenhum outro carro, de não causar dano a qualquer pessoa, não se pode dizer que tenha praticado um ato ilícito, nem que tenha a obrigação de indenizar. Para que isto aconteça é necessário que tenha, concomitantemente, violado direito e causado dano a outrem, como consta do artigo 186 do novo Código.

Às vezes a pessoa causa dano a outrem, mas a sua conduta

não é ilícita. Quando age em legítima defesa, por exemplo, que é excludente da responsabilidade admitida também no cível. Mesmo tendo tirado a vida de uma pessoa, a sua conduta não foi contrária ao direito e, portanto, não está obrigado a reparar o prejuízo. Quantas vezes, nos dias de hoje, os patrões resolvem diminuir o seu quadro de funcionários por dificuldades financeiras e despedem alguns empregados, causando prejuízo a estes. Mas, tendo indenizado todos os seus direitos trabalhistas, não poderá ser responsabilizado pelo direito comum pelos prejuízos dos funcionários, decorrentes do desemprego, porque não teve nenhuma conduta contrária ao direito. É por isso que o art. 186 do novo Código exige que o agente tenha violado direito e causado prejuízo, ainda que exclusivamente moral, para se poder afirmar que cometeu um ato ilícito.

No Código Civil de 1916 não havia nenhuma referência expressa à possibilidade de alguém ser responsabilizado civilmente em caso de *abuso de direito*. Apesar disso, já há muitos anos a doutrina e a jurisprudência vinham entendendo ser possível alguém, que tenha causado dano, responder por abuso de direito. Para tanto, a doutrina passou a interpretar *a contrario sensu* o art. 160 do diploma anterior, que declarava, no inciso I, não constituírem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito. Interpretando-se *a contrario sensu* esse dispositivo, torna-se possível concluir que, então, constitui ato ilícito o exercício irregular de um direito, ou seja, que comete ato ilícito quem abusa do seu direito.

Há muitos anos se entende no Brasil que, mesmo em caso de conduta lícita do agente, pode ele ser responsabilizado se estiver abusando do seu direito, tendo esse abuso causado danos a outrem. Nesse caso, fica obrigado a reparar o prejuízo. Essa solução é encontrada no direito de vizinhança, no livro do Direito das Coisas. Reconhece-se que o proprietário de um aparelho de som, que mora num apartamento, tem o direito de ligar o referido aparelho, mas não pode abusar desse direito a ponto de perturbar o sossego dos demais condôminos.

O novo Código dedicou um artigo para os casos de abuso de direito, o artigo 187, que dispõe: “*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

Esse dispositivo reconhece o abuso de direito como causa de dano e de indenização.

Quanto ao mais, o art. 160 do Código de 1916 passa a ter

---

o número 188, sem sofrer modificação alguma. O referido art. 188 também proclama que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa.

Sabemos que só não responde pelos danos causados a terceiros aquele que age em *legítima defesa real*, e quando quem sofre o dano é o próprio injusto agressor. Mas o art. 1.540 do Código de 1916 prescrevia que, mesmo o agente agindo em legítima defesa, ficava obrigado a indenizar, se errasse a pontaria e acabasse atingindo um terceiro, que nada tinha a ver com a história.

Também a doutrina vem entendendo, há muitos anos, que o agente igualmente fica obrigado a indenizar o prejuízo causado quando age em *legítima defesa putativa*. A explicação para esse fato é que o Código se preocupa com a situação das vítimas e, no caso da pessoa errar a pontaria, o terceiro que não participa dos atos acaba sofrendo o dano e deve ser indenizado, porque ninguém pode lesar a outrem.

Se o agente agisse em legítima defesa e atingisse o injusto agressor, tirando a vida deste, a família do falecido não tinha ação contra aquele que agiu licitamente, como preceituava o aludido artigo 160 do Código de 1916. Mas se o agente errasse a pontaria e atingisse um terceiro, que estava passando do outro lado da rua, pelo citado art. 1.540 tinha aquele que primeiro indenizar o terceiro, para depois poder ajuizar ação regressiva contra o injusto agressor.

Embora o anterior diploma não mencionasse a legítima defesa putativa, dizia a doutrina que, neste caso, quem causou o dano ficava obrigado a indenizar, porque não constitui ela excludente da antijuridicidade do ato, sendo apenas excludente da culpabilidade. E, em matéria de culpa, a responsabilidade civil é diferente da responsabilidade penal. No cível, qualquer grau de culpa, por mais leve que seja, obriga a indenizar. No juízo criminal não: o juiz só condena alguém por crime culposos se a culpa tiver um certo grau, pois se for muito leve o juiz absolve o réu. No cível, a culpa mesmo levíssima obriga a indenizar (*in lege Aquilia et levíssima culpa venit*).

Então, não deixa de ter uma certa culpa, ainda que de pequeno grau, aquele que se precipita e age em legítima defesa putativa. Exemplo clássico é o dos dois desafetos que se cruzam na rua, e um deles abre o paletó para tirar o maço de cigarro. O outro, pensando que aquele vai sacar uma arma, precipitadamente atira antes. Houve uma certa precipitação e por isso ele será absolvido no juízo criminal, mas responderá por seu ato no juízo cível.

Esse sistema foi mantido no novo Código Civil.

O artigo 160 do Código Civil de 1916 refere-se também ao chamado *estado de necessidade* no cível. O inciso II dizia que igualmente não constitui ato ilícito a destruição de coisa alheia a fim de remover, perigo iminente desde que sejam usados os meios necessários. É o caso, por exemplo, da pessoa que está dirigindo e, para não atropelar uma criança que repentinamente cruza a rua na frente do veículo, desvia e acaba chocando-se com um carro que está parado, ou sobe na calçada e derruba o muro de uma residência.

Para o referido artigo 160 o motorista não teria praticado nenhum ato ilícito, porque teria agido dessa forma por necessidade, para não causar um mal maior, que seria o atropelamento da criança. Mas o próprio dispositivo em questão fazia expressa remissão aos arts. 1.519 e 1.520 do aludido diploma, pelos quais aquele que destruiu coisa alheia para não atropelar a criança (no exemplo dado, para não acarretar um mal maior desvia o veículo e derruba o muro de uma residência) teria de indenizar o dono do muro. A razão, como já se afirmou, estava na preocupação com a situação do terceiro, que não participou dos fatos e, portanto, nada tinha a ver com o acontecido e não podia permanecer irressarcido. Que culpa tem o terceiro nesse episódio? Quem deveria pagar a indenização era quem derrubou o muro. Depois, com base no citado art. 1.520, poderia mover ação regressiva contra quem criou a situação de perigo, ou seja, contra o pai de criança, que não a vigiou e permitiu que ela atravessasse a rua abruptamente.

Esse sistema foi mantido no novo Código. Mudaram apenas os números e os artigos, mas com uma diferença: o Código de 1916 só admite o estado de necessidade em relação a bens danificados, enquanto o novo diploma estende a sua aplicação também aos danos causados às pessoas. Aquele exemplo de estado de necessidade do direito penal, em que duas pessoas se encontravam em um barco que só suporta uma pessoa e uma delas, para sobreviver, tira a vida da outra, sem praticar ato ilícito, não valia para o revogado Código Civil porque esses artigos não se aplicavam a dano a pessoa. Mas o novo Código mudou essa situação, dispondo, no art. 188, inciso II: “*Não constituem atos ilícitos: II - a deterioração ou a destruição da coisa alheia ou a lesão a pessoa, a fim de remover o perigo iminente*”.

O sistema adotado pelo novo Código é o seguinte: primeiro, no art. 186, define o ato ilícito: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda*

---

*que exclusivamente moral, comete ato ilícito*". Também diz, no artigo 928, que comete ato ilícito quem causa prejuízo a outrem *ao abusar de seu direito*. E, no artigo 927, complementa: *"Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem é obrigado a repará-lo"*.

Observa-se, então, que o novo Código Civil manteve a *responsabilidade subjetiva*, no art. 186, ao referir-se ao dolo e à culpa em sentido estrito ou aquiliana como pressupostos da obrigação. Manteve-se, como regra, a responsabilidade subjetiva. Só se poderá responsabilizar o motorista que causou um dano a outrem se se provar que agiu com alguma modalidade de culpa. Sem a prova do dolo, da imprudência ou da negligência do motorista, ele não será responsabilizado civilmente.

Mas a principal inovação do Código aprovado está exatamente no parágrafo único desse art. 927. No *caput* proclama-se que todo aquele que causa prejuízo a outrem e, portanto, comete um ato ilícito, fica obrigado a repará-lo. Só comete ato ilícito quem age de forma culposa ou dolosa. A vítima continua, pois, com o ônus de provar a culpa do causador do dano. A inovação encontra-se no parágrafo único, que dispõe: *"Haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"*.

Adota, portanto, para as hipóteses mencionadas, expressamente, a *responsabilidade objetiva*. A vítima não precisará se preocupar em provar a culpa do causador do dano *"nos casos especificados em lei..."* - é a primeira hipótese - *"ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"*.

É a responsabilidade objetiva decorrente do *exercício de atividade perigosa*, que já existe em outros países e que o nosso Código foi buscar no Código Civil italiano. O novo Código Civil brasileiro, porém, foi mais rigoroso que o próprio Código Civil italiano, que afasta a responsabilidade do agente se este provar que tomou todas as cautelas para evitar que dano ocorresse. O novo Código Civil brasileiro não fez essa ressalva. Desse modo, aquele que exercer uma atividade considerada perigosa, de risco, e causar dano a outrem, responderá objetivamente, independentemente de culpa, sem ter a chance de demonstrar que tomou todas as cautelas para evitar que o mal acontecesse.

A responsabilidade decorrente do exercício de atividade perigosa, como causa de responsabilidade objetiva, já existia no direito brasileiro há bastante tempo, mas era prevista somente em leis especiais,

em leis esparsas. Muitas leis anteriormente existentes no Brasil responsabilizam objetivamente pessoas que causam danos a terceiros, exercendo determinadas atividades. Veja-se, por exemplo, o Código Brasileiro de Aeronáutica, de 1986, que responsabiliza objetivamente as empresas aéreas, considerando que exercem atividade de risco. Se cair um pedaço da asa do avião, ou o próprio avião em cima de uma residência, não cabe discussão a respeito da responsabilidade da empresa aérea. Ela é objetiva, porque o Código Brasileiro de Aeronáutica considera perigosa essa atividade.

De vez em quando se vê nos jornais que a empresa aérea está discutindo e se negando a pagar a indenização pleiteada. O que se discute são os danos causados ao passageiro, e não os causados às pessoas em terra, vitimados pela queda da aeronave. Essa discussão decorre do fato de a Convenção de Varsóvia dizer que a indenização é tarifada e deve ser observada uma tabela de valores, salvo se se provar culpa grave ou dolo da empresa aérea. A discussão gira em torno da existência ou não da culpa grave ou dolo da empresa aérea. Mas tudo isso diz respeito à indenização devida ao passageiro. As pessoas que sofrem dano em terra, contudo, têm o direito de mover ação contra a empresa aérea, responsabilizando-a objetivamente.

Temos várias outras leis semelhantes. Há uma de 1967 que responsabiliza objetivamente as pessoas que exercem atividades nucleares, e outras mais, que tomam como fundamento da responsabilidade objetiva o exercício de atividade perigosa.

Entretanto, para que alguém respondesse de forma objetiva pelo exercício de uma atividade de risco era necessário que existisse uma lei especial disciplinando o assunto. Com a entrada em vigor do novo Código Civil, ficam ressalvadas todas essas leis já existentes, porque o parágrafo único do mencionado artigo 927 afirma que haverá a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa “*nos casos especificados em lei*”. Todas as leis já existentes que responsabilizam objetivamente o causador do dano pelo exercício da atividade perigosa foram mantidas. O dispositivo abrange também futuras leis que vierem a ser promulgadas, considerando perigosas determinadas atividades.

Mas, independentemente da existência de leis esparsas, o Judiciário, mesmo que não exista nenhuma lei especial regulamentando uma determinada atividade que venha a surgir e que, estatisticamente, esteja provocando danos às pessoas de forma reiterada, poderá considerá-

---

---

la perigosa e responsabilizar objetivamente quem assumir o risco de exercê-la.

Se não existisse, na época do Código de 1916, nenhuma lei dizendo que determinada atividade era perigosa e que o causador do dano respondia objetivamente pelos danos causados, a hipótese caía na regra geral da responsabilidade subjetiva, pela qual a vítima tem que provar culpa ou dolo do agente. Mas no novo Código pode o caso não subsumir-se à regra geral, se o Judiciário entender que se trata de atividade potencialmente perigosa, independentemente da existência de lei especial que assim a considere, aplicando simplesmente o parágrafo único do artigo 927 e decidindo que a responsabilidade, no caso *sub judice*, é objetiva. Quem vai dizer quando determinada atividade implica em risco para os direitos de outrem é o Judiciário, analisando os diversos casos que lhe forem apresentados.

Na Itália, segue-se muito o critério estatístico. Se uma determinada atividade estatisticamente causa danos a muitas pessoas, então ela é considerada uma atividade potencialmente perigosa. Provavelmente esse critério será adotado também no Brasil. Se determinada atividade estiver causando dano a muitas pessoas, pode ser que o Judiciário passe a considerá-la perigosa e, nesse caso então, as pessoas que a exercerem responderão objetivamente, isto é, independentemente de culpa, pelos prejuízos causados.

Entretanto, tal critério, por si só, mostra-se insuficiente para avaliar a periculosidade de determinada atividade, podendo servir apenas de subsídio.

Já tive a oportunidade de escrever sobre essa responsabilidade independente de culpa que, para mim, é a maior novidade do Código Civil de 2002 em matéria de responsabilidade civil. Afirmo, então que, dentro da teoria do risco, há uma responsabilidade decorrente do exercício de atividade perigosa, tomada em sentido dinâmico, relativa à utilização de diferentes veículos, máquinas, objetos, utensílios. E há uma outra atividade de cunho estático do bem, que se inclui na responsabilidade pelo fato das coisas.

Perante a nova ordem estabelecida pelo Código Civil de 2002, basta que exista nexo de causalidade entre o exercício de atividade considerada potencialmente perigosa e o dano superveniente, para que se completem os pressupostos da responsabilidade em concreto. A obrigação de reparar o dano surge, pois, do simples exercício da atividade que o

---

agente desenvolve em seu interesse e sob seu controle, em função do perigo que dela decorre para terceiros. Tem-se, então, o risco como fundamento da responsabilidade.

Passou-se, assim, de um ato ilícito, base da teoria subjetiva, para tomar-se por base da responsabilidade um ato lícito. Uma atividade lícita, mas potencialmente perigosa, geradora de perigo, pode caracterizar a responsabilidade objetiva. Ponto de partida desse sistema foi a constatação de que um certo número de atividades, por sua periculosidade, embora legítimas, traziam em si riscos próprios ocasionando danos com freqüência. Daí por que deveriam sujeitar os seus titulares à responsabilidade pela simples criação e pela introdução de coisas perigosas na sociedade.

Outros códigos têm dispositivos semelhantes. O Código de Obrigações do Líbano, ao dispor da responsabilidade pelo fato de coisas afirma: “Mesmo quando essas não se encontrem sob o controle do agente”, como um automóvel em movimento, metrô, avião em vôo, um elevador em funcionamento. O Código Civil português, também refere-se à atividade perigosa por sua natureza ou pela natureza dos meios empregados. O Código Civil mexicano impõe a responsabilidade pela utilização de mecanismos, instrumentos, aparelhos ou substâncias perigosas por si mesmas, pela velocidade que desenvolvem, por sua natureza explosiva ou inflamável, pela energia de corrente elétrica que produzem ou outras causas análogas. Quem lida com explosivos certamente passou a ter responsabilidade objetiva no novo Código.

Termino o comentário sobre a responsabilidade decorrente do exercício de atividade perigosa dizendo o seguinte: deve ser considerada perigosa, pois, aquela atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa em relação ao critério da normalidade média e revelada por meio de estatísticas, de elementos técnicos e da própria experiência comum.

Alguns autores, como o professor Carlos Alberto Bittar, que desenvolveu excelente estudo sobre a teoria do exercício da atividade perigosa, acham que essa teoria não admite nenhuma excludente da responsabilidade, não admitindo a alegação de caso fortuito. Creio, no entanto, que não só a força maior, ou fortuito externo, bem como a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, devem ser admitidos, porque rompem o nexo de causalidade. É o que acontece com a responsabilidade do Estado, que é objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, dispensando a vítima de provar a culpa do agente público. Mas admite-se que o Estado

---

se exonerar da obrigação de indenizar provando força maior, culpa exclusiva da vítima ou culpa exclusiva de terceiro, porque rompem o nexo de causalidade. Talvez se possa afastar a alegação de fortuito interno, ligado à atividade, à máquina, ao serviço, incluído no risco da atividade.

Há outra mudança importante no novo Código, no tocante à responsabilidade por atos de terceiro.

No sistema do Código Civil de 1916, o pai respondia pelo ato do filho menor, o patrão pelo ato do empregado, o tutor pelo ato do tutelado, o curador pelo ato do curatelado. Provada a culpa do filho, presumia-se a do pai, mas não de forma absoluta, pois a presunção era relativa. Muitos pais conseguiam livrar-se da condenação, provando que foram diligentes, que foram cuidadosos, porque a presunção de culpa era *juris tantum*, relativa.

Provada a culpa do tutelado, presumia-se, embora de forma relativa, a do tutor. Provado que o louco procedeu de forma incorreta e causou um dano, presumia-se a responsabilidade do curador. Mas admitia-se que este provasse, para exonerar-se da obrigação de indenizar, que foi cuidadoso, que fez tudo o que estava ao seu alcance para evitar que o louco causasse dano, e, mesmo assim, não conseguiu.

No novo Código isso não será possível, porque o artigo 933 prescreve que “*as pessoas indicadas no artigo antecedente, mesmo que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos*”.

Por que o pai respondia pelo ato do filho? Por sua própria culpa, que se chama até culpa *in vigilando*. Por que o patrão respondia por ato do empregado? Porque o escolheu mal (culpa *in eligendo*). No novo Código eles responderão objetivamente, independentemente de culpa. Desse modo, não terão como eximir-se da condenação. Provada a culpa do filho, o pai estará condenado; provada a do empregado, o patrão já estará condenado.

O novo Código não fala mais em presunção de responsabilidade, pois esta passa a ser absoluta e decorrente exclusivamente da situação de cada um em relação ao causador do dano. Se alguém mover uma ação contra o pai e provar a culpa do filho - porque a responsabilidade deste é subjetiva -, passará a existir uma responsabilidade objetiva daquele.

Outra mudança foi introduzida no tocante ao *quantum* da indenização. É do conhecimento de todos que não se mede a indenização pelo grau de culpa. A verificação da culpa é necessária somente para saber se o réu deve ser condenado a indenizar. Provada a culpa, qualquer que

seja o grau, mesmo que ela seja levíssima, o réu será condenado. O passo seguinte é fixar o montante da indenização a ser paga. Nesse ponto, o grau de culpa não tem nenhuma influência. O causador do dano indenizará todo o prejuízo acarretado à vítima, tenha agido com dolo, culpa grave, culpa leve ou levíssima. Se a vítima alega que seu prejuízo foi de 100 mil reais, mas prova apenas prejuízo de 50 mil, o juiz vai fixar a indenização em 50 mil reais. Mas se provar que realmente o seu prejuízo foi de 100 mil reais, a indenização será fixada nesse valor.

Na época do Código de 1916, se duas pessoas, agindo de forma idêntica, causassem um prejuízo de igual valor, tendo um agido com dolo intenso e o outro com culpa levíssima, ambos pagariam a mesma quantia, porque não se levava em conta o grau de culpa para se fixar a indenização, mas somente o montante do prejuízo.

É nesse ponto que reside a novidade trazida pelo Código de 2002.

O artigo 944 do novo diploma, no *caput*, repete a regra de que “*A indenização mede-se pela extensão do dano*”. Assim, se este foi de 100 mil reais, a indenização terá esse valor. Mas, acrescenta o parágrafo único que, se, no entanto, “*houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização*”.

Há casos em que parece injusto o juiz condenar ambos a pagar a mesma indenização, se um agiu com dolo intenso e o outro com culpa levíssima. Uma pequena distração pode, às vezes, provocar um acidente muito grande. O novo Código, atendendo ao anseio de muitos doutrinadores, criou a possibilidade de o juiz, por equidade, reduzir o montante da indenização, no caso de existir excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

São estas as principais inovações do Código Civil de 2002 no tocante à responsabilidade civil. Agradeço a atenção de todos. Muito obrigado.

---

---

## **Jucirema Maria Godinho Gonçalves**

*Desembargadora Federal do Trabalho Tribunal  
Regional do Trabalho da 2ª. Região*

### **“ O PORTO”**

#### **Sumário**

#### **Introdução**

#### **1ª. Parte**

Porto Organizado/Terminais Privativos/Conselho De Autoridade Portuária-CAP/Companhias Docas/Antaq/Ogmo-Órgão Gestor De Mão De Obra/Operadores Portuários/Autoridades e Pessoas Físicas Envolvidas No Trabalho Portuário/Agentes Envolvidos Diretamente No Trabalho Portuário/Outros Trabalhadores Atuantes na Operação Portuária/Os Trabalhadores Avulsos/ Trabalhador Portuário Avulso E Trabalhador Portuário Com Vinculo Empregatício.

#### **2a. Parte**

#### **Dos contornos trabalhistas**

Dos Princípios do Trabalho Portuário /Do Trabalhador Portuário /Da Contratação do Trabalhador Portuário/Dos Atributos da Contratação/Da requisição/Da Escalação/Da Remuneração/Da atuação do Ogmo no pagamento dos direitos trabalhistas/Do cálculo da remuneração/ Da jornada de trabalho/ Do Adicional noturno/ Do Adicional de risco/Da prescrição/Da Responsabilidade principal/Dos Terminais Privativos e Conflitos Trabalhistas/ Dos Terminais Privativos e as Instalações Arrendadas.

#### **Introdução**

*É muito difícil explicitar algum tema, especialmente quando se sabe que não é o interesse de quem escreve que deve prevalecer, mas, daquele que se propõe, pacientemente, a ler o texto. Não busco nenhuma teoria, nem tampouco*

---

*agregar outros conhecimentos senão aqueles que todos os leitores certamente já os têm.*

Assim, nenhuma outra intenção me levou a aceitar o honroso convite da Escola da Magistratura - ainda na gestão da Desembargadora Federal Dra. Lizete Belido Barreto Rocha - senão traçar brevíssima exposição sobre o tema “O PORTO”. Reitero e busco a paciência de todos os que se dispuserem a ler, até porque a atividade portuária é assunto que está, hoje, no cenário nacional e internacional como de maior rentabilidade comercial, face a globalização mundial. De toda a sorte, não faço análise de itens; apenas os abordo, levando em conta ter sido advogada da Cia. Docas do Estado de São Paulo- CODESP dedicando a ela uma década da minha vida profissional. Aquele momento histórico vivido, nos idos de 1980, passou por significativa evolução, com alteração substancial da ordem jurídica que regulava o trabalho portuário fecundando na decantada Lei de Modernização dos Portos. Rendo homenagem à MM. Digna Coordenadora da Escola Magistratura por sua profícua atuação, neste biênio, que ora se aproxima do término.

### **1ª. Parte**

Buscando os matizes históricos que envolvem a exploração da atividade portuária, isto nos leva aos primórdios da humanidade para se ter a exata dimensão da importância do mar como elo para as várias civilizações. Alça-se ao tempo da era pré-cristã onde a exploração econômica do mar repercutia na vida dos povos que dele retiravam o abastecimento para suas necessidades. *En passant*, Platão descrevia a relação dos gregos com a geografia, **com destaque para o mar**, quando referenciava que “*a terra é muito grande e ( ....) nós moramos apenas numa parte pequena parte - naquela do Fásis às colunas de Hércules, ao redor do mar, assim como as formigas e rãs que vivem em torno de uma lagoa*”(Platão, Fédon, ( 109 b), São Paulo, Abril Cultural, 1972, Coleção “Os Pensadores”). O porto marítimo foi muito bem descrito por Jean Hatzfeld: “*As cidades dotadas com um bom porto podem desenvolver-se muito sem o risco da fome, e, por outro lado, produzir em abundância, confiantes em poderem encontrar mercados externos, numa época em que a oferta é quase sempre inferior à procura ( ....) A história econômica da Grécia será doravante a dos seus grandes portos: Atenas, Siracusa, Rodes, Delos, Alexandria e Bizâncio*” ( Hatzfeld, Jean, História da Grécia Antiga, 3a. edição, Lisboa, Publicações Europa-América,1988). Assim, a história dos portos e o aproveitamento

---

dos quebra-mares (construções para proteger os barcos do ímpeto das ondas ou das correntes) está intimamente ligada ao desenvolvimento da navegação e do comércio. É de todos nós conhecido como os povos antigos descobriram que, juntando pedaços de junco, bambus, troncos de árvores amarrados uns aos outros ou cestos grandes poderiam servir-lhes de travessia em rios e mares ou apenas flutuar nas águas. E, pelas esculturas e pinturas do Egito denota-se que, pelo ano de 3.400 Ac. já havia as primeiras evidências de construção de barcos. Ao povo fenício é que coube o empreendimento da construção das grandes embarcações porque viviam em uma região extremamente estreita entre o Mar Mediterrâneo e as montanhas do Líbano. Fala-se, aqui, *na Idade Antiga*.

Trazendo o foco mais próximo à nossa realidade, a intensificação crescente da navegação e do comércio pelo mar deu origem a uma regulamentação que passou a denominar-se Direito Marítimo. O volume do comércio e a globalização provocaram no transporte marítimo uma evolução que exigiu desafio e coragem e repercutiu na escolha de mão de obra específica para atuação nesse ramo. Etimologicamente, a expressão latina “*portu*” leva a uma pequena baía ou parte de grande extensão de água protegida natural ou artificialmente das ondas maiores e correntes fortes que serve de abrigo e ancoradouro a navios e está provida de facilidades de embarque e desembarque de passageiros e carga (*Michaelis, Moderno Dicionário da Língua Portuguesa- [http:// Michaelis.uol. com.br](http://Michaelis.uol.com.br)*). Muitas outras terminologias são, usualmente, utilizadas, como *Porto de Destino* que significa o porto terminal do itinerário de um navio; ou , *Porto de mar* aquele que se direciona na costa do mar, ou, às proximidades de uma cidade ou povoação banhada pelo mar ( p.ex. Porto de Santos) e, finalmente, *Porto de registro ou de matrícula* que induz a origem de um navio.

Pisando-se no século XXI, especificamente, dentro do território nacional, importante frisar a continuidade da importância de cada região geográfica que, com suas particularidades e especificidades de transporte de cargas e passageiros traz mudanças nos agentes sociais, com efeitos econômicos mundiais. Centro a explanação no território paulista, enfocando-me no Porto de Santos considerado o maior Porto brasileiro e da América Latina, participe do cenário internacional globalizado. Localizado no centro do litoral do Estado de São Paulo, estende-se ao longo de um estuário limitado pelas ilhas de São Vicente e de Santo Amaro, distando 2km do oceano Atlântico, com área de influência compreendendo

o Estado de São Paulo e grande parte de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais e Paraná.

**DO PORTO ORGANIZADO-** A definição de Porto Organizado remete àquele construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária (artigo 1º, § 1º, inciso I da Lei nº. 8.630/1993). A dúvida eventual quanto *a existência de portos não organizados e sua sobrevivência* pode ser examinada sob o enfoque da falta de investimentos governamentais porque são instalações de pequeno porte, sem auxílio estrutural. Cito, como exemplo, a maioria dos Portos e Hidrovias da *Amazônia* inteiramente deficitários, com ocupação indevida, sem planejamento, e, sem qualquer fiscalização quanto ao transporte de passageiros. A Região Norte, com sua imensa bacia hidrofluvial não é sustentável, porque o Brasil não faz investimentos a longo prazo, obrigando o transporte de mercadorias pela malha rodoviária para chegar a distribuição aos demais Portos do Sul e Sudeste brasileiro. *A Bacia Amazônica é um exemplo de Portos não organizados*, embora com grande produção de minério de ferro e bauxita nessa região. Quando se fala no Porto Organizado de Santos destaca-se a imensa área descrita na Portaria-MT nº 94, de 15/2/95 (D.O.U. de 17/2/95) assim mencionada: as instalações portuárias terrestres, existentes na margem direita do estuário formado pelas ilhas de São Vicente e de Santo Amaro, desde a Ponta da Praia até a Alamoia e, na margem esquerda, desde a ilha de Barnabé até a embocadura do rio Santo Amaro, abrangendo todo o cais, docas, pontes, píeres de atracação e de acostagem, armazéns, pátios, edificações em geral, vias internas de circulação rodoviária e ferroviária e, ainda, os terrenos ao longo dessas faixas marginais, e, em suas adjacências pertencentes à União, incorporados ou não ao patrimônio do Porto organizado, ou, sob sua guarda e responsabilidade, incluindo-se também a Usina Hidrelétrica de Itatinga, e, a faixa de domínio de suas linhas de transmissão; a infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário, tais como áreas de fundeio, bacias de evolução, canal de acesso até o paralelo 23º54'48''S e, áreas adjacentes a esse até as margens das instalações terrestres do Porto existentes ou que venham a ser construídas e mantidas pela Administração Portuária, ou, por outro órgão do poder público (artigo 1º, § 1º, inciso IV da Lei nº. 8.630/1993). A

Usina de Itatinga serve de geradora de eletricidade para toda a cidade, em casos emergenciais. Grifo o paralelo, porque em razão de sua alteração, houve efeito prático na medida em que deixa os Terminais Privativos *fora da área do porto organizado*, sendo interessante destacar que essa delimitação marítima não foi feita pelo Ministério da Marinha e, sim, pelo Ministério dos Transportes.

O sistema portuário brasileiro conta com várias modalidades de exploração de suas instalações terrestres reguladas pelo art. 4º, § 2º, incisos I e II da Lei 8.630/93. Essas instalações são de *uso público ou privativo*. As de uso público são aquelas situadas dentro da área do porto organizado, sendo que de uso privativo denominadas de Terminais Privativos.

**DOS TERMINAIS PRIVATIVOS-** Os *Terminais Privativos* podem situar-se tanto *na área do porto organizado, como fora dela*. Destinam-se à movimentação de carga própria (uso “exclusivo”) e de terceiros (uso “misto”) passageiros de turismo (inclusão pela Lei 11.314/2006) ou, ainda, a “estação de transbordo de cargas” (inclusão pela Lei 11.518/2007). Antes da edição da Lei 8630/93 cabia à Administração Pública a *participação exclusiva* nas operações portuárias. Ela era a única responsável por todo o trabalho no porto, ou seja, pelas atividades da capatazia. Alguns comentaristas aduzem que, após a edição dessa legislação, houve uma “privatização” dos portos, expressão para muitos outros, inadequada. A bem da verdade, o que houve foi uma “privatização das atividades portuárias”; as então Companhias Docas deixaram de atuar nas operações, deslocaram-se da Administração propriamente dita, de todo o trabalho portuário, no interregno entre 1995 e 2002. O objetivo - com a criação desses Terminais Privativos - foi alcançar novos padrões de eficiência e produtividade no trabalho portuário com a participação efetiva da iniciativa privada com altos investimentos, contrapondo-se à desmantelada área portuária submetida ao Poder Público. Deste posicionamento legal surgiu a utilização dos Terminais, e, precisamente, no dia 17 de fevereiro de 1995, por ato ministerial, o Porto de Santos teve deslocado de seu território geográfico as áreas correspondentes à Companhia Siderúrgica Paulista e Ultrafértil, então empresas privadas, e, por meio de um contrato de adesão a União garantiu a elas o direito de movimentar cargas de terceiros, constituindo-se em, praticamente, um porto paralelo ao de Santos. Foram licitados, ainda, outros Terminais que permaneceram *dentro da área do*

*porto organizado* e que passaram a coabitar com outros Operadores (empresas) que continuavam a utilizar as instalações portuárias pertencentes ao Poder Público. Isto é permissivamente legal, porque as instalações portuárias dos Terminais Privativos podem *situar-se tanto dentro da área do porto organizado quanto fora dela*. Há um questionamento específico no sentido de que, pelo uso do mesmo canal de navegação que dá acesso ao Porto Organizado de Santos, a então Cosipa ( hoje USIMINAS) adquiriu o *status* de Porto Organizado e não de Terminal Privativo porque - se assim não fosse, com o uso desse acesso marítimo - a Usiminas não subsistiria como *Terminal Privativo*. Por mero amor à discussão acadêmica - e respeito as opiniões, nessa linha de pensamento, não é um mero canal geográfico que transmudaria a conceituação legal de *Terminal Privativo para Porto Organizado*. O alcance da expressão se afasta dessa dicotomia, embora se reconheça os altos privilégios que hoje ostentam esses Terminais Privativos, com adoção de tarifas mais benéficas em relação ao Porto Público. Claro que existe a preocupação com a abertura de licitações para os grandes investimentos particulares feitos nos Terminais Privativos, diante do exaurimento da capacidade logística dos Portos Organizados Brasileiros. De toda a sorte, as operações portuárias realizadas pelos Terminais Privativos, *dentro da área do Porto Organizado*, devem obedecer à Lei 8630/93 inclusive quanto à contratação da mão de obra avulsa ( OGMO). Diversamente, quando os Terminais estão *fora da área do porto*, e as operações portuárias podem ser feitas por empresa comum, podendo contratar mão de obra avulsa, em caráter facultativo. Como já dito alhures, os notórios gargalos na infra-estrutura portuária brasileira estão direcionando a economia portuária para os chamados Terminais Privativos, principalmente de *uso misto* que se destinam à movimentação de carga própria e de terceiros, à movimentação de passageiros de turismo e, como estação de transbordo de cargas. A atual implantação desses Terminais se funda no *princípio da livre iniciativa e concorrência*, com suporte legal aliado ao limite operacional dos Portos Organizados. Especificamente, no Porto de Santos, há um tempo excessivamente gasto para a atracação e desatracação de navios e esse fato provocou a edição da Resolução Normativa nº 517/2005, regulamentando a instalação de Terminais Privativos destinados à operação mista, em uníssono ao que já dispunha a Lei 8630/93, em seu artigo 4º inciso II. Cito alguns Terminais Privativos: *Terminal Marítimo Sucoétrico Cutrale* localização: dentro da área do porto organizado, na margem esquerda do estuário de Santos; *Terminal Marítimo*

---

*Dow Química* localização: dentro da área do porto organizado, ilha de Santo Amaro, na baía de Santos; *Terminal Marítimo de Cubatão (ex-Cosipa)* localização: fora da área do porto organizado; *Terminal Marítimo Misto da Ultrafertil* localização: fora da área do porto organizado – ilha do Cardoso; *Terminal da Cargill* localização: dentro da área do porto organizado (arrendado). Existem, hoje, 123 Terminais Privativos autorizados a operar no Brasil, sendo que a Antaq ( Agência Nacional de Regulação do Transporte Aquaviário) tem, atualmente, 42 requerimentos de novos Terminais, dos quais 19 processos se encontram, em andamento, e, oito próximos de serem autorizados. Os 23 restantes ainda não concluíram a documentação necessária para a formação dos processos. Uma possível mudança nas regras afetaria, contudo, apenas as autorizações concedidas a partir de sua publicação.

Outra abordagem constitucional obrigatória a ser feita diz respeito à forma de exploração das instalações portuárias diretamente fincadas na competência da União, a quem cabe legislar sobre o regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (artigo 21 inciso X da Carta Política de 88). Portanto, é de fundamental importância reconhecer que os serviços portuários são de natureza pública. Aliás, a manifestação oficial do atual Ministro dos Transportes deixa evidente a preocupação que ronda o Governo com a abertura institucional para empresas ditas portuárias. A expressão utilizada por ele é firme: **“Nenhuma empresa privada será autoridade portuária aqui no Brasil. Esta é uma atribuição da qual o Governo não abrirá mão”**. De qualquer forma, a exploração - direta ou indireta - dos Portos marítimos, fluviais e lacustres cabe, exclusivamente, à União e essa exploração pode ser feita mediante autorização, concessão ou permissão. Esta última se perfaz por ato administrativo discricionário e negocial, pelo qual o Administrador Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou, o uso especial de bens públicos. A *autorização*, é ato discricionário e precário, pelo qual o Administrador Público, a seu livre critério, sem licitação ou justificativa, defere ao particular o direito de executar serviços sobre bens públicos e, a *concessão* onde o Administrador permite a execução de um serviço público ao particular para que o explore, por sua conta e risco, pelo prazo e condições ajustadas, em contrato, mediante tarifa cobrada dos particulares ( no Porto de Santos, a Família Guinle obteve a concessão pelo período inicial de 39 anos, e prorrogado por mais 90). Interessante frisar que - só mediante lei federal - é possível legislar sobre os portos

brasileiros; porém, a Lei de Modernização dos Portos, quanto aos Terminais Privativos, permitiu que a exploração dessas instalações para a movimentação de carga de terceiros, se fizesse por mera *autorização*, mediante contratos regidos por normas de direito privado, sem a participação ou responsabilidade do Poder Público. Parece que a obrigatoriedade na adoção de licitação - como meio legal de transparência dos atos públicos - foi deixada *a latere*, não resistindo a uma melhor análise ao disposto no artigo 175 da CF.

Com o advento da Lei 8630/1993 surge, no meio portuário, um novo modelo de administração da mão-de-obra portuária, bipartida entre o Conselho de Autoridade Portuária (CAP) e o Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).

**DO CONSELHO DE AUTORIDADE PORTUÁRIA – CAP** - O Conselho de Autoridade Portuária tem por incumbência a implantação e fiscalização da política portuária. As normas pré-existentes pertenciam à Portobras (Empresa de Portos do Brasil S/A). Hoje, as atividades específicas e normatizadoras são de alçada do CAP detendo, ainda, natureza revisional na solução de conflitos oriundos do trabalho portuário, na área administrativa. Como órgão colegiado traz, em sua composição, vários segmentos participativos com representantes dos setores portuários, das entidades governamentais nos três níveis, operadores portuários, usuários (exportadores, importadores, consignatários de mercadorias), trabalhadores portuários com representante indicado pela categoria dos serviços de capatazia, desde que tenham vínculo empregatício e a prazo indeterminado. Revela-se desnecessária a transcrição das atribuições para o que se remete a leitura ao artigo 30 e seus 16 incisos da Lei Modernizadora.

**DAS COMPANHIAS DOCAS**-A Administração Portuária verdadeira é exercida pela União que é a *Autoridade Portuária*. Porém, ela ainda pode ser exercida por entidade concessionária do Porto Organizado, geralmente, representada pelas Companhias Docas. Pode ser empresa pública, autarquia ou sociedade de economia mista ligada aos governos estadual ou municipal. No porto de Santos, a CODESP – Companhia Docas do Estado de São Paulo é a Autoridade Portuária com competência fixada no artigo 33 da Lei 8630/93.

---

**DA AGENCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO DO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO- ANTAQ-** O quadro constitucional portuário se completa com a criação da denominada Agência Nacional De Regulação do Transporte Aquaviário (Antaq). A edição da Lei nº 10.223 de 05.06.2001 reformulou o setor de Transportes Públicos e criou um Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes- DNIT e duas Agencias Reguladoras – Agencia Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agencia Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. Esta cuida das atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura dos Portos e Terminais de uso privativo. A ela compete a aprovação das propostas de revisão e reajustes de tarifas encaminhadas pelas Administrações Portuárias, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda (inciso VII, do Art. 27 da Lei nº 10.233/2001) e posterior homologação pelo CAP (inciso VIII, do Art. 30 da Lei nº 8.630/93). Cabe-lhe elaborar contratos de concessão para a exploração dos portos públicos e autorização para os Terminais Privativos. Tem atuação vinculada com a Administração Portuária e com o CAP. As áreas dos Portos Organizados são definidas por Decreto do Presidente da República, por proposta do Ministério dos Transportes, ouvida a ANTAQ.

**DO OGMO - ÓRGÃO GESTOR DE MÃO DE OBRA-** A Lei de Modernização dos Portos instituiu um novo organograma na exploração da atividade portuária. As disposições consolidadas ( artigos 254 a 293) foram revogadas e todo o controle e monopólio que as entidades sindicais detinham na escolha dos chamados trabalhadores avulsos ficou reduzido. No passado, os trabalhadores avulsos eram escolhidos apresentando-se na chamada “ *parede* ” ; porém, as distorções eram visíveis e oriundas de critérios essencialmente pessoais, com a participação direta dos então dirigentes sindicais, provocando prejuízos diretos para aqueles trabalhadores que - por conta de uma má distribuição das tarefas - não conseguiam oportunidade de trabalho. Essa situação foi alterada com a criação de um único órgão com incumbência exclusiva no gerenciamento da mão de obra portuária, com escalação feita sob a forma de rodízio. Constituído, em cada porto organizado, pelos Operadores Portuários para administrar a mão de obra portuária, veio com natureza jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos e de utilidade pública (art. 25 da Lei 8.630/1993). Na sua composição encontra-se uma Diretoria Executiva, um Conselho de Supervisão ( com

trabalhadores, operadores portuários e usuários dos serviços), afora uma Comissão Paritária destinada à solução de conflitos, administrativamente. As finalidades e competências atribuídas a essa entidade dão conta da invasão nas antigas funções atribuídas às Delegacias de Trabalho Marítimo (DTM) ou à Capitania dos Portos, à Sunamam (Superintendência Nacional da Marinha Mercante) à Portobrás e às próprias Delegacias Regionais do Trabalho, com a efetiva participação da entidade sindical que representava a maior categoria de trabalhadores avulsos - os estivadores. Apenas registro que aqueles órgãos estatais - com forte atuação na atividade portuária - foram extintos, ao longo da década de 80 até o início dos anos 90. As finalidades do OGMO atingem o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso, a manutenção, com exclusividade, do cadastro e registro desses trabalhadores, a sua promoção, treinamento e habilitação profissional, a seleção e registro, a fixação de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro, a expedição dos documentos de identificação, a arrecadação e repasse, aos respectivos beneficiários, dos valores devidos pelos operadores portuários relativos à remuneração, bem ainda os encargos fiscais e previdenciários. A centralização de poderes conferidos a essa entidade, no tocante à distribuição e fiscalização da mão de obra temporária, encontra-se no artigo 19 da Lei 8630/93, destacando-se a responsabilidade em promover a formação profissional e o treinamento multifuncional do trabalhador portuário, bem como programas de realocação e de incentivo ao cancelamento do registro e de antecipação de aposentadoria. Essas atribuições implicam na sua responsabilidade paralela na medida em que responde, *solidariamente*, com os Operadores Portuários, pela remuneração devida aos trabalhadores avulsos, porém, não responde pelos prejuízos causados aos tomadores de serviços ou a terceiros. *Perfeitamente visível a mudança ocorrida nas relações capital-trabalho com a transferência da gestão de mão-de-obra do trabalho portuário dos sindicatos dos trabalhadores para esses órgãos gestores de mão-de-obra, bem como a transferência da prerrogativa de registro e identificação do trabalhador portuário da União para uma entidade privada, e, por último, a subordinação de todos os aspectos das relações capital-trabalho, no porto, inclusive com a submissão às normas que forem pactuadas em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho. A regulação por parte desse Órgão afastou a incidência das normas trabalhistas previstas nas duas seções ( de nº VIII e IX do Capítulo I do Título IV), onde estava sedimentada a intervenção estatal nas relações portuárias, culminando com a revogação dos artigos 254 a 292 por força do novel modelo.*

**DOS OPERADORES PORTUÁRIOS** - Antes da modernização dos Portos, toda a atividade portuária desenvolvia-se no binômio *entidades estivadoras x administração do porto* permanecendo sob à égide das primeiras, a distribuição do trabalho *a bordo das embarcações e, em terra, à segunda*. Essa linha pré-existente à criação legal dos OP passou a dirigir e coordenar as atividades portuárias, em harmonia com Autoridade Portuária com atuação restrita e desvinculada do setor operacional. Em um resumo bem objetivo, *toda operação enquadrada como portuária somente poderia ser realizada por um Operador Portuário pré-qualificado*. No entanto, não é de todos nós desconhecido que a Lei sempre deixa lacunas, brechas para a excepcionalidade e, no caso, há uma disposta no artigo 8º da Lei de Modernização quando afirma que *o próprio interessado na atividade portuária poderá efetuar a movimentação das mercadorias, sem ter a qualificação de Operador Portuário*. Esta posição é extremamente delicada porque tem influência direta na requisição da mão de obra com reflexos trabalhistas, mais adiante, abordados. Adentrando-se à qualificação desses Operadores Portuários, *qualquer pessoa jurídica* poderá habilitar-se a ser um OP bastando ter capacidade técnica, financeira e situação fiscal regular, sem eventuais débitos trabalhistas e encargos sociais. Essa pré - qualificação é de alçada da Administração que examina os requisitos obrigatórios para a realização de uma operação portuária (artigo 33, § 1º, III da Lei nº. 8.630/1993). A emissão do Certificado de Registro habilita essas pessoas jurídicas a assumirem a responsabilidade na direção e coordenação das operações portuárias que vierem a efetuar. Respondem perante a Administração do Porto, o proprietário ou consignatário das mercadorias, o armador, o trabalhador portuário, o Ogmo, os Órgãos arrecadadores de tributos e a Autoridade aduaneira ( artigo 11 a 16 da Lei 8630/93). Concluindo: *o Operador Portuário é a pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de operação portuária na área do porto organizado* (artigo 1º, § 1º, inciso III da Lei nº. 8.630/1993). A entidade sindical representativa dos Operadores Portuários é o *SOPESP* a quem cabe a negociação coletiva onde se discutirá a remuneração, funções, composição dos ternos e demais condições do trabalho avulso (artigo 29 da Lei 8.630/93). Na sistemática anterior, o número de trabalhadores que compunham os ternos (equipes de trabalho) assim como as tabelas de remuneração eram fixados pela SUNAMAM (Superintendência Nacional da Marinha Mercante) já extinta.

## **DAS AUTORIDADES E PESSOAS FISICAS E JURIDICAS ENVOLVIDAS NO TRABALHO PORTUÁRIO-A**

complexidade do trabalho portuário se mede pela variedade de pessoas ( físicas ou jurídicas), das instituições, dos órgãos vinculados, das entidades envolvidas na realização das tarefas portuárias. Aqui se faz um breve apontamento sobre cada um desses agentes e suas atribuições. *Autoridade Aduaneira* – São os Auditores fiscais e técnicos da Receita Federal que detêm o controle de entrada e saída de pessoas, bens e veículos, o despacho aduaneiro das mercadorias e a apreensão ao contrabando e descaminho. *Autoridade Marítima* – É responsável pela segurança do tráfego aquaviário, com inspeções periódicas nas embarcações brasileiras e estrangeiras ( viagem de turismo). Cada porto brasileiro tem o seu *Port State Control* que inspeciona itens relativos à segurança da vida humana no mar. Diz respeito às estruturas e equipamentos das embarcações, podendo reter a embarcação. *Armadores* - São pessoas físicas ou jurídicas que atendem as embarcações com fins comerciais, dotando a tripulação de equipamentos necessários à operação. Geralmente, retratam o proprietário da embarcação. Podem celebrar contratos de fretamento, cedendo a armação a um terceiro e os comandantes das embarcações são os prepostos dos armadores, contraindo obrigações em nome deles. *Afretadores* - São empresas que celebram contratos de fretamento com armadores, contratando os espaços das cargas de um ou mais navios para o transporte do produto, p.e.x, minério ou petróleo. *Agências de Navegação* – Os armadores são sediados em determinados países e os seus navios tocam as águas de vários portos continentais. Essas agências de navegação são os representantes nos locais onde o navio está atracado. São responsáveis pelo suprimento das necessidades materiais e pela intermediação comercial angariando cargas para serem transportadas. *Despachantes Aduaneiros* – Profissionais credenciados pela Administração Aduaneira ( Receita Federal) para prover o desembarço das mercadorias dos embarcadores e consignatários. Têm procuração, em geral, para agir junto às Administrações Aduaneira e Portuária. *Fornecedores de Navios* – São pessoas físicas ou jurídicas que se dedicam ao comércio de materiais, peças e equipamentos de consumo, combustível e alimentação nas embarcações mercantis. *Vigilância Sanitária* – É exercida pelos inspetores de vigilância sanitária verificando as condições operacionais higiênicas-sanitárias a bordo dos navios, o estado físico dos tripulantes e passageiros, autorizando a livre prática ( a embarcação procedente ou não do exterior só pode entrar em

---

um porto do território nacional e iniciar as operações de embarque e desembarque de cargas e passageiros, após essa fiscalização). *Seguridade Social*- É exercida pelos Auditores fiscais da Previdência Social que verificam a regularidade das contribuições previdenciárias dos trabalhadores portuários e dos operadores portuários, bem como realizam a auditoria na concessão dos benefícios sociais. *Polícia Federal*- Autoridades policiais visando o controle o acesso de pessoas e combate aos crimes federais, como ex. , narcotráfico.

### **DOS AGENTES ENVOLVIDOS DIRETAMENTE NO TRABALHO PORTUÁRIO-**

Em contrapartida às atividades de suporte logístico, vem o trabalho portuário propriamente dito, com suas características que deslocam para o seio trabalhista uma gama de trabalhadores especializados e treinados para executar as tarefas de movimentação de mercadorias provenientes do transporte aquaviário, como embarque, desembarque, estivagem, transbordo, peação e despeção (realizadas nos convés ou porões dos navios) ou, realizada no costado do navio, mais precisamente, na faixa do cais, dos armazéns. As categorias relacionadas com os serviços de capatazia, estiva, conferência, conserto, vigilância e bloco estão apontadas no § 3º do artigo 57 da Lei dos Portos. Nominando-as e descrevendo-as: *capatazia*: movimentação de mercadorias nas instalações de uso público. Compreende o recebimento, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário (aparelho de guindaste situado em terra). Executam trabalho no “costado” do navio. Até a edição da Lei 8630/93 eram empregados da CODESP – Companhia Docas do Estado de São Paulo e hoje submetem-se à Administração Portuária; *estiva*: movimentação de mercadorias *nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares*: transbordo, arrumação, peação e despeção, carregamento e descarregamento com equipamentos de bordo. São contramestre geral ou do navio (maior autoridade da estiva a bordo) contramestre de terno ou de porão, sinaleiro ou portaló (através de sinais dirige a operação dos operadores de guindastes ou paus de carga) guindasteiros (habilitados a operar os guindastes) guincheiro (habilitados a operar guinchos ou paus de carga) motoristas (viaturas no sistema RO-RO) operadores de equipamento (estivadores habilitados a operar equipamento de movimentação de carga a bordo) estivador propriamente

dito, os bagrinhos (carteirão, ou “cavalo” ou “galinha”- trabalhador que não pertencia ao sistema portuário, mas que conseguia trabalhar por conta própria ou alheia, em nome de outro trabalhador do sistema); *Conferentes de carga* – efetuam a contagem de volumes, anotação das características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência de manifesto, serviços correlatos nas operações de carregamento e descarregamento de embarcações. São eles os Conferente-chefe, Conferente-ajudante, Conferente-lingada, Conferente-planista, Conferente-avaria. Antes da Lei 8.630/1993, a conferência era *dupla*, em conjunto com os conferentes de carga e descarga zelando pelos interesses do armador, e os trabalhadores de capatazia zelando pelos interesses da Administração Portuária. Hoje, a conferência é *única* e a responsabilidade pela carga, durante toda a movimentação, é do Operador Portuário; *consertadores de carga* – efetuam o reparo e restauração das embalagens das mercadorias, nas operações de carregamento e descarga das embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição; *vigilância de embarcações*-atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação das mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e outros locais de embarcação; *trabalhadores de bloco* - atividade de limpeza e conservação das embarcações mercantis e tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos. Finalizo, colocando o *trabalho avulso como o gênero, tendo como espécies, as nomenclaturas acima colocadas.*

**OUTROS TRABALHADORES ATUANTES NA OPERAÇÃO PORTUÁRIA-** Cito os *Amarreadores/Desatracadores* de navio cujas tarefas, antes da Lei 8.630/1993, eram da responsabilidade das Companhias Docas. É atividade não incluída no rol do parágrafo 3º do artigo 57 da Lei 8.630, porém, de suma importância porque diz respeito à segurança da atracação e desatracação dos navios. Em alguns portos, é a Administração Portuária que presta o serviço. A *Guarda Portuária* que provê a vigilância e segurança do porto. Trata-se de atividade-fim da Administração dos Portos, sendo inadmissível a sua terceirização. Hoje, pela nova estrutura da Codesp – Autoridade Portuária de Santos – a Guarda tem *status* de Superintendência da Guarda Portuária e Vigilância Patrimonial (artigo 33, § 1º, inciso IX da Lei 8.630/1993). *Práticos* que

prestam assessoria ao Comandante do navio, na condição de *piloto da embarcação*, desde a entrada do canal do porto até o ponto de atracação e vice-versa. Conduzem o navio pelo canal de acesso até os berços de atracação, e, vice-versa, garantindo a segurança dos navios. Demanda elevado conhecimento das condições de acesso ao porto. É atividade típica de prestação de serviços, exercida como um monopólio (única associação). O preço do serviço é pactuado entre as partes, e, na ausência de acordo, a fixação é pela Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil. *Não se subordinam ao OGMO*. O ingresso na profissão é através de estágio e exame aplicado pela Marinha que regula as suas atividades. O Governo lança essa função nos quadros da Administração Portuária com a edição da Lei 9.537/1997 que dispõe sobre a segurança do transporte aquaviário; *Carregadores de Bagagem, ensacadores, empregados da Administração Portuária, trabalhadores em serviços de limpeza e conservação das instalações portuárias, mergulhadores na manutenção da infra-estrutura submersa e aquaviários* ( os tripulantes das embarcações de apoio portuário ( rebocadores, lanchas); *Vistoriadores de carga* contratados por Companhias Seguradoras; *Inspetores de Sociedade Classificadora e os Marítimos* que exercem suas atividades a bordo das embarcações. Os marítimos são arrais, marinheiros de convés, moço de convés regulamentados pelos Decretos nº. 59.832/1966 e 87.648/1982. Em rápidas pinceladas, é preciso registrar que algumas dessas atividades são distantes do gênero trabalhador portuário avulso, como, p.ex. os Marítimos que são espécie do gênero aquaviário ( todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional - Decreto nº 2596/98- Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário- LESTA). Pertencem a esse grupo: *os marítimos, fluviários, pescadores, mergulhadores, práticos, agentes de manobra e docagem*.

**DOS TRABALHADORES AVULSOS-** A importância e complexidade da atividade portuária nos remete ao passado remoto para se ter a exata noção do termo “avulso”. Na história da navegação, passa-se das embarcações com propulsão humana e natural, à necessidade de movimentar as mercadorias a bordo, de forma mais avançada, tecnologicamente. O reflexo dessa mudança é perfeitamente entendido porque, até então se exigia a presença de grandes blocos de trabalhadores -verdadeiros tripulantes porque sequer deixavam os navios. Porém, com a evolução essa mão de obra foi deixada à deriva, não mais necessária em “quantidades” no interior das embarcações, obrigando-a a

buscar serviços *junto ao costado dos navios* porque as mercadorias deslocadas dos convéses necessitavam do transporte **em terra**. Os então denominados “*estivadores*” visualizaram a importância das suas energias físicas em benefício de terceiros e tornaram-se imprescindíveis nos Portos nacionais e internacionais. Constituíram-se em categorias, com ativa participação em movimentos sindicais de grande notoriedade, e obtiveram o reconhecimento como *entidades sindicais*, como ex. o *Sindicato dos Estivadores de Santos* cuja luta é histórica, com conquistas trabalhistas notórias, mesmo sem uma regulamentação específica. Com um século de lutas conseguiram se engajar, na Carta Política de 88, deixando a invisibilidade legal para participarem do artigo 7º, inciso XXXIV com igualdade de direitos com os trabalhadores com vínculo empregatício. Denominados de *trabalhadores portuários avulsos* ( TPA) prestam serviços a vários tomadores - antigamente por intermédio de uma entidade sindical - e, atualmente, pelo OGMO que atende a solicitação dos Operadores Portuários, *dentro dos portos organizados*.

### **DO TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO E TRABALHADOR PORTUÁRIO COM VÍNCULO EMPREGATÍCIO**

- Para a perfeita adequação, nesse tema, lembro que o bloco dos TPA, no OGMO, possui duas alternâncias: os trabalhadores podem ser *cadastrados ou registrados*, tratamento criado pela Lei 8630/93, com diferentes efeitos. Os *registrados* são aqueles portuários que já possuíam matrícula nas extintas DTM ( Delegacia de Trabalho Marítimo, extinta em 1989) submetidos a uma prévia seleção e que já possuíam o *cadastro*. Pode-se nominá-lo como o trabalhador apto ao trabalho portuário, submetido a uma escala de serviço, mediante rodízio. Já o *cadastrado* é aquele trabalhador que não detinha ou pelo menos, não comprovava a sua matrícula, nem na força supletiva, nem nas DTMs., mas, que atuava com autorização do Sindicato, até a edição da Lei 8630/93. A partir desta, obteve prévio treinamento por entidade indicada pelo OGMO, habilitando-se a exercer a profissão, porém, *não participa do rodízio*: para ele, só há trabalho quando não houver trabalhadores *registrados* interessados em determinado serviço. Os *registrados* têm precedência legal sobre os TPA *cadastrados*. Não se pode esquecer que há inúmeras situações próprias de cada Porto Brasileiro decorrentes da especificidade de movimentação e isso provoca excesso de contingente de *registrados e cadastrados*, ou, vice versa, causando conflitos inevitáveis. A identificação desses atores

fundamentais nos leva a uma diferença imposta pela Lei: *a um*, o trabalho portuário de *capatazia, estiva, conferente de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados* pode ser feito por trabalhadores portuários com vínculo empregatício, a prazo indeterminado, **e**, por trabalhadores avulsos. *A dois, a estiva, a conferência de carga, o conserto de carga e a vigilância das embarcações* será feita, **exclusivamente**, dentre os trabalhadores portuários avulsos registrados. A inscrição, tanto *no cadastro quanto no registro*, extingue-se por morte, aposentadoria, cancelamento (a requerimento do trabalhador) e transgressão disciplinar (artigo 19 da Lei). Não pode haver *cessão* de trabalhador avulso *cadastrado*, pelo Ogm, ao Operador Portuário, em caráter permanente (artigo 3º, § 2º da Lei 9.719/1998). E, se ceder um trabalhador avulso *registrado* ao OP, ele passa a ser empregado do cessionário (Art. 3º, § 1º da Lei 9.719/1998: “*Enquanto durar a cessão ou a associação de que tratam os incisos I e II deste artigo, o trabalhador deixará de concorrer à escala como avulso*”). Outra inovação importante diz respeito ao fato que só trabalhadores avulsos *registrados* podem se constituir em Cooperativas que passam a figurar na posição de “operadores portuários”. Elas também necessitam de pré-qualificação - como todo Operador Portuário- junto à Administração do Porto. Não há cessão de mão de obra *cooperada* a outros Operadores Portuários e, para complementar a mão de obra *cooperada*, aí sim, a Cooperativa pode requisitar mão de obra, diretamente, do Ogm.

## 2ª. parte

**DOS CONTORNOS TRABALHISTAS** – Abordo, nesta segunda parte, apontamentos diretamente ligados à área trabalhista, especificamente, fincados na relação trabalho *versus* remuneração, sem intenção de moldurar opiniões.

**DOS PRINCÍPIOS DO TRABALHO PORTUÁRIO**— Contextualizar o significado de “*princípios do trabalho portuário*” é tarefa de doutrinadores da qual me afasto porque disto, intelectualmente. Porém, nesta pequena contribuição, há de se dizer das nuances dessa atividade laboral, cuja intermediação passa por matizes legais e convencionais. Importante realçar, também, que o Brasil possui extensa área portuária e isto provoca diversidade em muitos Portos marítimos e

fluviais, quanto ao *modus operandi* na organização do trabalho. Cito seis princípios que regem o trabalho portuário: *negocial, publicista, restrição do trabalho, multifuncionalidade, equidade, e modernização*. O *princípio negocial* vem esculpido nos artigos 22, 28 e 29 da Lei 8.630/1993 e traz no bojo a idéia de que as relações patronais e laborais devem fixar-se pela negociação, onde as partes podem, livremente, dispor sobre as condições de trabalho. Em contrapartida, o *publicista* retira a liberdade convencional limitando-a ao interesse público, como na escalação obrigatória por parte do OGMO, ou, a submissão às normas de segurança do trabalho. O *princípio da restrição do trabalho-exclusividade* advém não só da Lei n.º. 8.630/1993 como do Decreto n.º. 1.574/1995 que promulgou a Convenção n.º. 137 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre as Repercussões Sociais dos Novos Métodos de Manipulação de Cargas nos Portos, assinada em Genebra, em 27 de junho de 1973. O *princípio da multifuncionalidade* vem corporificado no artigo 57 da Lei n.º. 8.630/1993 cujo primor está na qualificação profissional do trabalhador para enfrentar novos desafios tecnológicos. É o efeito prático da modernização, a visão futurista perante a qual não deve haver mais especialidades, mas, multifuncionalidades, abrangendo as atividades de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, vigilância de embarcações e bloco. Isto equivale dizer que, sendo apto às atividades portuárias diversas, o trabalhador portuário poderá ser escalado para a que melhor lhe aprouver, desde que haja oferta variável. A modernização dos Portos rompeu com o quadro intervencionista estatal, colocando fim ao monopólio dos sindicatos na intermediação da mão-de-obra avulsa. Com o surgimento dos operadores portuários, o Poder Público afasta-se das operações portuárias, ficando as Administrações Portuárias, nos portos organizados, apenas na condição de Administradoras do patrimônio público. O *princípio da equidade* já tem previsão constitucional (artigo 5º, caput, da CF.) dando *igualdade de tratamento* no acesso ao trabalho, aos cursos, e capacitação profissional. Por fim, o *da modernização* que rompeu com a estrutura centenária caracterizada pela intervenção estatal e dos representantes sindicais na mão de obra avulsa.

**DO TRABALHADOR PORTUÁRIO-** As inovações introduzidas pela Lei 8630/93 fizeram surgir um efetivo de trabalhadores portuários, assim dispostos: 1. inscritos, através de *registro ou mero cadastro*, no *Ogmo*, prestando serviços na área do Porto organizado, a vários tomadores de mão de obra (TPA típico); 2. registrados no *Ogmo*, porém,

cedidos em caráter permanente, com vínculo empregatício, a prazo indeterminado, a um Operador Portuário; 3. trabalhador “fora do sistema” (nem inscrito no Ogmo) mas, contratado, por prazo indeterminado, por Operador Portuário, por força do número insuficiente de inscritos, com interesse nessa forma de vinculação; 4. trabalhador portuário avulso, na condição de contratado pelos Terminais Privativos. Repito a máxima: *todos os trabalhadores integrantes do registro ou do cadastro do Ogmo são considerados trabalhadores portuários avulsos - TPA.*

**DA CONTRATAÇÃO DO TRABALHADOR PORTUÁRIO** - A comunidade portuária é representada pelo trabalhador portuário que pode ser contratado, a prazo indeterminado, pelos Operadores Portuários, *só dentre os registrados no Ogmo*. Caso não haja trabalhadores avulsos *registrados* são chamados os *cadastrados* para disputa das vagas. Se não houver nenhum interessado no trabalho oferecido, é possível a contratação por trabalhador “fora do sistema”, porém, *só para Terminal Privativo*. Ele deverá receber qualificação profissional, nos moldes oferecidos pelo Ogmo aos trabalhadores registrados. Não há contratação de *trabalhador temporário* (artigo 45 da Lei 8630/93) ainda que, em período de safra, p.ex., do açúcar, onde a demanda ultrapassa a oferta. Essa sistemática atual de requisição e contratação da mão de obra portuária é campo minado para uma discussão de caráter jurídico/interpretativo que muito me agradaria iniciar, mormente diante da incoerência da técnica legislativa do caput do artigo 26 e seu parágrafo. Porém, não é o meio adequado, e deixo à atuante Seção Especializada do Tribunal a que pertencço a decisão a ser tomada nas Ações Declaratórias que lhe são remetidas e que contém o tema conflitante.

**DOS ATRIBUTOS DA CONTRATAÇÃO** - O impacto da modernização, no sistema portuário brasileiro, trouxe reflexos diretos na forma de atuação dos trabalhadores portuários. Relevante observar um fator preponderante na execução das tarefas: a *subordinação*. Por ser uma forma peculiar de prestação de serviços difere de outras formas de trabalho descontínuo porque, na verdade, há subordinação jurídica com o tomador de serviços, embora este não adote a postura de *empregador*, sendo que a principal característica é a obrigatória intermediação pelo Ogmo, e, não mais pelo sindicato laboral.

**DA REQUISIÇÃO** - Alinhavado o conceito de Operador Portuário que responde pela requisição da mão de obra portuária de cada uma das categorias e cargos disponíveis para o trabalho oferecido, algumas exceções se tornaram sedimentadas por Súmulas e faço menção à que motivou a *livre contratação de vigia portuário, em Terminal Privativo*, sem passar pelo instituto da requisição ( Súmula nº 309 do C. TST), isto quando a navegação é cabotagem ou de longo curso.

**DA ESCALAÇÃO** - A nova sistemática da escalação se apresenta no novo cenário portuário, por força da Lei 9719/1988 que explicitou no artigo 5º o sistema de *rodízio feito pelo Ogmo*, responsável pela exatidão dos dados das listas. Não pode haver preterição do trabalhador regularmente registrado e, simultaneidade na escalação. Caso compareça para efetuar o rodízio, e, não havendo trabalho para todos os postos disponíveis (*não houver engajamento*) mantém o direito de preferência. Esta forma traz, implicitamente, traços polêmicos entre a perda de poder das entidades sindicais e a obrigatoriedade da escolha pelo Ogmo, sem qualquer vinculação dos sindicatos, garantindo ao trabalhador o livre acesso ao trabalho oferecido. Os *cadastrados* podem concorrer à escala diária *complementando a equipe dos trabalhadores avulsos* que compõem o quadro dos *registrados*. Essa mesma hipótese pode ocorrer quando há o desinteresse dos trabalhadores portuários avulsos típicos não só diante do trabalho que sabe ser desgastante, ou, porque o serviço a ser executado é nos porões de navios (“recheço”) ou, pela baixa remuneração. A Convenção nº. 137 da OIT, no artigo 3º, assenta que os *registros* serão estabelecidos e mantidos, em dia, para todas as categorias profissionais de portuários, na forma determinada pela legislação, ou, obedecida a prática nacional onde os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho. Por seu lado, a Recomendação nº. 145 da OIT se tornou mais específica porque trata *da proteção do trabalhador portuário em face da modernização dos portos*. A recusa tem regramento próprio e, se o TPA não comparecer para o trabalho para o qual fora escalado, seu nome passa, automaticamente, para o último lugar em cada uma das listagens. É permissível aparecer em determinada listagem, optando por outro serviço, em outro navio, porém, não pode recusar todos os postos oferecidos, salvo se já preenchidos. A vacância do cargo deve ser ocupada por quem estiver presente na escalação. A fiscalização cabe não só ao Ogmo como aos próprios Operadores Portuários quanto à efetiva presença dos trabalhadores escalados, no local de

---

trabalho, até porque só faz jus à remuneração aquele que, constando da escala diária, estiver em pleno serviço.

**DA REMUNERAÇÃO** - A via coletiva foi eleita para determinar a remuneração paga, em quantia fixa, por período de trabalho (e não mais por produção, como antigamente). Diversa a situação quando é trabalhador cedido pelo OGMO, em caráter permanente a um Operador Portuário quando a quantia passa a ser fixa e mensal. O prazo de pagamento tem limite de *48 horas subsequentes ao término do serviço*, salvo se outro for previsto, convencionalmente. O “ciclo” da remuneração inicia-se com a previsão de chegada do navio, com a anotação do período de estadia, a carga envolvida, salvo se outro prazo for disposto, convencionalmente.

**DA ATUAÇÃO DO OGMO NO PAGAMENTO DOS DIREITOS TRABALHISTAS** - Em todos os portos brasileiros, os órgãos de gestão de mão-de-obra (OGMO) foram implantados, nos idos de 1996, e, atualmente, desempenham funções básicas, registrando que, em algumas regiões do País, de uma forma bastante satisfatória. Especificamente, no que se refere à *remuneração*, lhes cabe a obrigação de quitar os valores devidos pelo trabalho, e, para esse fim procede ao recebimento e atendimento das requisições de mão-de-obra dos trabalhadores portuários avulsos (TPA) elabora a folha de pagamento e, por fim, efetua o pagamento dos TPA. Faz o repasse dos valores recebidos dos Operadores Portuários, *em 24 horas*, aos trabalhadores portuários, após o término dos serviços prestados.

**DO CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO** - A chamada MMO (montante de mão de obra) é a base que servirá para a remuneração do trabalhador portuário avulso. É calculada tomando como parâmetro os seguintes fatores: *“turno” (diurno ou noturno), tipo de paralisações, ocorrência de horas extras nos intervalos intra ou interturnos, tipo de carga, tonelage, cubagem ou unidades, navio fundeado ou atracado, categoria envolvida, função desempenhada e trabalho em domingos e feriados*. Esses valores podem ser previstos em Acordo ou Convenção Coletiva. Em caso de paralisação das operações, como ex., e se oriunda de culpa dos operadores portuários, por 5 horas, o TPA receberá essas horas como extras; se houver extensão do trabalho, também receberá como extras, desde que para o mesmo OP. Apurado o valor, *abre-se a cota que é acrescida de 1/6 referente ao repouso semanal remunerado*.

De acordo com a função exercida, na equipe de trabalho (no turno) , cada TPA receberá tantas cotas, uma ou mais, como chefe geral, chefe do porão, operador de máquina, etc. A contabilização dessa produção cabe ao Conferente de carga efetuando a confecção do *tallie* (talhe) de produção, repassando ao Operador Portuário que o envia ao Ogmo para processamento da folha de pagamento que ainda contém o valor das férias e gratificação natalina. *São feitas várias folhas de pagamento, ao longo do dia, porque cada uma é referente ao porão de determinado navio, em um determinado turno, de uma atividade portuária ( estiva, conferência, etc).* A divisão da folha, por porão, é importante porque cada um tem um terno (equipe) que realiza uma faina específica com uma produtividade própria. Quanto às férias, o cálculo é feito por 1/12 avos mais 1/3 e esse montante tem por base o MMO ( montante de mão de obra) recolhido em conta vinculada individual aberta pelo Ogmo até o dia 2 do mês subsequente ao turno do trabalho executado, salvo outro prazo convencional. Os saques pelos TPA deverão ser regulamentados, de acordo com a Lei 9719/98, porém, o usual é o pagamento aos trabalhadores, logo após o repasse pelo OP ou tomador de mão de obra ao OGMO. A *gratificação natalina* obedece o percentual único de 1/12 do MMO ( montante de mão de obra) e, tanto quanto as férias depende de regulamentação, em Lei, e, é paga nas mesmas condições. O *FGTS* é recolhido sobre o MMO, a gratificação natalina, e a remuneração das férias, com a incidência de 8%. Cabe ao Auditor Fiscal do Trabalho o recolhimento de todas as folhas de pagamento de cada trabalhador, ao final do mês, para a conferência sobre o total do MOM apurado pelos serviços prestados. Sobre o montante final incidem as contribuições tributárias, sendo que as previdenciárias são progressivas ( alíquotas de 8% 9%, 11%); há o desconto de assistência sindical, de imposto de renda, e outros previstos em convenção ou acordo coletivo. Pelo lado dos Operadores Portuários, estes recolhem a contribuição previdenciária patronal, acidente de trabalho, Fundo de Desenvolvimento do Ensino Profissional Marítimo e outros. As despesas do Ogmo são custeadas pelos Operadores Portuários e mais nenhum outro repasse é feito ao OGMO às entidades sindicais.

**DA JORNADA DE TRABALHO** – O funcionamento dos Portos Brasileiros, em regra, é 24 horas divididas por “turnos” de trabalho de 6 horas. Os Operadores Portuários ( ou tomadores de mão de obra) elaboram as requisições do número de trabalhadores necessários a

---

cada operação de carga e descarga, junto ao Ogmo, respeitando a formação das equipes de trabalho que podem estar constituídas, através de Convenção Coletiva. Com a requisição, é efetuada a escalação dos TPA transformando o número em nome, por meio do rodízio, formando os chamados *ternos*. No Porto de Santos, o trabalho é das 7 às 13 horas, das 13 às 19 horas, das 19 à 01 hora e da 01 às 7 horas (24 horas), todos os dias da semana. Na escalação para os turnos, deve ser observado, obrigatoriamente, o intervalo de 11 horas consecutivas, entre duas jornadas de trabalho, salvo condições excepcionais, ou, dispositivos convencionais. Em ações anulatórias propostas pelo Ministério Público do Trabalho, o C. TST considerou inválida cláusula coletiva prevendo a redução genérica do intervalo intrajornada, ressaltando que somente eventos imprevistos a justificam, na forma do artigo 8º da Lei 9.719/1998 (Acórdão TST – Número Único Proc. ED-ROAA 2122/2002-000-21-00, de 05.05.2005, DJ de 08.03.2004).

**DO ADICIONAL NOTURNO-** A Orientação Jurisprudencial nº 60 da SDI-1 do C. TST sedimentou que “Portuários. Hora noturna. Horas extras. (Lei n. 4.860/65, Arts. 4º e 7º, § 5º). A hora noturna, no regime de trabalho no porto, compreendida entre dezenove horas e sete horas do dia seguinte, é de *sessenta minutos*.”

**DO ADICIONAL DE RISCO** - O regramento ainda permanece na Lei 4860/65, especificamente, no artigo 14, assentando que o pagamento do adicional de risco, para os portos organizados, é em percentual único de 40%. A legislação é obsoleta pelo avanço tecnológico nos portos atuais, onde há a presença de produtos não contemplados e que sugerem risco à saúde e à vida do trabalhador brasileiro. Não alcança as empresas que atuam, em regime de Terminais Privativos, cujo adicional é o previsto na CLT. A proporcionalidade é obedecida só incidindo sobre o tempo efetivo, sob área de risco, e apenas para àqueles que prestam serviços na área portuária. A Orientação Jurisprudencial nº 316 da SDI-1 do C. TST afirma: ***“Portuários. Adicional de risco. Lei n. 4.860/1965. O adicional de risco dos portuários, previsto no art. 14 da Lei n. 4.860/1965, deve ser proporcional ao tempo efetivo no serviço considerado sob risco e apenas àqueles que prestam serviços na área portuária.”***

**DA PRESCRIÇÃO-** Toda a operacionalidade do trabalho portuário traz uma complexidade que repercute no Direito do Trabalho e isto tem influencia no momento de apontar *qual a prescrição a ser aplicada*. Na verdade, atendida a forma de escalação através de rodízio e observado o intervalo intra-jornada ( 11 horas previstos na Lei Portuária), certo é que os “ turnos” são compostos para diversos navios, com diferentes operadores portuários, em um determinado período. Dessa forma, os fatos gerados por esse trabalho o tornam contínuo, até porque prestado a diversos operadores portuários, repito.

*Essa especificidade do trabalho versus a igualdade constitucional* alçou o trabalhador avulso a nível de qualquer trabalhador comum, com vínculo empregatício, assegurando-lhe iguais direitos alinhavados no artigo 7º inciso XXXIV c/c XXIX, alíneas “a” e “b” da EC nº 28. Dentre eles, a prescrição que adquiriu características polêmicas.

Há correntes doutrinárias que centram o marco prescricional a partir: 1. da *data do encerramento do engajamento*; 2. da *baixa do registro no Ogmo*. A terminologia “**engajamento**” deve ser entendida como **término dos serviços, em cada turno diário de trabalho, quando o trabalhador passa a ter direito, em sua folha de presença, aos valores devidos por todos os serviços executados, com as respectivas remunerações.**

Indago-me se a prescrição teria – para esse trabalhador especial - um caráter *punitivo, penalizador*, ou, pelo contrário, *permitiria-lhe um invocativo na defesa de seus direitos, a tempo e hora certa*. Fico com a segunda hipótese, até porque – no caso do trabalho portuário – *a cada término de uma tarefa executada, e sabedor do quantum creditório, o tempo passa a correr a seu favor, na medida em que se deixa para um futuro quinquenal, certamente, será punido, porque contra si já existem vários Operadores Portuários dificultando-lhe a prova obrigatória, em Juízo*. Ele deve, imediatamente zelar pela sua remuneração e, se violada, buscar a reparação do direito legal ou convencional. Reafirmo, por convicção, que o prazo prescricional **inicia-se a cada término do serviço prestado**. Aos que defendem tese contrária - só após a baixa do registro no Ogmo - o biênio para buscar a reparação começaria a transcorrer dessa data. Creio que este entendimento esbarra em dois fatores inconvenientes: a especificidade e o acúmulo dos serviços que vão dificultar, sobremaneira, um perfeito controle, ao longo de toda a existência do trabalhador portuário para identificar *quantos e quais serviços foram prestados a cada um dos Operadores Portuários, no decorrer de sua jornada diária e que não*

*foram devidamente quitados, à época própria. A contemporaneidade no controle e fiscalização dos serviços versus não remuneração* contempla a prescrição bienal como um instituto de defesa benéfico (e não como uma penalização) dos direitos trabalhistas. Aliás, assim caminha a Jurisprudência dos nossos Tribunais Trabalhistas Regionais, com respaldo cauteloso do TST.

**DA RESPONSABILIDADE PRINCIPAL** - O trabalhador avulso pode acionar, exclusivamente, o Ogmo, para postulação de seus direitos trabalhistas. Inexiste litisconsórcio passivo necessário em relação ao Operador Portuário.

**DO TERMINAL PRIVATIVO E OS CONFLITOS TRABALHISTAS** - Nessa visão de Terminais Privativos - *dentro e fora da área do porto organizado* - os conflitos surgem em razão da contratação da mão de obra portuária avulsa. Se situados *fora da área do porto organizado*, podem contratar, livremente, a sua mão-de-obra, salvo se já utilizavam mão-de-obra avulsa, isto antes da vigência da Lei 8.630/1993. Nesta situação, estão obrigados a manter a proporcionalidade entre a mão-de-obra avulsa e os trabalhadores contratados pelo regime da CLT (artigo 56, parágrafo único da Lei 8.630/1993). Quando instalados, *na área portuária*, por evidente que a requisição, obrigatoriamente, passa pelo Ogmo.

**DOS TERMINAIS PRIVATIVOS ou INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS ARRENDADAS** - Se as instalações arrendadas encontram-se, *dentro da área do porto organizado*, são obrigadas a requisitar a mão de obra avulsa junto ao Ogmo. Podem contratar, com vinculação empregatícia, os trabalhadores portuários avulsos para o trabalho de capatazia. Outra situação, quando *fora da área do porto organizado*, quando esses Terminais Privativos buscam mão de obra fora do Ogmo para o trabalho portuário. A contratação é por prazo indeterminado, mas, deve capacitar o trabalhador na operação portuária. As normas coletivas a ele não se aplicam .

**CONCLUSÃO-** Todo o modelo portuário nacional sofreu grandes alterações conjunturais e que clamam por uma melhor adaptação até pela diversidade geográfica dos Portos Brasileiros. Várias situações levam, forçosamente, a uma revisão legal, ainda que se reconheça que a modernidade alcançou esse trabalho tão peculiar que é o portuário,

cujas relações trabalhistas ainda não nadam em mares calmos. Creio que, *em futuro próximo*, esse desafio será vencido, com forte mobilização de todos os agentes portuários, com adoção de medidas ousadas e à altura da posição que o Brasil ocupa no cenário portuário internacional.

**LEGISLAÇÃO** -Lei nº 9719/1998 – Dispõe sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos e dá outras Providencias.Lei nº 8630/1993 (DOU de 26.02.1993) – Regime Jurídico de Exploração dos Portos Organizados e das Instalações Portuárias e dá outras Providencias.Lei nº 4860/1965 – Regime de trabalho nos portos organizados e dá outras Providências.

**F I M**

---

---

## Salvador Franco de Lima Laurino

Juiz do Trabalho na 2ª Região. Especialista e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Processual do Trabalho da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP. Integrou a equipe técnica do Ministério do Trabalho que elaborou o anteprojeto de lei de reforma sindical (2005).

### QUESTÕES ATUAIS SOBRE A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Texto de exposição apresentada em Curitiba, em 20 de junho de 2008, por convite do eminente desembargador ARION MAZURKIEVIK, no colóquio sobre ações coletivas no processo do trabalho, atividade integrante do curso de formação inicial de juízes promovido pela Escola de Administração Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, da qual participaram os ilustres professores SÉRGIO CRUZ ARENHART e RAIMUNDO SIMÃO DE MELO.

A substituição processual no processo do trabalho é matéria vasta e complexa, que não comporta abordagem exaustiva nos limites que foram propostos para a exposição. De modo que nossa reflexão ficará restrita às questões que emergem da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o significado da norma do inciso III do artigo 8º da Constituição, que confere legitimidade ao sindicato para a defesa judicial de direitos individuais dos trabalhadores.

A substituição processual é uma forma de legitimação para agir. Em linhas gerais, a legitimação para agir é o poder de exercer a defesa judicial de um direito. Ela se classifica em *ordinária* e *extraordinária*. A

---

*legitimação ordinária* para a defesa judicial de direitos individuais é do sujeito que se afirma titular da relação jurídica controvertida. Quem se afirma titular do direito tem a oportunidade de participar do *contraditório* instaurado perante o juiz e, de conseqüência, a *coisa julgada* se forma “*pro et contra*”, o que significa que a decisão vincula tanto em caso de acolhimento como em caso de rejeição da pretensão.

A *legitimação extraordinária* é o poder de exercer em nome próprio a defesa judicial de um direito alheio. A *substituição processual* é a hipótese típica de legitimação extraordinária (CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 17). Com o propósito de facilitar o acesso à justiça, a lei reconhece que o sujeito que é titular da relação de direito material pode não estar em condições de exercer a defesa judicial do direito em virtude de uma situação de vulnerabilidade em face de seu adversário. Em conseqüência disso, o legislador confere a um outro sujeito, que é o substituto processual, a legitimação para a defesa judicial do direito do indivíduo que se supõe em posição de fragilidade (GRECO, 2003, p. 41).

Ao contrário do que ocorre na legitimação ordinária, em que há uma *coincidência* entre quem se afirma titular da relação jurídica controvertida e quem participa do contraditório, na substituição processual essa *coincidência* não existe, dado que o sujeito que é apontado como titular da relação jurídica controvertida não participa do contraditório instaurado perante o juiz (CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 13).

Essa peculiaridade tem reflexo no regime da *coisa julgada*. Aqui é fundamental distinguir duas situações. A *primeira* é quando a substituição processual tem por objetivo a defesa de *direito individual homogêneo*. Nessa hipótese, a coisa julgada funciona *secundum eventum litis*, na forma do critério adotado pelo *processo coletivo comum*. A atuação do substituto processual destina-se apenas a beneficiar o titular da relação jurídica controvertida. Em caso de derrota, o substituído que não participou do processo não fica vinculado ao julgado negativo (GRINOVER, 1991, p. 591).

Convém lembrar que esse regime de coisa julgada não contraria a garantia de *tutela jurisdicional* do réu, que está contida no princípio do *acesso à justiça* (MESQUITA, 1990, pp. 80/82). Na ponderação dos valores em confronto, o prejuízo do réu é mais teórico do que prático quando comparado com o prejuízo que a extensão subjetiva da coisa julgada causaria ao titular da relação jurídica controvertida que não foi adequadamente representado no processo (GRINOVER, 1991, p. 579).

---

Isso porque o provimento no processo cujo objeto é a defesa de direitos individuais homogêneos se destina à proteção de uma pluralidade de pessoas não-identificadas, perfazendo algo como uma *sentença condenatória em branco* (MESQUITA, 1990, pp. 81), o que significa que o acolhimento da pretensão do substituto processual não produz efeitos concretos na esfera jurídica do réu antes do julgamento da *ação de liquidação por artigos*, que sempre é necessária para apurar se a situação do indivíduo que se diz titular do direito se ajusta ou não à hipótese genérica da sentença, oportunidade em que a coisa julgada funciona *pro et contra*.

A *segunda* situação é quando a substituição processual se destina à defesa de *direito individual puro* ou *heterogêneo*. São aqueles direitos em que os aspectos pessoais prevalecem sobre os aspectos comuns aos integrantes de um grupo, o que exclui a dimensão coletiva da tutela jurisdicional (GRINOVER, 2002, p. 32). Nessa hipótese, a coisa julgada funciona *pro et contra*. Em caso de vitória não há problema, porque o substituído é beneficiado pela atuação do substituto processual. Mas em caso de derrota, o substituído que não participou do contraditório fica vinculado à coisa julgada e está impedido de repetir a mesma pretensão pela via da ação individual (ASSIS, 2003, p. 22).

A *extensão subjetiva da coisa julgada* é situação bastante delicada, uma vez que o sistema processual é um espelho do Estado Democrático de Direito. Assim como é a participação da sociedade em eleições livres que confere legitimidade política ao exercício do poder dos governantes, é a oportunidade de participação dos interessados por meio do contraditório que legitima o provimento de poder do juiz no processo (DINAMARCO, 1986, p. 93). Daí que a técnica da extensão subjetiva da coisa julgada sempre provoca dúvida em relação à conformidade com o princípio do *devido processo legal*, que assegura que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem a oportunidade de influir no convencimento de um juiz imparcial e independente (TALAMINI, 2005, p. 113/114). De todo modo, a extensão subjetiva da coisa julgada é situação excepcional que não se justifica por capricho do legislador, mas para evitar que em certos casos o resultado do processo seja absolutamente inútil (ASSIS, 2003, p. 22).

No processo do trabalho, a legitimidade para o sindicato atuar por meio de *substituição processual* é extraída do inciso III do artigo 8º da Constituição de 1988: “Ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou

*administrativas*". Essa regra foi motivo de grande polêmica quando se tratou de definir a extensão do poder que a Constituição conferiu ao sindicato para a defesa judicial de direitos individuais dos trabalhadores. Duas correntes disputaram sua interpretação. A primeira, de feição *ampliativa*, defendia que a norma teria generalizado a legitimação extraordinária dos sindicatos, sem restrições. O argumento amparava-se no espírito de facilitação de acesso à justiça que está implícito no Estado Democrático de Direito (BATALHA, 1991, p. 98/100). A segunda corrente, com abordagem *restritiva*, sustentava que a natureza excepcional da substituição processual não se compatibilizava com a generalidade da norma constitucional. A lei haveria de estipular hipótese por hipótese as situações em que o sindicato poderia atuar como substituto processual (MAGANO, 1993, p. 142). Assim, a legitimação extraordinária seria cabível apenas naqueles casos expressamente previstos em lei: ação de cumprimento de norma coletiva (CLT, 872, § único); ação de cobrança de adicional de insalubridade ou de periculosidade (CLT, 195, § 2º); ação de cobrança de depósitos do FGTS (Lei nº. 8.036/90, art. 25) e defesa de direitos individuais homogêneos, por aplicação subsidiária do *processo coletivo comum*, cuja base é formada pela *Lei de Ação Civil Pública* e pelo *Código de Defesa do Consumidor* (LAURINO, 1995, p. 315).

Em 1993, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou a matéria em torno do antigo Enunciado nº. 310 da Súmula da Jurisprudência Predominante, que acolheu a posição *restritiva* em termos tão estreitos que retardou a aplicação ao processo do trabalho do procedimento para a defesa judicial de direitos individuais homogêneos (CASTELO, 1996, p. 341/342). Em 2003, o Enunciado foi cancelado e a definição dos limites da atuação do sindicato como legitimado extraordinário voltou a ser objeto de hesitação na jurisprudência dos tribunais do trabalho.

Em junho de 2006, depois de muita expectativa nos meios jurídicos, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou pela primeira vez sobre o significado do inciso III do artigo 8º da Constituição. Em votação apertada – seis a cinco –, o tribunal entendeu que a norma do inciso III do artigo 8º assegura ao sindicato a substituição processual de maneira ampla. Não apenas naquelas hipóteses previstas na legislação infraconstitucional, mas abrangendo também a *ação de liquidação por artigos* e a *execução* da sentença genérica proferida na defesa de direitos individuais homogêneos (STF, RE nº. 210.029-3-RS, j. 12-VI-2006, Rel. Ministro JOAQUIM

BARBOSA).

A esperança de que o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal pudesse eliminar as incertezas sobre a matéria não se confirmou. Em vez disso, a posição adotada pelo tribunal originou novas perplexidades em face da Constituição. É que ao alargar as hipóteses de legitimação extraordinária e ignorar a distinção entre *direitos individuais homogêneos* e *direitos individuais puros*, o tribunal admitiu o poder de o sindicato agir como substituto processual na defesa de todo e qualquer direito decorrente da relação de trabalho. O problema é que o processo coletivo comum prevê um procedimento *regular e adequado* apenas para a defesa de *direitos individuais homogêneos*, que é o procedimento do Código de Defesa do Consumidor. Não há no processo do trabalho e tampouco no processo coletivo comum um procedimento *regular e adequado* para a defesa de *direitos individuais puros* ou *heterogêneos* por meio de legitimação extraordinária, o que gera dúvidas razoáveis sobre questões da maior relevância, como são, dentre outras, *i*) a extensão subjetiva da coisa julgada e *ii*) a necessidade de identificação dos substituídos como condição para a efetividade do provimento.

Não é excessivo lembrar que o que distingue os direitos individuais homogêneos dos direitos individuais puros é a *dimensão coletiva*. Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais *com dimensão coletiva*, ao passo que os direitos individuais puros ou heterogêneos são direitos individuais *sem dimensão coletiva* (GRINOVER, 2002, p. 31).

A *dimensão coletiva* dos direitos individuais homogêneos decorre de dois elementos. O primeiro, é a *origem comum* do direito. Na forma do inciso III do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, são individuais homogêneos os direitos que surgem para uma pluralidade de pessoas em decorrência de um mesmo fato ou ato jurídico. O segundo elemento, que decerto é o mais importante, é a *homogeneidade*, que significa a prevalência das questões comuns sobre as questões individuais de cada integrante dessa pluralidade de pessoas (GRINOVER, 2002, p. 32).

É justamente a prevalência das questões comuns sobre as questões individuais que viabiliza o trato processual coletivo da pretensão, já que esse atributo conduz a uma situação de *uniformidade* que torna desnecessária a identificação dos substituídos e permite a formulação de um pedido genérico, o oferecimento de uma defesa genérica, uma instrução genérica e a emissão de um provimento genérico.

Os *direitos individuais puros* não têm qualquer dimensão

coletiva. Ao contrário do que ocorre nos direitos individuais homogêneos, as questões individuais prevalecem sobre as questões comuns. No julgamento da pretensão, o juiz só poderá dizer se existe ou não o direito reivindicado se examinar a situação individual de cada trabalhador, caso a caso, o que exige a identificação dos substituídos e, conseqüentemente, exclui a defesa genérica do Código de Defesa do Consumidor.

Formularei um exemplo para tornar mais clara essa diferença. Imagine uma indústria instalada em um galpão em cujo subsolo há um depósito de combustível altamente inflamável, construído em desacordo com as normas de segurança do trabalho. Nessa fábrica há uma linha de montagem com três etapas. Na primeira, que é a produção, os operários têm contato com óleo mineral; na segunda, que é o acabamento, eles estão expostos a ruído excessivo; na terceira, que é o controle de qualidade, não estão expostos a qualquer agente insalubre. Alguns operários da primeira fase da linha usam luvas impermeáveis que neutralizam a ação nociva do óleo, enquanto que alguns trabalhadores da segunda etapa da linha usam protetores auriculares que neutralizam o excesso de ruído.

Nesse exemplo, o direito ao adicional de periculosidade é individual *homogêneo*. Independentemente da função do trabalhador – operário da primeira, segunda ou terceira fase da linha de montagem –, todos estão expostos à mesma situação de risco. *As questões comuns prevalecem sobre as questões individuais*, o que permite a tutela jurisdicional genérica do Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, o *pedido*, a *defesa*, a *instrução* e a *sentença* terão conteúdo genérico, tornando desnecessária a identificação dos operários até o momento da liquidação da sentença.

O direito ao adicional de insalubridade é individual *puro*. Embora todos os operários trabalhem em uma mesma linha de montagem, o reconhecimento do direito depende da investigação da situação particular de cada um. É necessário saber a fase da linha em que o operário trabalha e se ele utiliza ou não o equipamento de proteção. *As questões individuais prevalecem sobre as questões comuns*, de modo que a efetividade do provimento depende da identificação dos trabalhadores e do exame da situação individual de cada um deles, caso a caso, o que exclui a aplicação do procedimento do Código de Defesa do Consumidor, que foi concebido para a tutela jurisdicional em situações nas quais as questões comuns prevalecem sobre as individuais.

Quando se trata da defesa judicial de direito individual puro, a substituição processual não tem dimensão coletiva. Ela se aproxima

---

da *representação* ou do *litisconsórcio*, que são figuras inerentes à tutela *individual* e não à *coletiva* (DINAMARCO, 2000, p. 1255). A substituição processual tem dimensão coletiva apenas na defesa de direitos individuais homogêneos, em que a finalidade do processo é a proteção do interesse comum de uma pluralidade de pessoas indeterminadas. Não é porque estão em disputa os direitos de uma pluralidade de pessoas que a tutela jurisdicional será *coletiva*. De acordo com a clássica lição de SANTORO-PASSARELLI, *coletivo* é o direito de uma pluralidade de pessoas indeterminadas a um bem jurídico capaz de satisfazer uma *necessidade comum* a todas elas (1973, p. 11). O coletivo é *síntese*, como nos direitos supra-individuais e nos individuais homogêneos, estes classificados como *acidentalmente coletivos* (BARBOSA MOREIRA, 1991, p. 188), e não a *somatória* de interesses individuais, como sucede na defesa judicial de direitos individuais puros (MANCUSO, 1988, p. 39).

Uma tendência que se observa em alguns julgados é o alargamento do conceito de direitos individuais homogêneos. Com a finalidade de aproveitar o procedimento do Código de Defesa do Consumidor, despreza-se o requisito da *homogeneidade* e raciocina-se apenas com a *origem comum* do direito. A vantagem seria a desnecessidade de imediata identificação dos substituídos e a aplicação do regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, o que protegeria o trabalhador do risco de retaliação e evitaria que a derrota do sindicato vinculasse quem não participou do processo.

O inconveniente dessa interpretação é que, em caso de vitória do sindicato, chega-se a uma sentença tão genérica que possui pouca ou nenhuma utilidade prática. No exemplo do adicional de insalubridade, ela se limitaria a declarar que os operários que trabalharam em contato com agentes insalubres sem proteção adequada têm direito ao pagamento do adicional, conforme se apurar em *ação de liquidação por artigos*. Em outras palavras, não disse nada. Apenas repetiu a hipótese geral e abstrata da lei. Trouxe pouco ou nenhum benefício prático para o substituído. É quase uma ilusão de vitória. Movimentou-se a burocracia judiciária, com todos os custos que essa atividade envolve, para se chegar a um resultado que nem mesmo solucionou a *crise de certeza* a que se destina todo provimento judicial, o que priva a condenação de utilidade prática (GRINOVER, 2002, p. 34).

No fundo, apenas se adia o problema da identificação dos substituídos e da prova das condições de trabalho de cada um para depois

do trânsito em julgado da sentença. Como à efetividade da sentença genérica é necessário provar *fato novo*, que é o ajuste da situação de cada suposto beneficiado à hipótese genérica do provimento, o reconhecimento do direito do indivíduo dependerá da prova produzida na *ação de liquidação por artigos* (DINAMARCO, 2000, p. 1253). Nesse momento, a efetiva apuração do nexo de causalidade e a fixação do valor da condenação pressupõem o exame da situação particular de cada pretensão beneficiado. O objeto da liquidação da sentença genérica configura hipótese de *direito individual puro* (DINAMARCO, 2000, p. 1255), o que exige a identificação do afirmado titular da relação jurídica controvertida e leva à extensão subjetiva da coisa julgada em caso de insucesso da prova produzida pelo sindicato.

Creio que a solução mais adequada para superar esse cenário de incerteza e de insegurança jurídica é a criação por *lei*, não pela *jurisprudência* e nem pela *doutrina*, de um procedimento destinado a regular a atuação do sindicato como substituto processual na defesa de direitos individuais puros. Com esse propósito, o recente projeto de reforma sindical do governo federal disciplinou a substituição processual aproveitando alguns elementos do regime da *class action* (SIQUEIRA NETO e LAURINO, 2008, p. 12), que foi o paradigma para a elaboração do procedimento para a defesa judicial de direitos individuais homogêneos do Código de Defesa do Consumidor (WATANABE, 1991, p. 511).

Apesar do regime da *class action* se destinar à proteção judicial do que denominamos como *direitos individuais homogêneos*, a coisa julgada funciona *pro et contra* (GRINOVER, 1991, pp. 539/541). Só que ao contrário do que sucede na chamada *ação de classe brasileira*, o direito norte-americano exige a demonstração da *legitimidade política* do autor ideológico como pressuposto para a representação judicial dos integrantes do grupo. Em virtude da fragilidade da organização de nossa sociedade civil, a *ação de classe brasileira* trocou a exigência de *adequada representatividade* pelo requisito da *pré-constituição* (GRINOVER, 1991, p. 576). Desse critério formal de legitimação deriva o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*, já que não seria conforme ao princípio do devido processo legal vincular à autoridade do julgado negativo o indivíduo que não foi representado de maneira adequada no processo (GRINOVER, 1991, p. 577).

Além do requisito da *adequada representatividade*, o regime da *class action* exige ainda que os integrantes do grupo sejam comunicados

---

do ajuizamento da demanda pelo autor ideológico, de maneira adequada às circunstâncias do caso, bem como que sejam esclarecidos sobre o risco da vinculação a um julgado negativo. O objetivo é lhes oferecer a oportunidade de manifestar se desejam continuar ou sair do processo. São os requisitos da *fair notice - comunicação adequada* - e do *right to opt out - direito de exclusão* (TUCCI, 1990, pp. 23/28).

O projeto de reforma sindical propõe que na defesa judicial de *direitos individuais puros* – o que abrange a ação de liquidação da sentença genérica proferida na defesa de direitos individuais homogêneos - o sindicato seja obrigado a *i)* identificar os trabalhadores e *ii)* comprovar que eles foram comunicados do ajuizamento da demanda para que tenham a oportunidade de escolher entre permanecer ou pedir a exclusão do processo. Se escolher pela permanência, o trabalhador será beneficiado pela vitória e prejudicado pela derrota; se optar pela exclusão, não extrairá qualquer vantagem da vitória e nem será prejudicado pela derrota.

A exigência de comunicação se justifica porque a extensão subjetiva da coisa julgada na defesa de direitos individuais puros prescinde da legitimidade política do sindicato, uma vez que a representatividade dos trabalhadores em nossa organização sindical ainda se apóia em critérios predominantemente formais (SIQUEIRA NETO e LAURINO, 2008, p. 14). Com essa adaptação dos mecanismos do *fair notice* e do *right to opt out*, assegura-se ao substituído a oportunidade de integração ao *contraditório* – que se exprime na fórmula “*ciência necessária + reação possível*” (DINAMARCO, 1986, p. 93) – e, ao mesmo tempo, legitima-se o regime da coisa julgada “*pro et contra*”, à semelhança do que ocorre na figura da *representação* (MAFRA LEAL, 1998, p. 61).

O projeto de reforma sindical está esquecido no Congresso Nacional, travado pela força do revigorado corporativismo, o que faz supor que as chances de solução do impasse em curto prazo pela via legislativa são remotas. Então, o que fazer? A proposta que ofereço ao debate se dirige aos juízes em período de formação, aos quais se destina esse colóquio. Temos de pensar com os olhos voltados para a Constituição, em especial para os princípios do *acesso à justiça* e do *devido processo legal*, que são os fundamentos políticos do sistema processual (GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO, 2005, p. 82). O primeiro passo é identificar na *causa de pedir* se o direito individual a que se pede proteção é *homogêneo* ou *puro*. Esse esforço é necessário para definir o *procedimento adequado*, que, ao lado do *contraditório*, é da essência do princípio do devido processo legal

(DINAMARCO, 1987, p. 179/180). Se o direito for *homogêneo*, aplica-se o procedimento do Código de Defesa do Consumidor: dispensa-se a identificação dos substituídos, exige-se do sindicato a divulgação genérica do ajuizamento da demanda e intima-se o Ministério Público do Trabalho para que intervenha no processo. Não se exclui que a definição sobre a espécie de direito individual que se encontra em litígio venha a se modificar com base nos elementos de fato e de direito veiculados pela defesa, o que explica a possibilidade desse procedimento se mostrar inadequado após a resposta do réu.

Quando a causa de pedir revelar que o direito em discussão é *individual puro*, a situação será semelhante à *representação* ou ao *litisconsórcio*. Como não há *dimensão coletiva*, o parâmetro de interpretação é *individualista* (DINAMARCO, 2000, p. 1258). Se a petição inicial não estiver acompanhada da relação de substituídos, o juiz deve ordenar a identificação dos trabalhadores e a indicação dos elementos pessoais necessários ao julgamento, já que essa providência é indispensável à efetividade do provimento (CPC, art. 282, IV c/c art. 284). Descumprida a ordem, o processo terá de ser extinto sem resolução do mérito por *indeterminação* do pedido (CPC, art. 284, § único). Cumprida a ordem, o passo seguinte é verificar a quantidade de substituídos. O processo comum veda o litisconsórcio de multidões com o fim de assegurar tanto a efetividade do direito de defesa como a correta aplicação do direito pelo juiz (CPC, art. 46, § único). Não é possível instruir um pedido de pagamento de adicional de insalubridade envolvendo centenas de trabalhadores que prestam serviços em diferentes setores da empresa. Dificilmente se saberá sobre as condições de trabalho de cada um ouvindo-se apenas três testemunhas de cada lado, sem dizer que a elevada quantidade de indivíduos em litígio sempre conspira contra a garantia de *duração razoável do processo*, que também integra o princípio do devido processo legal (DINAMARCO, 2000, p. 1259).

Finalmente, o juiz deve exigir a comprovação de que os substituídos foram comunicados do ajuizamento da demanda e esclarecidos sobre o risco da vinculação a um julgado negativo. Se o processo coletivo comum, por regra do Código de Defesa do Consumidor, assegura o direito à informação mesmo quando a coisa julgada negativa não atinge o substituído, com muito mais razão exige-la quando a coisa julgada é vinculativa. É bom lembrar que em jogo está o patrimônio pessoal do trabalhador, não do sindicato que instaurou o processo. Não guarda

---

conformidade à idéia de *democracia*, na qual estão implícitos os valores da *igualdade*, da *liberdade* e da *participação*, que o empregado fique exposto ao risco de perder o seu patrimônio sem o direito de pedir a exclusão do processo, como se fosse um refém do órgão de direção do sindicato. Ainda mais grave quando, no exercício da liberdade negativa consagrada no inciso V do artigo 8º da Constituição, ele nem mesmo é filiado à entidade, o que o exclui da participação da escolha dos dirigentes que deliberam sobre a propositura da demanda (SIQUEIRA NETO e LAURINO, 2008, p. 15).

A forma como será efetuada a comunicação exige prudência e deve ser definida em face das peculiaridades do caso concreto (LENZA, 2003, pp. 217/223). Deve-se levar em conta que os substituídos têm de ser previamente identificados com a demanda, de modo que a comunicação não pode ser tão genérica como no procedimento do Código de Defesa do Consumidor, cuja finalidade é transmitir a informação a uma pluralidade de pessoas não-identificadas (GRINOVER, 1991, p. 541). A pressão do empregador com o objetivo de forçar o trabalhador ativo a pedir a exclusão é um risco presente desde o momento em que se dá conhecimento do processo com a citação. Embora seja impossível excluir por completo essa forma de chantagem, até porque não possuímos mecanismos eficientes de proteção ao emprego, é bem possível reprimir a conduta patronal por meio de indenização por dano moral decorrente do comportamento contrário à liberdade de atuação sindical, o que sempre produz efeito preventivo em relação ao futuro (SIQUEIRA NETO e LAURINO, 2008, p. 16).

Ao contrário da figura da *representação*, em que a propositura da demanda exige autorização do titular da relação jurídica controvertida, na *substituição processual* o sindicato não precisa de permissão do trabalhador para o ajuizamento da demanda (CAMPOS JÚNIOR, 1985, p. 37). Por isso, sempre que o juiz reputar eficaz a comunicação, o silêncio deve ser entendido como a concordância do substituído com a permanência no processo e com as conseqüências em relação à coisa julgada. Assinale-se que o prazo concedido para o trabalhador pedir a exclusão tem que ser razoável, evitando prejudicar o direito que o réu tem à tutela jurisdicional após o esgotamento do momento que a lei processual reserva para a desistência de maneira unilateral.

De tudo o que precede, arriscaria dizer que, em conformidade com conhecida classificação sobre a legitimação extraordinária (BARBOSA MOREIRA, 1971, p. 58), a substituição

processual para defesa de direitos individuais puros decorrentes da relação de trabalho tem as seguintes características. Ela é: i) *autônoma* - o sindicato atua com independência em relação ao trabalhador -; ii) *concorrente* - a legitimação do sindicato não exclui a do trabalhador - e iii) *subsidiária* - a legitimação do sindicato depende da omissão do trabalhador, o que se deve aferir por meio da reação à comunicação sobre o ajuizamento da demanda pela entidade sindical.

Gostaria de concluir lembrando que assim como o lado luminoso de todos nós é acompanhado por um lado sombrio, também a substituição processual tem um aspecto luminoso e um aspecto obscuro. Se não tivermos coragem de iluminar esse lado escuro, se, a pretexto de facilitar o acesso à justiça, desviarmos o olhar do lado sombrio que há no instituto, estaremos contribuindo para a formação de um processo autoritário e ineficiente, o que, além de contrariar o ideal de *processo justo* abrigado no princípio do devido processo legal, servirá para desacreditar esse importante instrumento de facilitação de acesso à justiça.

## BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken. “Substituição processual”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº. 9, Dezembro de 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, in *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*, Rio de Janeiro, Borsóí, 1971.

- “Ações coletivas na Constituição Federal de 1988”, in *Revista de Processo*, nº. 61, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito processual das coletividades e dos grupos*, São Paulo, Ltr, 1991.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim. *Substituição processual*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo*, São Paulo, LTr, 1996.

---

---

DINAMARCO, Candido Rangel. “O princípio do contraditório” in *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

- *A instrumentalidade do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.

- “As três figuras da liquidação de sentença”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Malheiros, 2000.

- *Instituições de direito processual civil*, I, São Paulo, Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, em colaboração, Rio de Janeiro, Forense, 1991.

- “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira”, in *Ação civil pública – 15 anos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

- *Teoria geral do processo*, em colaboração com ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA e CANDIDO RANGEL DINAMARCO, São Paulo, Malheiros, 2005.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*, São Paulo, Dialética, 2003.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. “A aplicação do procedimento do Código de Defesa do Consumidor na tutela dos direitos individuais homogêneos no processo do trabalho”, in *Revista LTr* n°. 59, São Paulo, 1995.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação coletiva*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

---

MAGANO, Octávio Bueno. *Direito coletivo do trabalho*, São Paulo, LTr, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor”, in *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n.º. 33, Dezembro de 1990.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. “Do processo coletivo do trabalho. Observações sobre a defesa do direito coletivo na ação civil pública”, in *Curso de direito processual do trabalho, em homenagem ao ministro Pedro Paulo Teixeira Manus*, Coordenação J. Hamilton Bueno, São Paulo, Ltr, 2008, pp. 162/172.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Noções de direito do trabalho*, tradução de Mozart Victor Russomano, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

SIQUEIRA NETO, José Francisco e LAURINO, Salvador Franco de Lima. “O Supremo Tribunal Federal e a substituição processual no processo do trabalho”, 2008, inédito.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz. “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*, São Paulo, Saraiva, 1990.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, em colaboração, Rio de Janeiro, Forense, 1991.

---

---

## **Alysson Leandro Mascaro**

Doutor e Livre-Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Professor da Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Implantador e primeiro coordenador da Faculdade de Direito da Fundação Padre Albino. Advogado.

### **SOBRE CIDADANIA E DIREITO**

#### **1. Tomar a cidadania nas mãos**

Considerada no seu sentido vago e usual, a palavra cidadania vem servindo pouco para o discurso tradicional do jurista, porque é aparentada de outros termos também vazios como justiça, ordem, paz, segurança, estabilidade, império das leis, fraternidade etc. Por isso, a maior parte das reflexões acerca da cidadania é composta de discursos fáceis, de geral concordância social porque incapaz de chegar ao cerne das feridas do problema.

O uso generalizado e vazio do conceito de cidadania não leva, no entanto, a uma impossibilidade de melhor qualificação do termo. Tal qual a questão da justiça, que é banal no discurso comum mas candente no pensamento jusfilosófico, a cidadania também é termo banal no uso comum, e no entanto, ao passar pelo crivo de uma reflexão profunda, revelará uma explosiva tomada de posição em face da história e de nosso tempo.

O discurso comum do jurista que esboça alguma crítica e um médio compromisso social é o que segue: a cidadania no Brasil foi ganha formalmente, por meio das leis e da política, mas ainda não se efetivou no plano econômico e social. É preciso, contudo, rejeitar com todo vigor esta interpretação, que está na base de nossa fraqueza constrangida: *não há* cidadania no Brasil, e não se a percebe, tampouco, em nosso tempo, na situação mundial. A cidadania não é um prédio em reformas, será outro prédio a ser construído.

Até o presente, o jurista tem se esquivado de problematizar

---

a questão da cidadania, dizendo que sua parte está feita, localizando o problema, então, no nível econômico-social. Em assim procedendo, o jurista insiste na separação de duas esferas de cidadania, a político-jurídica (formal) e a econômico-social (concreta). Mas não é possível salvar a alma do jurista e do mundo jurídico transferindo simplesmente o problema da miséria a economistas e políticos, como se a parte dos profissionais do direito fosse independente da totalidade. A dialética entre cidadania político-jurídica e cidadania econômico-social é falsa. Não há duas instâncias da cidadania, uma das quais formal e outra social. As instâncias divididas da cidadania se prestam a um jogo recíproco de esvaziamento das responsabilidades da ação política concreta. Num mundo de miseráveis, de exploração do trabalho e da falta dele, de dominação dos meios de comunicação, no qual impera o dinheiro e as armas, todo requinte que se queira dar de civilização será somente tributo à barbárie estabelecida.

A reflexão de gabinete, compartimentalizada a partir das competências formais das áreas profissionais, contribui para a chancela universal e vazia dada ao termo. A cidadania deve ser analisada pelo prisma do horror e do sangue, dos olhos encharcados de lágrimas dos que não podem ser plenos. Por este ângulo, choraremos um mundo de guerras, os milhões de miseráveis, os trabalhadores explorados, os países sem vez, os fortes prevalecidos, os fracos ignorantes, a falta de luz nos caminhos da transformação. É preciso retirar o discurso da cidadania das mãos dos homens de medianas boas vontades, homens que não são nem frios nem quentes, e tratar de empreender a radicalidade da verdadeira reflexão jusfilosófica.

Tais homens e juristas médios, administradores desavergonhados do *quantum* manejável de cidadania formal em nossa sociedade, hão de ter mais apreço por Pilatos, que fazia consulta às massas e portanto poderia se passar por arauto da democracia do voto – como se fora algum protótipo das liberdades civis – do que por Cristo, que com o chicote afastou em bloco a possibilidade de unção do seu tempo. O homem e o jurista médios são, no entanto, cristãos, defensores da ordem, das reformas da sociedade sem que haja conflito, do império da lei, adutores da cidadania e defensores da paz. Na lembrança de Wilhelm Reich, matarão mais uma vez Jesus Cristo se de novo este voltar à Terra, mais uma vez em nome das suas ponderações e de seu bom-senso de típicos Pilatos da cidadania formal. A questão da cidadania tem sido a do jurista, para exaltação própria e gáudio de seu formalismo. No entanto, em face do horror do trabalhador em condição análoga ao escravo, do cortador de cana aviltado, do velho sem condições, do

---

explorado pelo capital, a cidadania não é uma láurea do jurista: é um problema a ser tomado pelas mãos, no mais alto de sua radicalidade e de sua relação com a totalidade das relações sociais.

## 2. A estrutura da cidadania

O discurso da cidadania tem sido vago porque fragmentário. Juspositivistas envergonhados mas ainda assim sem outro horizonte, os juristas médios hão de considerar a questão da ineficácia das leis um problema da realidade social, não do direito positivo. No entanto, o problema do direito não é a exegese analítica de leis, mas o próprio mundo que cria as leis e as leis no mundo.

Tomado no sentido vulgar, a cidadania é a maioria da humanidade, que supera o estágio da dominação direta de um homem sobre outro. Além da verdade da superação da dominação direta dos homens, no entanto, é preciso compreender a outra verdade da cidadania: ela é a estruturação da dominação *indireta* dos homens sobre os homens. Sua lógica atende, claramente, a estrutura geral das necessidades capitalistas. A cidadania é o correspondente, no plano político, aos direitos subjetivos. Sua origem é umbilical ao capitalismo. Dado o fato de que, pela economia mercantil, todos são compradores e vendedores, todos têm direito subjetivo. Daí nasce a idéia dos direitos universais. Todos são consumidores universais do capitalismo.

A cidadania se plenifica nesse ponto. O cidadão é o consumidor, é o comprador, é o que vende força de trabalho no mercado da exploração econômica. Assim sendo, nunca houve sociedade nos últimos séculos que fosse capitalista e que não tenha dado alguns direitos de cidadania ao povo, como os direitos de contrato, do direito privado. Ora, se isso ocorre, ver-se-á que o capitalismo está visceralmente jungido a algum tipo de cidadania – a compra e venda e a exploração do trabalho por meio de contrato – e, portanto, a discussão do homem médio é saber sobre o *quantum* de cidadania a mais há em cada sociedade capitalista.

No entanto, esta cidadania é falsa e injusta. A plena cidadania não deve ser quantitativa, e sim qualitativa. Lembrem Adorno e Horkheimer que o cidadão capitalista é um número utilizado pela técnica, objeto de medida de uma sociedade de massas. Os atos de comprar, vender e votar não podem ser a medida única do cidadão, porque ele compra o que não precisa e não compra o que precisa, vende o trabalho que não lhe pagam e vota para cancelar

a ordem que não construiu.

O arranjo capitalista das relações de produção acarreta o fato de que as pessoas tornam-se cidadãs porque são consumidoras e vendedoras de força de trabalho, mas não são detentoras da riqueza e da logicidade de planejamento de suas vidas e suas relações econômico-sociais. O capitalismo desloca ao plano econômico a possibilidade de determinar a apropriação da riqueza social, deixando à população a sensação de uma vitória pela metade: todos votam e são votados, pode-se chegar ao auge dos direitos, mas tudo isso será a exacerbação da parte sem mirar a miséria do todo.

Pachukanis já denunciava, há quase um século, o limite do direito e da cidadania numa estrutura social capitalista: são máscaras ideológicas e, mais que isso, operacionalizações de um sistema mercantil-produtivo cujo resultado é a reificação e a alienação, para usar de palavras de Lukács.

A cidadania, neste contexto, é sempre um jogo parcial. Em todas as melhores sociedades capitalistas – as de tipo social-democrata da Europa, por exemplo – a cidadania nunca dependeu apenas do império das leis e de suas garantias. O direito é dependente da economia e da política. O liberalismo de Thatcher e Reagan quebrou os direitos sociais europeus, porque estes nunca poderiam estar agarrados a um fiel da balança que fosse apenas jurídico. Dado que o capitalismo se movimenta globalmente, não há estado nacional que consiga total independência de fatores externos.

Além disso, até mesmo o capitalismo regulado das sociais-democracias não extirpou o conflito de classes do seio de suas relações sociais. Isto quer dizer que o movimento de conquista da cidadania não é uma declaração formal de direitos, e sim um processo constante e contínuo de lutas que, sob primeiro sinal de fraqueza, retrocede. A dominação financeira das últimas décadas é prova de que sem tiro certo o leão da incivilidade volta a reinar.

Também o campo político, que assegura formalmente a cidadania, lhe tira condições efetivas. Os estados nacionais amarram-se a um jogo feroz de imperialismo e desenvolvimentismo, que resulta em manobras contra os direitos de suas próprias sociedades, teoricamente a seu benefício. A retirada dos direitos de cidadania social sempre travestiu-se do argumento de que era em favor da manutenção dos empregos dos trabalhadores de cada país, em uma competição de favorecimentos ao capital contra outros países. O imperialismo e as grandes distorções do desenvolvimento econômico dos povos levam a cidadania necessariamente ao plano mundial, e não só nacional.

Tudo isto revela que o problema da cidadania não é apenas o

---

que se levanta tormentosamente como resultado dos embates político-jurídicos nacionais. As ditaduras, as repressões do Estado, os autoritarismos e totalitarismos, a falta de respeito aos direitos humanos, todas estas são batalhas árduas que exigem grande coragem e criatividade do jurista enquanto agente político da transformação social. Mas, uma vez ganhas, tais batalhas são apenas o alicerce de outras mais difíceis ainda: a construção da realidade cidadã, que será plena e efetivamente mundial.

### 3. Para a construção da cidadania plena

Elevamos a reflexão jusfilosófica ao extremo: não há diferença entre uma sociedade cidadã e uma sociedade justa. O capitalismo, constituindo a exploração de classe e a função do Estado e do direito como armas dessa exploração, em nível mundial, é o oposto dessa sociedade plenamente cidadã e justa. Por isso, não há diferença entre uma sociedade justa e uma sociedade socialista, que privilegie o ser ao ter, o homem ao capital, a civilização à barbárie.

A cidadania sempre foi tomada pelo jurista e pela média do pensamento social como o andaime da sociedade justa, isto é, o primeiro passo de uma construção para se levantar, depois, as paredes da justiça social. Tal compreensão é errônea. A cidadania só surge em conjunto com as estruturas de plena justiça. Até lá, todos os ganhos são provisórios, todas as conquistas parciais e todo avanço passível de retrocesso.

Na lembrança da dialética, só a superação garante a virada de patamares, e não as vitórias parciais entre tese e antítese, senhor e escravo. Somente a efetivação de uma sociedade socialista, solidária e humanista dará conta de tornar plena a cidadania.

Tendo visto que os movimentos da cidadania no plano formal nacional podem não resistir ao movimento do capital internacional, apontemos armas numa superação mundial das injustiças e do capital. Tal vislumbre internacional há de se fazer ainda por meio de ações dos estados nacionais, porque as assimetrias entre povos demandam ainda alguma sorte de desenvolvimentismo. Assim, há três fronteiras da cidadania plena a serem conquistadas: o desenvolvimento dos povos miseráveis; o fortalecimento da aliança entre os povos, derrubando os muros nacionais; mas, antes e acima de tudo, a emancipação social das atuais relações de produção capitalistas, construindo a libertação do trabalho e uma planificação econômica livre da valoração do valor.

A cidadania e a justiça são os fios condutores do processo de transformação na medida que o fim se concretiza nos meios. Nos dizeres de Gandhi, o que se espera por objetivo deve ser praticado por meio. Assim sendo, a cidadania é a forma da superação social, da revolução socialista e da justiça social. A democracia é o instrumento de chegada, mas também é arma necessária a apontar contra as injustiças e a dominação.

A transição ao socialismo é um processo democrático, em uma acepção profunda da ação democrática: se faz horizontalmente, sem hierarquias nem castas de líderes apartados das massas. Há duas maneiras de se referir à democracia como instrumento da justiça social. O primeiro é sacralizá-la, imaginando que a mera forma democrática seja bastante. A segunda, mais madura e mais coerente, é a concretização da democracia como realidade concreta da ação social libertária em busca da justiça social. A transição ao socialismo se faz da base, e não do alto, e será, portanto, necessariamente democrática, na medida de uma democracia plena.

O direito é convocado para a cidadania e o jurista é acordado diariamente ao engajamento na luta pela justiça social plena. Até hoje, o direito contribui com sua lógica política instrumental de democracia, garantias e universalidade. Mas nas sociedades capitalistas, os direitos humanos, a democracia e a própria cidadania são pequenos esboços de si próprios. O socialismo aponta para os mesmos horizontes dos direitos humanos, da democracia e da cidadania, mas aponta para suas mais profundas causas, suas reais estruturas e para suas mais plenas conseqüências. Por isso, perpassa pelo direito a tensão histórico-social do que de fato é e do que ainda não é, podendo no entanto ser.

O jurista, por sua vez, é acordado diariamente ao engajamento pela cidadania, porque a sociedade não é cidadã. Os clarins matinais são os milhões de miseráveis do mundo e a injustiça acumulada e estrutural que persiste até nosso tempo. Para o jurista, a formal e limitada cidadania desta estrutura social na qual vive é só um pouco a mais ou a menos do mesmo. Sua ação plena, justa e cidadã há de ser outra. Seu horizonte será não o da glória da conquista formal, e sim o da sua contribuição à transformação social. Cidadania e direito hoje são, mas o que são ainda não basta. É preciso outra cidadania e outro direito, porque, na verdade, é preciso levar a sociedade exploradora e injusta a ser outra, justa, fraterna e plena.

---

---

## **Raimundo Simão de Melo**

Procurador Regional do Trabalho Mestre e Doutor em Direito das relações sociais pela PUC/SP  
Professor de Direito e de Processo do Trabalho  
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho

### ***ACIDENTE DE TRABALHO – RESPONSABILIDADE COM E SEM CULPA***

**Palavras-chave:** acidente – responsabilidade – culpa.

A responsabilidade do empregador nos acidentes de trabalho é subjetiva, com inversão do ônus da prova. Mas nas doenças ocupacionais decorrentes de danos ao meio ambiente, nos acidentes em atividades de risco e naqueles envolvendo servidores públicos, a responsabilidade é objetiva. Nas terceirizações, responde o tomador de serviços solidária e objetivamente.

**Sumário:** 1. Conceito de acidente de trabalho; 2. Fundamentos da responsabilidade pelos acidentes de trabalho; 2.1 Nas doenças ocupacionais; 2.2 Nos acidentes-tipo ou típicos; 2.2.1 Nas atividades de risco; 2.2.2 Por condições inseguras de trabalho; 2.2.3 Por ato inseguro de culpa exclusiva do trabalhador; 2.3 Por ato ou fato de terceiro; 2.4 Em relação ao servidor público; 3. Conclusões; 4. Referências bibliográfias.

#### **1. Conceito de acidente de trabalho**

Acidente, na linguagem corrente, é um acontecimento imprevisto ou fortuito que causa dano à coisa ou à pessoa. Essa era a definição vigorante no século XIX, que considerava o acidente de trabalho como um acontecimento súbito, de obra do acaso, casual, fortuito, ou

---

imprevisto, de causa externa. A idéia era de infelicidade e falta de sorte da vítima.

Isto não mais se sustenta nos dias atuais, porque grande parte dos acidentes decorre da ausência de cuidados mínimos e especiais na adoção de medidas coletivas e individuais de prevenção dos riscos ambientais. Além disso, há inúmeras atividades caracteristicamente perigosas, cujos acidentes não são considerados meros infortúnios do acaso. São eventos previsíveis e preveníveis. Suas causas são identificáveis e podem ser neutralizadas ou eliminadas. Não se confunde evento imprevisto com evento imprevisível. O evento imprevisível é desconhecido da comunidade humana que o observa; o evento imprevisto é indesejado tão-somente.

Na legislação brasileira, o conceito de acidente de trabalho é abrangente, incluindo as doenças profissionais e do trabalho e outros eventos acidentários. Estabelece o art. 19 da Lei 8.213/91 que acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Os artigos 20 e 21 e §§ da Lei 8.213/91 consideram outros eventos como acidentes.

## **2. Fundamentos da responsabilidade nos acidentes de trabalho**

Dos acidentes de trabalho decorrem várias responsabilidades. O trabalhador vítima de acidente do trabalho pode pleitear, conforme o caso, benefícios previdenciários e/ou reparações a cargo do empregador.

Quanto à Previdência Social (INSS), a responsabilidade pela concessão dos benefícios previdenciários é objetiva, independente de culpa. No caso, basta ao trabalhador-segurado provar o evento, o dano e o nexa causal entre estes.

Diferentemente ocorre em relação à responsabilidade do empregador pelas reparações por danos materiais, morais e estéticos, cada vez mais comuns nos pleitos perante a Justiça do Trabalho<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> O plenário do STF reformulou entendimento anterior e declarou que a competência para julgar ações por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho é da Justiça Trabalhista. A decisão unânime foi tomada durante análise do CC nº 7204.

---

Com relação a esta, dizem o art. 7º e inciso XXVIII da Constituição Federal: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Pela tradicional compreensão desse dispositivo, o trabalhador somente tem direito às indenizações respectivas se provar a culpa ou dolo do empregador. Nesse sentido, preleciona Rui Stoco<sup>2</sup>.

*Data venia*, não concordo integralmente com essa posição, ante a necessidade de aprimoramento e evolução da responsabilidade civil, comungando, assim, entre outros, com Antônio Elias de Queiroga<sup>3</sup> e Carlos Roberto Gonçalves<sup>4</sup>, para os quais os novos rumos da responsabilidade civil caminham no sentido de considerar objetiva a responsabilidade das empresas pelos danos causados aos empregados, com base na teoria do risco-criado, cabendo a estes somente a prova do dano e do nexa causal com o acidente.

A interpretação do inciso XXVIII do art. 7º da CF precisa ser buscada levando-se em conta a finalidade e razão de ser do mesmo no contexto da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo.

Nesse sentido, é oportuna a advertência de Celso Ribeiro Bastos<sup>5</sup>, que diz: “as normas constitucionais são como que envolvidas por uma camisa-de-força. Destarte, o intérprete se vê na contingência de descobrir para além da simples literalidade dos Textos o ‘para quê’ e o ‘para quem’ das suas prescrições, de sorte a distender o fio da interpretação até os limites daqueles parâmetros sistemáticos”, o que deve fazê-lo levando em conta, como acrescenta o referido autor, que “a importância da interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da Constituição, sendo que por isso os problemas de interpretação surgem com maior frequência que noutros setores do Direito. Vimos que a norma constitucional apresenta-se, no mais das vezes, com uma petição de princípios. Aqui a interpretação transforma-se em elemento de constante atualização dessas espécies normativas, dentro de certos limites oriundos da forma (literalidade da lei)”.

---

<sup>2</sup> Responsabilidade civil, p. 814/815.

<sup>3</sup> Responsabilidade civil e o novo Código Civil, p. 132.

<sup>4</sup> Responsabilidade civil, p. 461.

<sup>5</sup> Curso de Direito Constitucional, p. 103/4.

É certo, como lembra Humberto Theodoro Júnior<sup>6</sup> “que é difícil inovar em doutrina acerca de velhos institutos, não pelos embaraços da argumentação, mas porque há uma força muito atuante entre os intérpretes e aplicadores do direito positivo, que é a lei da inércia, pois é, sem dúvida, muito mais cômodo seguir antigos padrões, já estabelecidos de longa data na praxe forense e nos manuais da doutrina, do que repensar soluções para os quase complicados problemas da interpretação evolutiva das normas legais”. Porém, não se pode olvidar que “é imperioso, no entanto, vencer as dificuldades, visto que o Direito do Trabalho existe e se justifica enquanto instrumento de realização dos direitos reconhecidos como fundamentais aos trabalhadores, o que significa que ao intérprete das suas normas e princípios cabe adotar postura que permita torná-los concretos”<sup>7</sup>.

A minha discordância baseia-se no caráter aberto da Constituição e da disposição inscrita no inciso XXVIII do art. 7º; no “porquê”, no “para quê” e no “para quem” foi criada referida norma.

Não pode esse dispositivo ser interpretado isoladamente, como tem sido feito. Assim, enquanto o § 3º do art. 225 da Constituição Federal assegura a responsabilidade objetiva por danos ao meio ambiente, incluído o do trabalho (CF, art. 200 – VIII), o inciso XXVIII do art. 7º fala em responsabilidade subjetiva por acidentes de trabalho. Surge, desde logo, uma aparente antinomia ou conflito de normas constitucionais. Enquanto o § 3º do art. 225, de âmbito maior, assegura a responsabilidade objetiva nos danos ao meio ambiente, o inciso XXVIII do art. 7º, fala em responsabilidade subjetiva nos acidentes individualmente considerados.

Com efeito, a partir do momento em que se compreender o disposto no § 3º do art. 225 como princípio maior (regra supralegal) que protege um direito fundamental – a preservação da vida em todas as espécies –, difícil não é admitir a possibilidade de mitigação do inciso XXVIII do art. 7º, norma de alcance menor, para se aplicar a responsabilidade objetiva em determinados casos. Cabe observar que pela norma supralegal do § 3º do art. 225, estabeleceu o constituinte, para os danos ambientais, a responsabilidade objetiva, mas de maneira

---

<sup>6</sup> Fraude contra credores: natureza jurídica da sentença pauliana, p. 25.

<sup>7</sup> Cleber Lúcio de Almeida, Responsabilidade civil do empregador e acidentes de trabalho, p. 74/5. do sistema jurídico, não expressa significado algum” ( Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, p. 34).

---

contraditória, tratou diferentemente os acidentes de trabalho, que são a consequência maior dos danos que atingem o ser humano trabalhador. Parece mesmo uma antinomia.

No sistema constitucional, as supostas antinomias ou tensões entre normas da Constituição são resolvidas por meio dos princípios da unidade e da harmonização dos textos constitucionais. Procura-se ponderar valores e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma das normas em “conflito”, para se harmonizá-las e otimizá-las a fim de se produzir um equilíbrio sem negar, por completo, a eficácia de nenhuma delas.

O meu objetivo é buscar uma solução adequada para a aparente antinomia entre os dois dispositivos constitucionais, que tratam, respectivamente, da responsabilidade pelos danos ao meio ambiente, genericamente, e pelos danos à saúde do trabalhador, especificamente.

Estou certo de que não se pode fazer uma leitura tópica e isolada do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição. É necessário interpretá-lo em conjunto e de forma harmônica com o disposto no § 3º do art. 225 da mesma Lei Maior<sup>88</sup> Nesse sentido, alerta Eros Roberto Grau que “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele

– do texto

– até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido.

A vida, como não resta dúvida, é o bem maior do ser humano e é exatamente em função desse bem supremo que existe o Direito. Assim, não é lógico nem justo que para a consequência do dano ambiental em face da vida humana se crie maior dificuldade para a busca da reparação dos prejuízos causados ao trabalhador.

Desse modo, não mais se sustenta uma interpretação literal do inciso XXVIII do art. 7º (“seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”), para desde logo se concluir que se trata unicamente de responsabilidade subjetiva. Esse dispositivo está umbilicalmente ligado ao *caput* do art. 7º, que diz textualmente: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (grifados).

A mais simples análise destas disposições constitucionais

mostra que o disposto no inciso XXVIII constitui garantia mínima do trabalhador. Ademais, a expressão constante do *caput* do art. 7º, “outros direitos que visem à sua melhoria” deixa claro que nenhum dos direitos encartados nos seus incisos é de conceito e conteúdo fechados e imutáveis.

O que mais importa para a presente análise é que qualquer direito integrante do rol do referido art. 7º pode ser alterado visando melhoria para os trabalhadores. Assim entende o Professor Amauri Mascaro Nascimento<sup>9</sup>, *verbis*: “A Constituição deve ser interpretada como um conjunto de direitos mínimos e não de direitos máximos, de modo que nela mesma se encontra o comando para que direitos mais favoráveis ao trabalhador venham a ser fixados através da lei ou das convenções coletivas”<sup>10</sup>.

Arnaldo Lopes Sússekind<sup>11</sup>, ao analisar o *caput* do art. 7º, assim se pronuncia: “E a expressão ‘além de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social’, não só fundamenta a vigência de direitos não previstos no artigo em tela, como justifica a instituição de normas, seja por lei, seja por convenção ou acordo coletivo, seja, enfim, por um laudo arbitral ou sentença normativa dos tribunais do trabalho. O que tem relevo para afirmar a constitucionalidade dessas normas jurídicas é que não sejam elas incompatíveis com os princípios e prescrições da Lei Maior”.

Os princípios e prescrições da Constituição Brasileira entre outros, são o respeito à vida, à dignidade humana e, no âmbito trabalhista, aos valores sociais do trabalho, cabendo neste particular ao intérprete colocar-se a favor do menor sacrifício do cidadão trabalhador na escolha dos diversos significados de uma norma.

Quando o referido inciso XXVIII alude à culpa ou dolo

---

<sup>9</sup> Direito do Trabalho na Constituição de 1988, p. 40.

<sup>10</sup> Ao contrário do direito comum, no Direito do Trabalho, a pirâmide que entre as normas se forma terá como vértice não a Constituição Federal ou as convenções coletivas de modo imutável. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor... Resulta do pluralismo do Direito do Trabalho que é constituído de normas estatais e dos grupos sociais, da finalidade do Direito do Trabalho que é a disciplina das relações de trabalho, segundo um princípio de melhoria das condições sociais do trabalhador com características marcadamente protecionistas como expressão de justiça social e da razoabilidade que deve presidir a atuação do intérprete perante o problema social” (Amauri Mascaro Nascimento, Curso de Direito do Trabalho, p. 164/5).

<sup>11</sup> Direito Constitucional do Trabalho, p. 80.

---

do empregador como fundamento da responsabilidade pelos acidentes de trabalho, não fixa a responsabilidade subjetiva como questão fechada, porque conforme art. 7º, o legislador ordinário está autorizado a criar e modificar os direitos inscritos nos seus incisos, para a melhoria dos trabalhadores.

O Direito é um mecanismo a serviço da justiça e do bem comum, que abrange a atividade do legislador, do intérprete e do aplicador, os quais devem levar em conta, sempre, certos valores assegurados no ordenamento jurídico. No caso, esses valores estão na Carta Magna, que dispõe no art. 1º como fundamentos da nossa República e do Estado Democrático de Direito, entre outros, a *cidadania*, a *dignidade da pessoa humana* e *os valores sociais do trabalho*. O art. 170 diz que a ordem econômica funda-se na livre iniciativa e na *valorização do trabalho humano*.

Diante das considerações supra, mais simples se torna a compreensão e necessidade de mitigação do inciso XXVIII do art. 7º, mediante aplicabilidade e compatibilização do § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) e do § único do art. 927 do Código Civil Brasileiro, nos casos de acidentes e doenças do trabalho, no que diz respeito ao fundamento da responsabilidade do empregador.

O § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81 diz que, “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

O § único do art. 927 Código Civil, como importante novidade em termos de responsabilidade civil, acolhe a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Decorre do exposto que estes dois dispositivos legais são compatíveis com a disposição do inciso XXVIII do art. 7º no tocante à responsabilidade do empregador decorrente de acidentes e doenças do trabalho, sem a pecha de inconstitucionalidade.

Como dito, a imposição de responsabilidade ao empregador por acidente de trabalho constitui um direito mínimo do trabalhador, que pode ser melhorado por meio de alterações legislativas e convencionais, porque o aludido art. 7º assegura garantias mínimas e, no Direito do Trabalho, a hierarquização das normas leva em conta aquela que for mais favorável ao trabalhador.

Desse modo, se o art. 7º cuida de direitos mínimos dos trabalhadores; se esses direitos podem ser melhorados por outras normas legais; se os dois referidos dispositivos trazem, de fato, melhorias direcionadas à preservação do bem maior da pessoa humana – a vida –; a conclusão natural é que são eles constitucionais, porque compatíveis com a norma suprema. Assim, devem esses dispositivos legais ser observados na interpretação do inciso XXVIII do art. 7º, para uma aplicação conjunta e harmonizada.

Na busca dessa harmonização e do respeito aos princípios e valores fundamentais antes aludidos, passo a objetar sobre a responsabilidade do empregador em face dos acidentes de trabalho: **a)** nas doenças ocupacionais (doenças profissionais e do trabalho); **b)** nos acidentes-tipo ou típicos; **c)** por ato ou fato de terceiro; e **d)** em relação ao servidor público.

### 2.1 Nas doenças ocupacionais

As doenças ocupacionais desencadeiam-se pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade ou pelas condições especiais em que esse trabalho é realizado e com ele se relaciona diretamente<sup>12</sup>. Suas causas são o meio ambiente do trabalho inadequado. Essas doenças decorrem dos danos ao meio ambiente do trabalho. Elas vêm aumentando a cada dia em decorrência das mudanças no mundo do trabalho, que se agravam com a precarização do trabalho humano, fenômeno existente em quase todo o mundo e intensificado nas economias emergentes, como é o caso do Brasil<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Uma importante e crescente causa de doenças relacionadas com o trabalho, à qual ainda se dá pouca importância, é o estresse no trabalho ou pelo trabalho ou por falta do trabalho. Sobre o tema, veja-se Maria José Giannella Cataldi, “O stress no meio ambiente de trabalho”, Editora LTr, 2003.

<sup>13</sup> Nesse particular, existem seqüelas bastante antigas e outras correlacionadas com o trabalho na atualidade. Por exemplo, a pneumoconiose, conhecida como *pulmão negro*, que podia ser encontrada entre mineiros de carvão durante muito tempo, ainda persiste como verdadeira epidemia de intoxicação; outras, como câncer, agravam-se por conta da existência e proliferação de agentes nocivos dos ambientes de trabalho: presumem-se duas mil substâncias carcinogênicas nos locais de trabalho. Por outro lado, as mudanças no mundo do trabalho ocasionam repercussões nos ambientes de trabalho e aparecimento de novos riscos e repercussões sobre a vida e a saúde do trabalhador. Por conta do desenvolvimento de novas tecnologias, como os vídeo-terminais, surgem conseqüências para o obreiro, por exemplo, catarata, fadiga, dor de cabeça, dor muscular, estresse, depressão, problemas neurológicos. A par disso, a síndrome da

---

Com relação à responsabilidade pelas agressões ao meio ambiente e pelos danos reflexos experimentados por terceiros, é pacífico o entendimento de que se trata da modalidade objetiva (CF, art. 225, § 3º Lei 6.938/81, art. 14, § 1º).

As doenças profissionais e do trabalho originam-se das agressões ao meio ambiente, ou seja, das ações de agentes insalubres de natureza física, química ou biológica, os quais, por sua natureza, são agressivos ao meio ambiente do trabalho e, conseqüentemente, desencadeiam tais doenças<sup>14</sup>.

A responsabilidade nesses casos não pode ser outra senão, a objetiva. Nesse sentido também entendem Júlio César de Sá da Rocha<sup>15</sup> e Fábio Aurélio da Silva Alcure<sup>16</sup>.

Desse modo, forçoso é concluir que nas hipóteses de doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade pelos prejuízos à saúde do trabalhador é objetiva (§§ 3º do art. 225 da Constituição e 1º do art. 14 da Lei 6.938/81). A razão é que, sendo o meio ambiente do trabalho um aspecto integrante do meio ambiente geral (arts. 200 -VIII e 225 da Constituição), toda e qualquer lesão decorrente dos desequilíbrios ambientais atraem a regra da responsabilidade objetiva assegurada nos aludidos dispositivos.

Em contrapartida, a responsabilidade subjetiva de que trata o inciso XXVIII do art. 7º aplica-se somente nos acidentes que não decorram de degradação ambiental, ressalvados os eventos oriundos das atividades de risco, de fato de terceiro e aqueles que envolvam os servidores públicos, cuja responsabilidade, como analisada a seguir, é objetiva.

---

imunodeficiência adquirida (AIDS) ocasiona riscos e repercussões nos ambientes de trabalho da área da saúde (laboratórios, hospitais, clínicas, emergências); tal como a manipulação de organismos geneticamente modificados (OGM) pode disseminar agente biológico, com conseqüências para a saúde dos trabalhadores e meio ambiente. Por seu turno, no que diz respeito às relações humanas no meio ambiente do trabalho, são cada vez mais importantes as análises acerca de elementos psicológicos como a pressão para desempenho da atividade, que desencadeia a depressão e distúrbios emocionais (Cf. Júlio César de Sá da Rocha, Direito Ambiental do trabalho, p. 138).

<sup>14</sup> Nas doenças auditivas provocadas por ruído ocupacional, não é razoável *obrigar* o trabalhador que se submeteu a um ambiente ruidoso e, em conseqüência, ficou surdo, que comprove a culpa do empregador, porque os danos à saúde, neste caso, decorrem da agressão maior ao meio ambiente. A doença eclode como conseqüência do dano ambiental.

<sup>15</sup> Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica, p. 67.

<sup>16</sup> Meio ambiente de trabalho e perda auditiva. Responsabilidade objetiva do empregador, p. 46/7.

---

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado nº 38, acolhendo o nosso entendimento, nos seguintes termos:

**“RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.** Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos artigos 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, §3º, da Constituição Federal e do art. 14, §1º, da Lei 6.938/81”.

## **2.2 Nos acidentes-tipo ou típicos**

Acidente-tipo é o evento instantâneo que atinge o trabalhador de súbito, causando-lhe gravame consubstanciado numa incapacidade parcial ou total (transitória ou definitiva) para o trabalho, com dano lesivo à saúde física ou psíquica, podendo ainda resultar na morte do trabalhador.

O evento acidentário pode ter como causas (fatores): **a)** atividades de risco; **b)** condições inseguras de trabalho; **c)** ato inseguro de culpa exclusiva do trabalhador; e **d)** ato ou fato de terceiro.

### **2.2.1 Nas atividade de risco**

O Código Civil (art. 927, § único) adotou a teoria do risco como fundamento da responsabilidade objetiva paralelamente à teoria subjetiva, *verbis*: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos *casos especificados em lei*, ou quando *a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem* (grifados)”.

Trata-se de conceito aberto que, por falta de regulamentação expressa do que seja atividade de risco, será uma tarefa para a jurisprudência e a doutrina resolverem.

A atividade de risco pressupõe a possibilidade de um perigo incerto, inesperado, mas, em face de probabilidades já reconhecidas por estatísticas, é esperado. A natureza da atividade é a peculiaridade que vai caracterizar o risco capaz de ocasionar acidentes e provocar prejuízos. A atividade de risco é aquela que tem, pela sua característica, uma peculiaridade que desde já pressupõe a ocorrência de acidentes. Tem ela intrinsecamente ao seu conteúdo um perigo potencialmente causador de dano a alguém. O exercício de atividade que possa oferecer perigo

---

representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que resultarem para terceiros.

O que configura a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade não é um risco qualquer, normal e inerente à atividade humana e/ou produtiva normais, mas aquela cujo risco inerente é excepcional e incomum, embora previsível<sup>17</sup>; é um risco que dá praticamente como certa a ocorrência de eventos danosos para as pessoas.

A natureza potencialmente perigosa da atividade de risco é a peculiaridade que a diferencia das outras atividades para caracterizar o risco capaz de ocasionar acidentes e provocar prejuízos indenizáveis, com base na responsabilidade objetiva (CC, art. 927)<sup>18</sup>.

Se no direito comum as dificuldades são grandes quanto à identificação das atividades de risco, no Direito do Trabalho tal não constitui novidade, por pelo menos duas razões. Já existem dois amplos campos de atividades consideradas de risco: **a)** as atividades insalubres (CLT, art. 189 e NR n° 15 da Portaria 3.214/77); e **b)** as atividades perigosas (CLT, art. 193 e NR n° 16 da Portaria 3.214/77).

Também é considerada perigosa a atividade exercida em contato com eletricidade (Lei 7.410/85 e Decreto n° 92.530/86). Embora não prefixadas em lei, há inúmeras outras atividades consideradas perigosas, pela sua natureza e forma de exercício, e, portanto, enquadráveis como de risco para os efeitos do § único do art. 927 do CC. No Direito do Trabalho, ajudará ao juiz nesse enquadramento a classificação das empresas segundo o grau de risco de sua atividade (CLT, art. 162 e Lei 8.212/91, art. 22, inciso II, letras *a*, *b* e *c*).

Foram exatamente as atividades de maior risco que deram origem à responsabilidade objetiva do empregador no mundo, sobretudo a partir da Revolução Industrial, com o aumento dos acidentes e das

---

<sup>17</sup> Dada a previsibilidade do evento danoso, é devida indenização ao empregado que se acidenta no trabalho quando o empregador, sem oferecer o devido treinamento, requisita-o para operar máquina (RT, 757:316. In Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, p. 466).

<sup>18</sup> O Direito espanhol reconhece as atividades de risco ou perigosas como caso de responsabilidade objetiva para efeito de reparação dos acidentes de trabalho, como registra Manuel Luque Parra <sup>18</sup>, *verbis*: "Por el contrario la doctrina civil suele partir de una aplicacion mucho más restringida de la teoría del riesgo, acudiendo únicamente a criterios de imputación objetiva ante actividades empresariales peligrosas. Siendo, normalmente, supuestos de responsabilidad previstos ya normativamente (navegación aérea, energía nuclear, vehículos de motor, caza... "La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral", p. 204).

---

doenças do trabalho.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>19</sup> dizem que quem deve assumir os riscos da atividade econômica (ou mesmo os riscos econômicos da atividade) é o empregador, e não o empregado, que se subordina juridicamente, de forma absoluta, ao poder patronal de direção. Eis a premissa básica para se entender a responsabilidade civil nas relações de trabalho subordinado, a par do disposto no § único do art. 927 do CCB.

Assim, considerando a recepção do § único do art. 927 do Código Civil pelo inciso XXVIII do art. 7º da Constituição, com apoio do § 3º do art. 225 da mesma Carta e, levando em conta os princípios que informam o Direito do Trabalho, os fundamentos da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (CF, art. 1º), entendo aplicável a responsabilidade objetiva do empregador nos acidentes de trabalho em atividades de risco.

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado nº 37, acolhendo o nosso entendimento, nos seguintes termos:

**“RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO.** Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu caput garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores”.

### 2.2.2 Por condições inseguras de trabalho

Insegura é a condição inerente às instalações, maquinários, equipamentos de trabalho etc. A condição insegura de trabalho é fator propício à ocorrência de acidentes com lesão para o trabalhador e pode ser de causa simples (degrau danificado de uma escada) ou de causa complexa (uma cadeia de fatores que podem causar os acidentes).

As condições inseguras ou falta de segurança no trabalho são os fatores que mais provocam acidentes de trabalho, como afirma o médico e perito do trabalho Osvaldo Michel<sup>20</sup>. A condição insegura,

---

<sup>19</sup> Novo curso de Direito Civil – Responsabilidade civil, p. 264.

<sup>20</sup> Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, p. 53.

---

diferentemente da atividade de risco<sup>21</sup>, é passível de neutralização ou correção por meio de adequada prevenção a cargo do empregador, como cláusula obrigatória do contrato de trabalho. Assim, constitui atividade de risco o trabalho em contato com corrente elétrica; já as instalações elétricas mal feitas ou improvisadas com fios expostos etc., constituem condição insegura<sup>22</sup>.

O contrato de trabalho é um contrato sinalgmático e de adesão. Da primeira característica decorrem obrigações recíprocas. De um lado, o empregado está obrigado a colocar à disposição do empregador a sua força de trabalho e cumprir rigorosamente as regras fixadas no contrato, como também aquelas decorrentes de lei, servindo de exemplo o dever de obediência às ordens e disciplina para o bom andamento do trabalho. De outro, cabem ao empregador inúmeras obrigações, como o pagamento de salários pela contraprestação dos serviços e a preservação da integridade física e mental do trabalhador no local de trabalho mediante a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, inciso XXII).

É forçoso reconhecer que o mais importante conteúdo do contrato de trabalho é a preservação da vida do trabalhador. Esta é a mais importante cláusula inserida implicitamente no contrato de trabalho, pelo que a responsabilidade decorrente dos acidentes de trabalho é do tipo contratual. A culpa, no caso, é contratual. Veja-se, nesse sentido, decisão do STF: “Cuida-se, ademais, de responsabilidade civil proveniente de culpa contratual e não de culpa aquiliana, eis que a empresa não cumpriu a obrigação implícita concernente à segurança do trabalho de seus empregados e de incolumidade, durante a prestação de serviços, determinando, no caso, como reconheceu o acórdão, ‘a remoção de

---

<sup>21</sup> Na atividade de risco o que se pode fazer é tomar precauções para diminuir as possibilidades de ocorrência de acidentes, porquanto eliminar essa possibilidade por completo é praticamente impossível, como por exemplo, nas atividades em contato com inflamáveis, explosivos, com energia elétrica, atividades nucleares etc.

<sup>22</sup> Como condição insegura pode-se citar outros exemplos: iluminação ou ventilação inadequada, defeitos dos equipamentos de trabalho, projetos e construções inseguras, processos, operações ou disposições perigosas (empilhamento e armazenamento errados, passagens obstruídas, sobrecarga sobre o piso, congestionamento de máquinas e operadores nos locais de trabalho), não fornecimento de equipamentos individuais – EPIs – ou fornecimento de EPIs inadequados ou com o tempo de uso vencido e falta de medidas coletivas de proteção no meio ambiente do trabalho.

---

pesadíssima peça sem o equipamento técnico e as cautelas necessárias, de sorte que o deslizamento verificado era perfeitamente previsível”<sup>23</sup>.

A responsabilidade contratual deriva de um contrato entre as partes, no caso, empregado e empregador, surgindo o dever de indenizar por parte de um dos contratantes pelo descumprimento de determinada obrigação decorrente do pactuado. Para ilustrar, lembre-se o caso clássico do contrato de transporte coletivo, celebrado tacitamente, por adesão do passageiro às regras oferecidas pela empresa, que assume implicitamente a obrigação de transportá-lo de forma a deixá-lo no local de destino ileso quanto à sua integridade física e psíquica. É o caso, *mutatis mutandis*, do contrato de trabalho, pois além de estar implícita nele a obrigação de respeito à saúde e integridade física do trabalhador<sup>24</sup>, trata-se o mesmo de um contrato de adesão, em que o trabalhador, pela situação de dependência econômica que lhe é peculiar no contrato de trabalho, arrisca a sua saúde, integridade física e a vida<sup>25</sup>.

Há duas teorias sobre a responsabilidade civil: **a)** a dualista, que procura embasar a responsabilidade extracontratual na culpa, e a contratual no simples descumprimento da norma avençada; e **b)** a monista, que diz ser o descumprimento da norma legal ou contratual o fundamento, em regra, para os dois tipos de responsabilidade.

O Direito Civil brasileiro adotou a teoria dualista (extracontratual: arts. 186 a 188 e 927 e contratual: art. 389 e seguintes). Existe uma importante distinção entre as duas formas de responsabilidade com relação à prova, pois como sustentam, entre outros, Carlos Roberto Gonçalves<sup>26</sup>, Caio Mário da Silva Pereira<sup>27</sup> e Antônio Elias de Queiroga<sup>28</sup>, a mais significativa diferença que há entre as duas formas de

<sup>23</sup> RE nº 94.429-0, 1ª Turma, Relator Ministro Néri da Silveira; DJU de 15/06/84.

<sup>24</sup> Nesta linha também é o entendimento de João José Sady ao afirmar que “a garantia de condições de trabalho sadias em termos de higiene e segurança constitui uma cláusula implícita do contrato de trabalho (Direito do meio ambiente de trabalho, p. 126).

<sup>25</sup> Pinho Pedreira, com apoio nas lições de Horácio de Fuente sustenta que enquanto nas contratações privadas se achem normalmente em jogo valores econômicos e como exceção podem ser afetados bens pessoais dos contratantes, geralmente de forma indireta, no contrato de trabalho o trabalhador, pela situação de dependência pessoal em que se encontra, arrisca permanentemente seus bens pessoais mais valiosos (a vida, integridade física, honra, dignidade etc.) (A reparação do dano moral no Direito do Trabalho, p. 555).

<sup>26</sup> Responsabilidade civil, p. 27.

<sup>27</sup> Responsabilidade civil, p. 247.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 8/9.

responsabilidade diz respeito ao ônus da prova. Assim, enquanto na responsabilidade contratual o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida e que houve um prejuízo (dano), na extracontratual o queixoso terá que provar todos os elementos da responsabilidade civil: o dano, a infração à norma e a culpa do agente. Na culpa contratual inverte-se o *ônus probandi* para o réu. Este, para não ser condenado na obrigação, terá que provar a ocorrência de alguma das causas excludentes admitidas na lei, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior. É a hipótese do acidente de trabalho em que o empregador, no caso de acidente decorrente de condição insegura, deverá, para se isentar da condenação, comprovar que cumpriu as obrigações contratuais no que diz respeito às normas de segurança e medicina do trabalho, pois na *responsabilidade contratual*, que é o caso, a culpa é presumida, porque há um dever positivo de adimplemento do objeto do contrato.

Não estou abandonando a idéia do elemento culpa, pois, como afirma Caio Mário da Silva Pereira<sup>29</sup>, na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem o dever de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar.

Há um importante traço diferenciador entre as responsabilidades contratual e extracontratual: na primeira, existe um laço de direito, uma relação jurídica que une o autor do dano e a vítima do prejuízo, que é o contrato. Na segunda, inexistente qualquer relação de direito ligando autor e vítima.

No caso do acidente de trabalho há uma situação jurídica entre o autor do dano (o empregador) e a vítima (o empregado), ligados por um contrato de trabalho que contém cláusulas explicitadas no próprio instrumento e outras constantes do ordenamento jurídico positivo, que integram o pacto de trabalho como direitos fundamentais do trabalhador. O exemplo mais candente desta situação jurídica é o respeito à saúde e à

<sup>29</sup> Op. Cit., p. 265

vida do trabalhador, por meio da implementação de condições seguras de trabalho. É isto que fundamenta a natureza contratual da responsabilidade decorrente de acidentes de trabalho, para efeito da inversão do ônus da prova a favor da vítima do acidente, além, é claro, do risco, que justifica a assunção das conseqüências para quem o criou. Essa inversão decorre da presunção de culpa do empregador, que tem a obrigação de resguardar os seus empregados dos riscos inerentes ao trabalho<sup>30</sup>.

Afirma Caio Mário da Silva Pereira<sup>31</sup>: “Foi assim que nasceu a obrigação de indenizar a vítima de um acidente no trabalho, antes que este dever assumisse as veras de um instituto autônomo. Imaginou-se, diz De Page, que no contrato de trabalho ocorre a ‘obrigação de seguridade’. Sobrevindo o acidente, o empregador tem o dever de indenizar, como efeito de uma obrigação contratual”.

Trata-se da aplicação de teoria doutrinária antiga, existente desde as origens das reparações por acidentes de trabalho, que vem justificando, no mundo inteiro, a responsabilização do empregador perante o empregado inferiorizado no tocante à prova da culpa daquele. É certo que a inversão do ônus da prova com base na responsabilidade contratual já vigora nas demais relações civis e comerciais, inclusive no Direito do Trabalho, não podendo ser diferente nos acidentes de trabalho, nos quais encontram-se os mais justificados fundamentos dessa inversão, como é óbvio. Nesse sentido reconhece Luiz Arthur de Godoy<sup>32</sup>. Assim, apenas pode exonerar-se o empregador se este demonstrar o emprego das medidas recomendadas, sem ter logrado evitar, no entanto, o acontecimento danoso. Ou, se comprovar a culpa exclusiva da vítima, ou a intervenção de caso fortuito ou de força maior. No mesmo sentido compartilha José Cairo Júnior<sup>33</sup>.

Cabe lembrar que a inversão do ônus da prova não constitui novidade no Direito do Trabalho, como há muito tempo

---

<sup>30</sup> Cumpria à empresa resguardar seus empregados dos riscos inerentes à atividade específica por eles exercida. Assim, se deixa ela de fazer, ao lado dos rotineiros exames médicos adequados à função de cervejeiro – psiquiátricos, psicológicos –, de prestar ao empregado a assistência social e de afastá-lo periodicamente da atividade específica, não há como deixar de reconhecer a sua culpa (TJRJ, Ap. 6.741/98, 5ª Câ. Civ., Des. Carlos Ferrari, j. 20-10-1998. In Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, p. 467).

<sup>31</sup> Op. cit., p. 266.

<sup>32</sup> Responsabilidade de direito comum e dano resultante de acidente do trabalho, p. 110.

<sup>33</sup> O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador, p. 86.

---

reconhecem a doutrina e a jurisprudência<sup>34</sup>.

A inversão do ônus da prova tem como objetivo a busca da verdade real e se norteia em princípio de justiça. No Direito do Trabalho acresce-se, como fundamento, o *princípio da hipossuficiência* do trabalhador.

Não obstante isso, o fundamento da responsabilidade, no caso, continua sendo a culpa, que se presume, por um processo técnico relativo ao sistema da prova. São presunções *juris tantum* que, sendo relativas, permitem prova em contrário daquilo que se presume. Não se cogita de presunção *juris et de juris*, que na verdade, seria a própria responsabilidade objetiva ou, então, como afirmado por Alvinho Lima<sup>35</sup>, tratar-se-ia de uma simples ficção de culpa, por não permitir a prova em contrário.

A regra da inversão do ônus da prova está consagrada na lei brasileira nos arts. 6º, inciso VIII<sup>36</sup> e 38<sup>37</sup> do CDC.

Essa regra aplica-se com maior razão nos acidentes de trabalho, porque a insegurança das condições de trabalho como causa dos acidentes gera presunção *juris tantum* em face das estatísticas que mostram que a maioria dos acidentes laborais tem como causa a falta de prevenção dos riscos ambientais. Neste caso, é muito mais fácil para o empregador provar que cumpriu suas obrigações contratuais do que o empregado demonstrar o descumprimento das mesmas.

Concluo, assim, que nos acidentes decorrentes de condições inseguras de trabalho, por se tratar de uma responsabilidade contratual, inverte-se o ônus da prova para o empregador. Cumpre a este, para não arcar com as conseqüências reparatórias, comprovar que nenhuma culpa teve em relação ao acidente, ou seja, que cumpriu as suas obrigações contratuais atinentes às normas de medicina, higiene e segurança do trabalho.

<sup>34</sup> São exemplos as Súmulas: 68 (que trata do ônus da prova na equiparação salarial), 212 (que cuida do ônus da prova do motivo do término da relação de emprego) e 338 (que cria presunção relativa sobre a veracidade da jornada de trabalho alegada pelo empregado em processo judicial).

<sup>35</sup> Culpa e risco, p. 76.

<sup>36</sup> Artigo 6º, inciso VIII do CDC

– São direitos do consumidor: [...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

<sup>37</sup> O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado nº 41, acolhendo o nosso entendimento, nos seguintes termos:

**“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA.** Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho”.

### 2.2.3 Por ato inseguro de culpa exclusiva do trabalhador

Ato inseguro é uma conduta indevida do elemento humano, que no caso do acidente de trabalho constitui “a maneira pela qual o trabalhador se expõe, consciente ou inconscientemente a risco de acidentes. Em outras palavras, é um certo tipo de comportamento que leva ao acidente”<sup>38</sup>.

O ato inseguro, quando de culpa exclusiva do trabalhador, constitui hipótese de exclusão da responsabilidade do empregador pelos danos causados, cabendo a este comprovar que de fato não concorreu de nenhuma forma para o evento, que aconteceu por culpa exclusiva da vítima. Na análise do acidente não pode ser desde logo considerada como causa, isoladamente, o ato ou a condição que originou o evento. Devem ser analisadas todas as causas, desde a mais remota, o que permitirá um adequado estudo e posterior neutralização ou eliminação dos riscos. Até o presente momento, nenhuma das máquinas construídas, nenhum dos produtos químicos obtidos por síntese e nenhuma das teorias sociais formuladas alteraram fundamentalmente a natureza humana. As formas de comportamento, que devem ser levadas em consideração no esforço de prevenir atos inseguros, deverão ser analisadas de modo bastante abrangente<sup>39</sup>.

É oportuno lembrar que a obrigação das empresas com

---

<sup>38</sup> Cf. Osvaldo Michel, *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*, p. 55.

<sup>39</sup> É preciso que se examine em que situação e circunstâncias foi praticado o ato que levou ao acidente; se o trabalhador agiu consciente ou inconscientemente; se estava usando equipamentos de proteção adequados; se os recebeu e se os mesmos estavam dentro do tempo de vida útil; qual o ritmo do trabalho; quais as exigências de produção por parte da empresa; se o trabalhador tinha capacitação técnica para a atividade e, se não a tinha, se recebeu autorização superior para tanto; se estava devidamente instruído para executar a tarefa que levou ao evento; se estava em jornada normal de trabalho ou se cumpria sobrejornada excessiva; se estava trabalhando sob algum tipo de pressão psicológica ou econômica; se estava cumprindo aviso prévio etc.

---

relação à prevenção de riscos ambientais não é somente adotar medidas preventivas de segurança e fornecer equipamentos aos empregados, mas também instruir os trabalhadores e conscientizá-los da necessidade de se evitar acidentes, podendo, para tanto, utilizar-se do seu poder disciplinar em face do empregado recalcitrante.

Como assentado na jurisprudência, “o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado” (Súmula 289/TST).

Assim, o ato inseguro, de culpa exclusiva do empregado, comprovado pelo empregador, exclui a responsabilidade deste com relação à reparação pelos danos resultantes do acidente.

### 2.3 Por ato ou fato de terceiro

Além da responsabilidade por ato próprio (arts. 186 e 927 do CCB), estabelece a lei alguns casos em que alguém deve suportar as conseqüências decorrentes do fato ou ato de terceiro (CC, art. 932 - III), *verbis*:

Artigo 932 – São também responsáveis pela reparação civil:

III - o *empregador* ou comitente, por seus *empregados*, *serviçais* e *prepostos*, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (grifados);

Prescreve o art. 933 do mesmo Código que as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. Finalmente, consta do § único do art. 942 do CC que são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no artigo 932.

Deflui dos dispositivos legais mencionados que alguém, mesmo não tendo praticado diretamente ato danoso para outrem, pode responder pelas conseqüências desse ato, praticado por um terceiro com quem mantenha alguma relação jurídica estabelecida por lei ou contratualmente, sendo esta responsabilidade de natureza objetiva (art. 933 e § único do art. 942).

É o caso das terceirizações de serviços, muito comuns no Direito do Trabalho, onde existe um contrato entre o tomador e a empresa

prestadora, pelo qual esta recebe ordens da contratante para a realização dos serviços objeto do contrato, na direção do interesse objetivado pela tomadora, que determina à contratada o modo como devem os serviços ser realizados, variando a fiscalização pela tomadora conforme cada caso. Em uns, a fiscalização é exercida diária e diretamente pela tomadora dos serviços, especialmente quando estes são executados no próprio estabelecimento do tomador; em outros casos em que a prestação dos serviços é executada fora do estabelecimento do tomador, não raro este designa supervisores para orientarem e acompanharem a execução dos serviços e a qualidade do produto final, que se não estiverem de acordo com as suas necessidades de mercado são rejeitados, daí resultando essa forma especial de subordinação.

No Código anterior, a responsabilidade por fato de outrem era presumida (*juris tantum*) em face da chamada culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, tendo o STF emitido a Súmula 341, com o seguinte teor: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Assim, se o patrão provasse haver tomado todos os cuidados reclamados pela circunstância, ficava exonerado da responsabilidade pelo ato do seu empregado ou preposto. Todavia, não valem mais tais considerações porque, como afirma Carlos Roberto Gonçalves<sup>40</sup>, “o novo Código Civil, como já se afirmou, consagrou a responsabilidade objetiva, independente da idéia de culpa, dos empregadores e comitentes pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos (artigo 933), afastando qualquer dúvida que ainda pudesse existir sobre o assunto e tornando prejudicada a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que se referia ainda à ‘culpa presumida’ dos referidos responsáveis. Resta ao empregador somente a comprovação de que o causador do dano não é seu empregado ou preposto, ou que o dano não foi causado no exercício do trabalho que lhe competia, ou em razão dele”<sup>41</sup>.

Esta alteração legal representou uma das mais importantes novidades em termos de revolução provocada pelo Código Civil de 2002

---

<sup>40</sup> Responsabilidade civil, p. 148.

<sup>41</sup> Analisando o projeto de Código Civil de 1975, que deu origem ao atual, já se manifestava Caio Mário da Silva Pereira, dizendo que: “Todo aquele (pessoa física ou jurídica) que empreende uma atividade que, por si mesma, cria um risco para outrem, responde pelas suas conseqüências danosas a terceiros. Não haverá cogitar se houve um procedimento do comitente na escolha ou na vigilância do preposto, isto é, faz-se abstração da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*” (Responsabilidade civil, p. 289).

---

em matéria de responsabilidade de terceiro ou por fato de outrem, pela adoção da teoria do risco e pelo conseqüente abandono do requisito da inversão do ônus da prova, ou seja, substituiu-se a culpa presumida e o ônus probatório invertido pela objetivação efetiva da responsabilidade civil.

Como adverte Antônio Elias Queiroga<sup>42</sup>, deve a responsabilidade civil do patrão ou comitente ser examinada com maior rigor do que a responsabilidade civil dos pais, também objetiva, porque estes não tiram nenhum proveito da atividade dos filhos menores, ao contrário do patrão ou comitente que utiliza os seus empregados para fins lucrativos.

A responsabilidade por fato de terceiro surgiu em face de três modalidades de culpa: culpa *in eligendo*, porque o tomador escolheu mal a empresa terceirizada, por exemplo (preposto); culpa *in instruendo*, porque não foram ministradas ao preposto (empresa terceirizada) as instruções devidas e, culpa *in vigilando*, por falta de uma adequada e precisa vigilância sobre a conduta do agente (empresa terceirizada). Outrossim, pelo sistema legal vigente no novo Código Civil, essas modalidades de culpa são presumidas *juris et de jure*, não incumbindo mais à vítima, como no sistema anterior, prová-las<sup>43</sup>. O preponente somente se exonerará da indenização se provar caso fortuito ou força maior ou que o evento se deu sem nexo de causalidade com relação a ele, ou seja, que a conduta foi praticada fora dos limites da preposição<sup>44</sup>.

Concluo, com base no novo CC, que a responsabilidade

---

<sup>42</sup> Responsabilidade civil e o novo Código Civil, p. 228.

<sup>43</sup> A responsabilidade por fato de outrem, no Direito do Trabalho, é muito mais facilmente justificada pela teoria do risco-proveito ou, mesmo, do risco da empresa, do que com o emprego de presunção de culpa, tendo essa responsabilidade por fundamento o dever de segurança do empregador ou preponente em relação àqueles que lhe prestam serviços (Cf. Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, Comentários ao novo Código Civil, p. 221/13).

<sup>44</sup> Cf. Sílvio de Salvo Venosa, que inclusive alerta para o fato de que “o fornecedor e fabricante respondem pelos danos de seus empregados e prepostos causados ao consumidor, independentemente de culpa. Fora do campo do consumidor, ainda se exige a culpa do preposto” (Direito Civil – responsabilidade civil, p. 69). Significa dizer que no aspecto da responsabilização pelo Código de Defesa do Consumidor o direito já atingiu, talvez, o seu auge quanto à humanização na reparação dos danos, o que não ocorreu ainda com relação aos outros campos do direito, mas que, como pensamos, pode vir a ocorrer em breve na esteira da evolução do instituto da responsabilidade civil, especialmente na área do Direito do Trabalho, pela sempre presente característica da hipossuficiência, que foi o fundamento maior da responsabilidade sem culpa no CDC.

---

do empregador ou comitente (tomador de serviços) pelos atos, respectivamente, dos seus empregados e prepostos (empresas terceirizadas) que causem acidentes de trabalho e conseqüentes danos à saúde dos trabalhadores, é objetiva<sup>45</sup> e solidária<sup>46</sup>.

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado n<sup>o</sup> 44, acolhendo o nosso entendimento, nos seguintes termos:

**“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE.** Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos artigos 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego)”.

#### **2.4 Em relação ao servidor público**

Como qualquer trabalhador, o servidor público também está sujeito aos acidentes e doenças do trabalho. A falta de prevenção, a escassez de funcionários e os movimentos repetitivos levam centenas de servidores a afastamentos por doenças ocupacionais e até à incapacidade para a atividade habitual. O ritmo de trabalho, a massificação do trabalhador, a perda da individualidade e os movimentos repetitivos são as causas de muitas doenças, como a LER/DORT, que vêm se expandindo entre os trabalhadores públicos. Em outros casos, *v.g.*, na polícia, há muitos acidentes com a morte ou invalidez de policiais em serviços combatendo o crime, muitas vezes sem as mínimas condições de trabalho; noutras situações a atividade causa *stress* e provoca várias doenças (distúrbios psíquicos etc).

---

<sup>45</sup> Acidente do trabalho. Indenização. A sentença penal condenatória transitada em julgado, que fixa culpa do empregado pelo falecimento de companheiro seu durante jornada de trabalho, faz emergir a responsabilidade objetiva do patrão, nos termos do artigo 1.521, III, do Código Civil (1916, correspondente ao art. 932, inciso III, do novo Código). (RT, 744:280. *In* Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, p. 467).

<sup>46</sup> Pode o autor promover a ação de indenização acidentária, pelo direito comum, contra a empresa empreiteira contratada, de que é empregado, e contra a empresa contratante, quando entender que são elas, solidariamente, responsáveis pelo acidente sofrido, do qual lhe advieram seqüelas incapacitantes (2<sup>o</sup> TACSP, Agl 488.253, 5<sup>a</sup> Câm., Rel. Juiz Adail Moreira, J, 3-6-1997. *In* Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, p. 468).

---

Toda evolução da responsabilidade civil do Estado, desde a irresponsabilidade até a responsabilidade objetiva sem culpa levou em conta os fundamentos do risco criado, da solidariedade social e da idéia de justiça, esta, sobretudo em face da desigualdade existente entre o particular e a Administração Pública, com maior dificuldade daquele para provar a culpa desta. Trata-se da teoria do risco administrativo, consagrada no Direito brasileiro (CF, art. 37, § 6º) e (Código Civil, art. 43).

A pergunta que se faz é se a Administração Pública também responde objetivamente perante os seus servidores no caso de danos decorrentes de acidentes de trabalho, vez que o art. 37, § 6º, faz referência a “danos causados a terceiros” e o § 3º do art. 39 da Constituição não mandou aplicar aos servidores públicos o inciso XXVIII do art. 7º, que prevê a obrigatoriedade do seguro contra acidentes de trabalho e da indenização de direito comum, no caso de dolo ou culpa do empregador. Entendo que se o referido inciso XXVIII não se aplica ao servidor público, não há razão para excluir o acidente de trabalho que o vítima, da responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º).

Simple, portanto, parece a resposta para o servidor público vítima de acidente de trabalho, pois se for reconhecido como tal, é porque estava no exercício de uma função pública. Não seria justo, lógico e jurídico que em face de um dano causado pela Administração Pública, que acarrete prejuízo a um particular e a um servidor público ao mesmo tempo, este tenha que provar a culpa do Estado e aquele não.

Assim, provados o fato, o dano e o nexo causal, surge o dever de reparar os danos acidentários pelo Estado, em face da responsabilidade objetiva. Nesse sentido é a seguinte decisão:

“Acidente do trabalho. Indenização pelo direito comum. Teoria do risco administrativo. Art. 37, 6º, da CF. Em face do disposto no art. 37, 6º, da CF, que adotou a teoria do risco administrativo, a obrigação da municipalidade indenizar o dano causado a seu funcionário independe da prova de culpa daquela. Somente a culpa exclusiva da vítima ou força maior eximiriam a administração pública da aludida obrigação, o que não ocorreu na espécie, onde, ademais, restou amplamente demonstrada a sua culpa” (Tribunal de Alçada do Estado do Paraná; Apelação Cível nº 124.761.200; 2ª Câmara Cível; Ac. nº 10.634; Rel. Juiz Pilde Pugliese, DJ-PR de 27/11/1998).

Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi aprovado o

Enunciado nº 40, acolhendo o nosso entendimento, nos seguintes termos:

**“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. EMPREGADO PÚBLICO.** A responsabilidade civil nos acidentes do trabalho envolvendo empregados de pessoas jurídicas de Direito Público interno é objetiva. Inteligência do artigo 37, § 6º da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Civil”.

### 3. Conclusões

Diante do exposto, concluo:

**a) A responsabilidade pelos danos causados à saúde do trabalhador, quanto ao fundamento, aplica-se, além do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição, o § 3º do art. 225 da CF, o § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81, o § único do art. 927 e os arts. 932-III, 933 e 942, § único do Código Civil;**

b) Nas doenças ocupacionais e acidentes decorrentes dos danos ao meio ambiente, a responsabilidade do empregador é objetiva;

c) Nos acidentes de trabalho decorrentes de atividades de risco, a responsabilidade do empregador é objetiva;

d) Nos acidentes em atividades comuns, por condições inseguras de trabalho (descumprimento das normas-padrão de segurança e higiene do trabalho), a responsabilidade do empregador é subjetiva, com inversão do ônus da prova para o autor do dano;

f) Por ato inseguro de culpa exclusiva do trabalhador, devidamente comprovado pelo empregador, este ficará isento do dever de reparação;

g) Pelos danos causados à saúde do trabalhador por ato ou fato de terceiro (terceirização, quarteirização etc.) responde o empregador ou tomador de serviços solidária e objetivamente;

h) Nos acidentes de trabalho envolvendo servidor público, a responsabilidade do Estado é objetiva.

### 4. Referências bibliográficas

ALCURE, Fábio Aurélio da Silva. Meio ambiente de trabalho e perda auditiva. Responsabilidade objetiva do empregador. *Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis: nº 85, p. 44/47, jan. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

———. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed.

---

---

São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze & POMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil*, v. III. São Paulo: Saraiva, 2003.

GODOY, Luiz Arthur de. *Responsabilidade de direito comum e dano resultante de acidente do trabalho*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo [USP], 2003, 127 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Ovídio Rocha Barros Sandoval (atualizador) 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

———. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Nelson Nery Junior (atualizador). 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

MELO, Raimundo Simão. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador – Responsabilidades – Danos material, moral e estético*”. 2. ed. São Paulo: LTR, 2006.

———. Proteção legal e tutela coletiva do meio ambiente do trabalho. In: *Meio ambiente do trabalho* (Coord. Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho). São Paulo: LTr, p. 9/42, 2003.

MICHEL, Oswaldo. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

———. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Responsabilidade civil e o novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997.

———. *Direito Ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

STOCO, Rui. A responsabilidade civil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva,

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do trabalho*.

---

Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores: a natureza jurídica da sentença pauliana*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed, v. 4. São Paulo: Atlas, 2003.

Campinas, 08 de janeiro de 2008.

---

---

## José Ignacio Botelho de Mesquita

Professor Emérito da Faculdade de  
Direito da USP

### CONFERÊNCIA de 11.06.08 TEMA: O devido processo legal

#### I – A ORIGEM

1. Do devido processo legal, o que mais se sabe é que era uma das cláusulas da Magna Carta, declaração outorgada em 15 de junho de 1215 pelo rei inglês JOÃO SEM TERRA, por exigência dos barões ingleses.

Para entender o significado dessa cláusula, a cláusula 39, da Magna Carta, é preciso conhecer um pouco da época e das condições em que foi assinada pelo rei.

A Inglaterra de então, como o mundo feudal de modo geral, compunha-se basicamente de três estamentos sociais: a nobreza, que correspondia ao patriciado romano, o clero, detentor da autoridade espiritual e o povo, era a classe trabalhadora que desfrutava do *status libertatis*, seu único privilégio, que o distinguiu, no entanto, dos servos da gleba.

Como rei, JOÃO SEM TERRA era um rei fraco, mal sucedido em suas campanhas políticas e militares, dando-se mal com a nobreza e o clero. Chegou a ser excomungado pelo Papa Inocêncio III, tendo que pagar um alto preço para obter o levantamento da excomunhão: declarar a Inglaterra feudo de Roma.

Os barões, por sua vez, diante da pressão fiscal intensificada para o fortalecimento militar da Inglaterra, exigiam do rei que se curvasse diante dos direitos adquiridos pelo costume longamente estabelecido.

2. Foi sob essas pressões que o rei cedeu aos barões e firmou a declaração que passou para a história. Escrita em latim bárbaro, constituía, na verdade, um acordo entre o rei, o clero e os barões, como se extrai do seu próprio título: *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae*

---

(Carta Magna das Liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês).

Para que se tenha idéia de quem era JOÃO SEM TERRA, é de se lembrar que logo depois de proclamá-la em 1215, cuidou de livrar-se dos compromissos por ela assumidos. Com esse intuito pediu e obteve do Papa Inocêncio III a declaração da nulidade da Magna Carta por ter sido firmada sob coação sem a aprovação papal. João Sem Terra morreu no ano seguinte e a sua declaração, a despeito de anulada, veio a ser reafirmada várias vezes pelos monarcas subseqüentes.<sup>1</sup>

## II – O CONTEÚDO

3. Da cláusula 39 da Magna Carta, não consta a expressão “*devido processo legal*”. Dizia: “Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido, ou exilado, ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante júzo legal de seus pares ou segundo a lei da terra” ( *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*).

A expressão “*due process of law*” aparece pela primeira vez numa lei de Eduardo III, de 1354, que dizia: “*None shall be condemned without trial. Also, that no men, of what Estate or Condition that he be shall be put out of Land or Tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without beeing brought to Answer by due Process of Law*”.<sup>2</sup>

O mérito principal daquela cláusula da Magna Carta consistiu, no dizer de FÁBIO COMPARATO, “*no fato de a autoridade régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele*”.<sup>3</sup>

E tal era a importância desse reconhecimento que, na cláusula 61 da Magna Carta, o monarca se obrigou a garantir tudo o que prometera na declaração, aceitando a criação de um órgão constituído por 25 barões escolhidos por seus pares com a incumbência de fiscalizar o

<sup>1</sup> Cfr. COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 59/60; MAUROIS, André, *Histoire de l'Angleterre*, Hachette, 1963, p. 62/64

<sup>2</sup> VIGORITI, Vincenzo, *Garanzie costituzionali del processo civile*, Giuffrè, Milão, 1970, p. 25

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 65

cumprimento das obrigações assumidas. Denunciado qualquer ato de descumprimento das disposições da Carta a quatro desses barões, competiria a eles dirigirem-se ao rei e exigir a reposição das coisas no estado anterior dentro do prazo de 40 dias, “podendo embargar-nos ou atacar-nos por todas as maneiras a seu alcance”, até que “segundo o seu parecer, tenha sido remediado o mal”.

4. A expressão *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae* viu-se abreviada no *statute* de Eduardo III sob a fórmula “by due process of law”, a significar o processo devido a qualquer um do povo (*None shall be condemned*) segundo as normas processuais em uso e decidido pela lei da terra, o *common law*, consuetudinário, ao qual o monarca se obrigava a obedecer. Nisto transparecem claramente os dois sentidos do devido processo legal: o devido processo legal processual e o devido processo substantivo.

O devido processo legal aparece assim como instrumento de defesa da liberdade do homem diante do poder do Estado. A verdadeira alma dessa garantia fundamental encontra-se na frase de Bracton, juiz inglês, a quem se deve a obra intitulada *De legibus et consuetudinibus Angliae*, c. 1210-1268: o rei está acima de todos os homens, mas abaixo de Deus e do meu direito<sup>4</sup> (*Dieu e mon droit*, é até hoje o lema inscrito no braço da Inglaterra).

### III – A HISTÓRIA

4. É nessa fonte que MONTESQUIEU, quinhentos anos depois, foi buscar inspiração para, no capítulo VI do Livro XI de seu *Do Espírito das leis*, sob o título “Da constituição da Inglaterra”, lançar os fundamentos do princípio da tripartição dos poderes, apontada como indispensável para a defesa da liberdade política.

Liberdade essa que não existirá, disse ele, “se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo”, porque “se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado

<sup>4</sup> Cfr. POUND, Roscoe, *Desenvolvimento das garantias constitucionais das liberdades*, IBRASA, São Paulo, 1965, p. 37

ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”<sup>5</sup>.

Seu pensamento se completa com o princípio de que, embora os tribunais não devam ser fixos<sup>6</sup>, “os julgamentos devem sê-lo, a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”<sup>7</sup>. A essa idéia corresponde também o pensamento de LOCKE, quando afirma que a liberdade consiste em “não estar sujeito de modo algum à vontade inconstante, incerta, desconhecida, arbitrária, de um homem”<sup>8</sup>, fazendo eco à vigorosa denúncia de Antígone que os séculos não deixam sepultar: “Esta, entre outras, é a vantagem dos tiranos: dizer e fazer tudo que entendem”.

5. Inaugurada a era dos constitucionalismos, a garantia do devido processo legal não foi imediatamente incluída na Constituição norte-americana. Ingressou mais tarde por força da XIV Emenda, aprovada em 1868, com os seguintes dizeres: “*Todas as pessoas nascidas e naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens, sem o processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis*”.

Segundo VICENZO VIGORITTI, a primeira tentativa séria, nos Estados Unidos, de dar ao *due process* um significado menos vago se registra com o caso *Murray*. “Uma norma processual – sustentou a Corte – é conforme ao *due process*, antes de tudo, quando não lese nenhuma das outras garantias processuais da Constituição, e, em segundo lugar, quando não contraste com aqueles ‘antigos costumes e formas processuais’ (*settled usages and moldes of proceeding*). No seu significado atual – prossegue – o *due process of law* garante hoje o direito de agir e de defender-se entendido como possibilidade concreta e efetiva de desenvolver um mínimo de

---

<sup>5</sup> O *espírito das leis*, Brasília, 1982, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, p. 187.

<sup>6</sup> Isto é, “O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário” (*op. cit.* p. 188).

<sup>7</sup> *Op. cit.* p. 189.

<sup>8</sup> *De l'esprit des lois*, anotado por Michel Clément, Lib. Larousse, 1969, II, p. 12, nota 4.

---

atividade jurisdicional, instaurando e participando do contraditório”.<sup>9</sup>

6. Com essa significação, passou a cláusula do devido processo legal para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, cujo art. X assim dispõe: “*Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele*”

Por fim, em 1988, foi introduzida na Constituição da República brasileira, art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal”.

#### IV – BREVE ANÁLISE DA HISTÓRIA DO INSTITUTO

7. Uma primeira observação que esse relato permite diz respeito à enorme diferença entre os sistemas que adotaram a garantia do devido processo legal.

Enquanto que no direito inglês a cláusula foi exigida do rei, de quem foi extraída à força, afirmada como limite imposto à autoridade do Estado, do que se beneficiou o constitucionalismo norte-americano, na Assembléia Geral das Nações Unidas foi imposta pelos aliados vencedores sobre os povos vencidos, assim como no Brasil foi ditada por uma Constituição qualificada de Congressional, única forma admitida pelo regime militar então vigente.<sup>10</sup>

Nisto se nota a profunda diferença entre os países de *Common Law* e de *Civil Law*, os primeiros regidos por um direito posto de baixo para cima, enquanto os segundos por um direito imposto de cima para baixo. Expressa-o muito bem a norma das Ordenações do Reino, por força da qual “o rei é lei animada sobre a terra” (L III, tit 75, 1).

Só por esta diferença – e há muitas outras – já se explica porque a cláusula do devido processo legal tenha, no Brasil, tão pequena,

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 30

<sup>10</sup> BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio, *Mudança e mesmice em matéria constitucional*, “in” *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, São Paulo, 2007, vol. III, p. 251

para não dizer nenhuma, importância na consciência política do povo. Aqui, bem ao contrário, orgulha-se o Estado de não se submeter nem às leis do Poder Legislativo, nem as sentenças do Poder Judiciário. Não cumprir as leis é, para o Estado brasileiro, modo generoso de proporcionar a felicidade do povo, dispensando-lhe a justiça do caso concreto; uma espécie de justiça de mão própria, sempre bem recebida – pelos seus beneficiários naturalmente – como merecido privilégio.

8. Outro aspecto atrai nossa atenção quando voltamos os nossos olhos para a história do *due process of law*.

Por quê, é o caso de se perguntar, em sendo assim tão antigos esses princípios, teria parecido necessário à Assembléia Geral da ONU reiterá-los, incluindo-os no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos?

Quem responde é a própria Declaração. Em seu preâmbulo se esclarece que uma “**compreensão comum**” desses direitos e liberdades é “da mais alta importância” para o pleno cumprimento do compromisso assumido pelos Estados Membros de promover “o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades”.

E, de fato, como a história demonstra, o perigo para a liberdade humana não está na negação direta e frontal desses princípios por parte de algum Estado, o que dificilmente se vê, mas na prerrogativa que qualquer Estado se reserve de, a tais princípios, emprestar uma compreensão particular que os prive de qualquer sentido, inutilizando-os, ou pior, transformando-os em fundamento de novas e mais elocubradas modalidades de tirania.

Na primeira metade do século passado, o que se revelou próprio das ideologias totalitárias, e se revela ainda, é menos a negação desses direitos liberdades e fundamentais, do que a intromissão de uma particular compreensão de seu conteúdo, artificialmente engendrada para neutralizá-lo na prática, sem ter de arcar com o desconfortável ônus de contestá-los perante o concerto das nações. Para isto, os chamados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tomados em sua mais ignorante conceituação, têm emprestado inestimável colaboração à diluição do império do Direito.

9. É matéria a cujo respeito os métodos do nacional-

---

socialismo alemão e do socialismo soviético se mostraram pródigos.

Exemplificando, não é preciso negar o direito de ser ouvido em juízo para que se submeta o resultado de um processo civil ou criminal à vontade do tirano ou aos fins de um governo totalitário. Basta, sob a acusação de ofensa a princípios éticos, excluir da corporação dos advogados aqueles que prestem serviços a quem se oponha à ideologia oficial, ou impedir o ingresso ou a permanência na magistratura, ou a promoção dentro dos seus quadros, a quem não se oriente pelas diretrizes do partido dominante<sup>11</sup>.

O mesmo se pode observar em relação a quaisquer dos princípios fundamentais do processo.

10. Tome-se o caso do direito a uma justa audiência. É fácil compreender que o direito a uma justa audiência não se resume ao direito de acesso à Justiça. O direito de acesso aos tribunais é apenas o pressuposto lógico do princípio, entre nós de há muito consagrado, de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída ao conhecimento do Poder Judiciário. O que importa, para que uma audiência se possa dizer *justa*, não é que a ela todos tenham o direito de ir: é o que durante ela se passa, contra ou a favor de quem a ela tenha acesso. O que verdadeiramente importa é a liberdade que se conceda às partes de produzirem suas alegações e provas, sem sofrer qualquer espécie de coação; é o direito da parte de ser ouvida, sem temor do juiz, a que corresponde não só o dever do juiz de lhes dar ouvidos, em plena igualdade, mas o de tomar em consideração, na sentença, o que tenha ouvido. É o direito ao *fair trial* e ao *fair hearing*, que se inclui na garantia do devido processo legal.

Uma das formas mais refinadas de negar esse direito é pô-lo na penumbra, à sombra do direito de acesso à Justiça, e, paralelamente, armar o juiz de meios que lhe possibilitem exercer coação sobre uma das partes, a pretexto de assegurar a efetividade do processo. A isso se presta, por exemplo, o poder atribuído ao juiz de emitir injunções

<sup>11</sup> O movimento alemão da Paz pelo Direito (*Rechtsfriede*), animado pela idéia da “preocupação pela verdadeira justiça” (*Rechtsfürsorge*), iniciado nos fins do século passado, acabou tendo um fim tenebroso quando “todas as instituições públicas (alemãs) encarregadas da administração da justiça foram postas sob a asa da Liga dos juristas alemães nacional-socialistas (*Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen: BNDJ*)” Cf. Ehard BLANKENBURG e Udo REIFNER, *Possibilité de transplanter d'un pays a un autre les experiences touchant l'accès a la justice san limites*, “in” *Accès a la justice e Etat-Providence*, Paris, 1984, p. 237.

contra o réu, mediante juízo sumário e sob ameaça de prisão em caso de desobediência; situação que se anda fazendo corriqueira, na prática das medidas de urgência não cautelares.

11. Não fica atrás o postulado da independência do juiz. O princípio em si é universalmente aceito como verdade incontestável, mas a afirmação de que o juiz só deve obediência à lei, sempre foi posta em questão; e tanto mais quanto mais se inclinam as ideologias dominantes no rumo das aspirações totalitárias. Conforme observou ROGER PERROT, “Todo mundo reconhece ao juiz a faculdade de suprir a lei nos limites da interpretação. Mas não é de se admitir que o juiz lance um desafio à lei esquecendo que ele não extrai a legitimidade do seu poder senão da lei mesma e que, ao desejar ignorá-la, serra o galho sobre o qual ele se assenta”<sup>12</sup>.

Paradoxalmente, o velho princípio *magistratum legem esse loquentem*, traduzido na metáfora de MONTESQUIEU, de que os juizes não devem ser “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor”<sup>13</sup>, tem servido historicamente menos para exprimir os seus fundamentos, profundamente enraizados no universal anseio pela liberdade diante do Estado, do que para combatê-los. O erro, é evidente, não está na metáfora; está em tomá-la, assim como à lei, ao pé da letra. Em contrapartida, nunca houve regime de opressão que não se fundasse no também velho *salus populi suprema lex est*.

Na década de 30, SCHÖNKE já propunha a redução do *Rechtsschutzanspruch* à mera expectativa de tutela jurídica (*Anrecht auf Rechtsschutz*) ao fundamento “de que a comunidade deve ter a faculdade de influir amplamente por meio do juiz no curso do procedimento”<sup>14</sup>. Paralelamente, conforme exposto por ANTONIO SEGNI, desenvolvia DE BOOR a tese de que o processo se deve destinar a escopos não jurídicos, como a manutenção da paz, a adaptação das normas à vida social em contínua transformação e a difusão no povo do conhecimento jurídico. LENZ, por sua vez aprofundando o contraste entre a lei e o direito,

<sup>12</sup> Crise du juge el contentieux judiciaire civil en droit français, “in” *La crise du juge*, Paris, 1990, p. 39.

<sup>13</sup> *O espírito das leis*, cit., p. 193

<sup>14</sup> *Zivilprozess Recht*, Berlim, 1938, *Derecho Processal Civil*, Barcelona, 1950, p. 15.

concebido este como a ordem desejada pelo povo, negava que a função do juiz devesse ser a de aplicar a lei e pudesse a ela estar subordinado<sup>15</sup>. Indo mais longe, BAUMBACH, propunha, coerentemente, em 1938, a abolição do processo civil e a sua absorção pela jurisdição voluntária<sup>16</sup>.

Foi em resposta aos trágicos resultados a que essas configurações da relação entre o juiz e a lei conduziram os povos submetidos ao nazifacismo, que a Declaração se defrontou com a necessidade de reafirmar novamente a independência do juiz como condição do respeito aos direitos fundamentais. E não só ela, como também a Convenção Européia dos Direitos do Homem, cuja origem é a mesma, acrescida apenas das ameaças que passaram a soprar do leste europeu<sup>17</sup>.

12. O mesmo se observa em relação ao postulado da imparcialidade do juiz.

Historicamente, o atributo da imparcialidade é inseparável da idéia de juiz. Do ponto de vista político-constitucional, a parcialidade que se teme não é a ocasional, aquela que se traduz na presença de interesse econômico ou moral do juiz na vitória de uma das partes em litígio. Antes, é a presença de interesse político do juiz no desfecho da contenda, que transforma o processo em arma a serviço de uma luta, seja ela luta partidária, ou luta de classes, ou de confissões religiosas, ou qualquer outra que implique ruptura do princípio da igualdade de todos perante lei. Ao juiz só é dado ter um único partido: o da ordem jurídica que o fez juiz.

Não se extrai daí, evidentemente, que imparcialidade seja sinônimo de desinteresse burocrático, ou de absoluta passividade diante do desenrolar do litígio. E não quer dizer também que o juiz não deva ser ativo em relação à manutenção da igualdade, não só formal como também substancial, entre as partes contendoras, de modo a evitar que o processo traia os seus próprios fins e permita que obstáculos de ordem econômica ou social preconstituam a conclusão da sua sentença. Quer dizer, apenas,

<sup>15</sup> SEGNI, Antonio, *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, "in" *Scritti Giuridici*, 1965, I, p. 196 e segs.

<sup>16</sup> CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, "in" *Opere Giuridiche*, 1965, I, p. 386 e segs..

<sup>17</sup> VARAUT, Jean-Marc, em *Le droit au juge*, anota com rigor: "C'est au sortir de la nuit que les nations européennes, libres, mais menacées dans leur liberté par la nuit surveillée qui s'étendait déjà sur leurs soeurs des bords du Danube et de la Vistule, proclamaient l'inestimable valeur du droit - comme médiation du spirituel dans le temporel social - et donc le dépérissement entraîne le dépérissement de l'humanité en l'home" (*op. cit.*, Paris, 1991, p. 235).

que o juiz deve ser ativo, mas não um ativista revolucionário, pronto a traduzir no processo, não os seus sentimentos, mas os seus ressentimentos.

Não se nega a ninguém, numa sociedade plural e democrática, o direito de lutar contra um estado de fato que repute discriminatório e se sirva para isso dos meios que a Constituição lhe assegure. Nem mesmo aos juizes, enquanto membros dessa mesma sociedade. O que se nega é seja *a sentença* um meio para isso, porque, então, como já advertira MONTESQUIEU, a sentença não representaria nada mais que a opinião particular do juiz, dando lugar a uma sociedade em que nunca se saberia precisamente “os compromissos que nela são assumidos”<sup>18</sup>.

13. Neste particular, é oportuna a recordação dos valores inerentes à cláusula do devido processo legal, posto que novos sentidos se vem insistentemente atribuindo à imparcialidade do juiz, propondo-se que o juiz tenha, no processo, não só uma função ativa mas também *assistencial*, de modo a não apenas suprir as deficiências da assistência jurídica devida pelo Estado, mas também a assumir decididamente o papel de defensor de uma das partes litigantes, em prejuízo tanto da sua própria objetividade<sup>19</sup> como do princípio, entre nós constitucionalmente consagrado, da indispensabilidade do advogado.

Esse tipo de ativismo judicial tem, com efeito, sido explicitamente defendido na França pelo Sindicato da Magistratura, criado em 8 de junho de 1968, cujos membros não se tem privado de exortar aos seus então jovens colegas, como fez o juiz OSWALD BAUDOT, que “sejam parciais”<sup>20</sup>, ou de proclamar, como fizeram outros juizes, membros do “bureau national”, que “o juiz não é neutro. Sua decisão não é desprovida de engajamento. (...) É certo, nos acusam de sermos juizes *partisans*. Mas num sistema dominante não pode haver neutralidade. O juiz neutro escolhe necessariamente o sistema dominante”<sup>21</sup>.

Esse movimento já inspirou a criação de vários outros, como a *Magistratura Democrática*, na Itália, o *Jueces para la Democracia*, na

---

<sup>18</sup> *O espírito das leis*, cit., p. 189.

<sup>19</sup> Sobre esse ponto é esclarecedor o confronto estabelecido por NICOLÒ TROCKER entre o direito alemão e o italiano em *Processo civile e costituzione*, Milão, 1974, pp. 728 e 729.

<sup>20</sup> FENECH, GEORGES, *Main basse sur la justice*, 1997, p. 26.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 34, texto extraído da Revista *Frontière*, setembro de 1973.

---

Espanha, e a *Associação dos Juizes para a Democracia*, no Brasil.

É de se aceitar, no entanto, no mínimo, a ponderação de MAURO CAPELETTI no sentido de que: “Pode o juiz fazer obra de criação, ser dinâmico, ‘ativista’ e se afirmar como tal; mas é somente um mau juiz que agirá segundo as formas e as modalidades próprias do legislador; e mesmo, para ir ao fundo do meu pensamento, direi que o juiz que agisse de tal sorte *deixaria pura e simplesmente de ser um juiz*”<sup>22</sup>.

14. Indo mais adiante, cabe ter presente que, de fato, os fenômenos da globalização, da crescente concentração humana nos centros urbanos, e da ascendente complexidade e diversidade dos problemas que daí se irradiam (entre os quais se incluem o surgimento de potências econômicas que se sobrepõem aos Estados, a degradação da qualidade de vida e do meio ambiente, a desagregação social em prejuízo da solidariedade humana), são fatores que criam a necessidade da ampliação e do reforço das funções cometidas ao Estado, especialmente as administrativas, mas não justificam que, além da opressão gerada por essa conjuntura perversa, tenha o homem contemporâneo que conviver também com a opressão gerada por um “novo processo”, que não lhe dá a conhecer exatamente de quê possa estar sendo acusado e em nome de quais princípios está exposto a ser condenado.

A história dessa espécie de processo já é conhecida. Sabe-se de onde provem, assim como se sabe como começa e para onde caminha. Só há um modo de obstá-lo e é justamente o preconizado pela Declaração aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas: “que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”. *Ne cives ad arma veniant*.

## V – A CLÁUSULA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO ATUAL

15. Considerada a formação histórica do direito brasileiro, conforme acima exposto, é compreensível que tenha a garantia, no Brasil,

<sup>22</sup> *Le pouvoir des juges*, Paris, 1990, p.70, sem grifos no original.

significado praticamente oposto do que a caracterizou na origem.

A garantia, tal como está expressa na Constituição – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal – tem sido interpretada, com grande freqüência, como garantia dos direitos do autor e não como garantia dos direitos de quem, no processo, será privado da liberdade ou de seus bens, ou seja, o réu.

No direito processual brasileiro, convencendo-se o juiz, *initio litis*, que o réu deve ser privado de sua liberdade ou de seus bens, a conseqüência será a negação, ao réu, do devido processo legal e a concessão, ao autor, da tutela imediata do seu pretense direito. Ou seja, aqui só tem direito ao devido processo legal aquele que mais provavelmente **não será privado**, no processo, nem de sua liberdade, nem de seus bens.

No nosso processo, o réu que, de fato, tenha razão mas aparentemente não a tenha está literalmente frito. Funcionando a regra às avessas, o resultado é: **primeiro** priva-se o réu de seus bens e **depois** se lhe garante o devido processo legal. Nisto, o que mais impressiona, não é que este fenômeno de fato ocorra, ou possa vir a ocorrer, mas, sim, o fato de que ninguém liga a mínima para isto. E não falta quem o aplauda.

16. É importante notar que a cláusula do *due process of law*, não se limita a um único termo, ou seja, à garantia de um justo processo. Além deste tem ela outro de sentido igualmente profundo e indispensável: a garantia de que, nos processos, a parte será julgada “mediante juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra” (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*).

A inversão antes aludida, quanto ao primeiro termo da garantia – o justo processo – ocorre igualmente quanto ao segundo: o juízo segundo a lei.

Em matéria de jurisdição contenciosa, o que prevalece hoje em dia não é a regra do art. 126, do CPC, de que, no julgamento da lide caberá ao juiz “*aplicar as normas legais*”, mas a do seu art. 1.109: o juiz não é “*obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna*”.

Este fenômeno, que não é novo, é conhecido como sendo o de *absorção* da jurisdição contenciosa, pela jurisdição voluntária<sup>23</sup> e

---

<sup>23</sup> BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio, As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame, “in” *Teses, estudos e pareceres de direito processual civil*, RT, São Paulo,

constitui a solução preconizada por todas as teorias processuais de caráter totalitário, ao fundamento de que “*salus populi suprema lex est*”. Nunca houve ditador que não se servisse desse princípio para sacudir dos ombros o ônus de governar segundo a lei.

Essa tendência se reflete tanto na legislação como na jurisdição. Na legislação, mediante a introdução de normas que expressamente dispensam o juiz decidir em conformidade com a lei, como é o caso dos juizados especiais. A Lei n. 9.099/95, no art. 6º., dispõe: “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e ao bem comum”. Na jurisdição, mediante a errônea afirmação do princípio da razoabilidade. A discutida Súmula-STF 400 estatui: “*Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza o recurso extraordinário*”, reiterada na sua prima irmã, a Súmula STF 343 – *Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto de interpretação controvertida nos tribunais*.<sup>24</sup>

## VI – O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

17. Modernamente, fala-se muito no *substantive due process of law*. Vou tentar explicar o que seria isto.

Conforme expliquei de início, a expressão contida na Magna Carta, “*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*” viu-se abreviada no *statute* de Eduardo III sob a fórmula “*by due process of law*”, a significar o processo devido a qualquer um do povo (*None shall be condemned*) segundo as normas processuais em uso e decidido pela lei da terra, o *common law*, consuetudinário, ao qual o monarca se obrigava a obedecer.

Consoante a exposição de EDUARDO YOSHIKAWA “Os comentários de COKE, na *second institue* (e também de BLACKSTONE), a respeito do devido processo legal, identificado por ele com a expressão ‘pela lei do país’ (*per legem terrae*) (e conseqüentemente com o *common law*)

---

2005, vol. I, p. 263 e segs.

<sup>24</sup> Essa Súmula tem o defeito de confundir o escopo da ação rescisória com o do recurso especial (antes recurso extraordinário) fundado em divergência jurisprudencial

constante do capítulo 39 da Magna Carta eram favoráveis a uma interpretação substantiva da garantia”.<sup>25</sup>

As expressões *due process of the law* e *law of the land* acabaram se tornando sinônimas, considerando-se contrárias à garantia do devido processo legal as leis que infringissem as leis do país, representadas pelas leis e costumes que constituíssem garantia a liberdades e direitos fundamentais. Neste sentido, era possível ao Judiciário declarar inconstitucional um ato do parlamento por contrariar o devido processo legal.

Nos Estados Unidos essa inclinação encontrou forte resistência porque, havendo uma constituição escrita, as leis estaduais só poderiam ser declaradas nulas por inconstitucionalidade. Prevaleceu, porém, a força do chamado devido processo legal substantivo.

No Brasil, incluída a cláusula do devido processo legal na Constituição de 1988, ocorreu fenômeno semelhante, porém em muito menos tempo. Não tardou para que o Supremo e outros Tribunais ultrapassassem o sentido exclusivamente processual da cláusula e passassem a invocar o *substantive due process of law* como meio de controlar a razoabilidade das leis, isto é a sua conformidade substancial e não apenas formal com o texto da Constituição e principalmente com as normas que desse texto se pudessem extrair.

Resume-se o devido processo legal substantivo na “preservação de um espaço em que o indivíduo se encontre a salvo do poder do Estado”.<sup>26</sup>

18. Essa leitura da garantia do devido processo legal é autorizada pela comparação entre os preceitos dos incisos LIV e LV do artigo 5º. da Constituição Federal.

Uma leitura exclusivamente processual poderia conduzir o intérprete à conclusão de que, em face do inciso LV, seria desnecessário o inciso LIV, que dispõe sobre o devido processo legal, porque naquele já se conteriam todos os elementos fundamentais deste, ou seja: “o direito ao contraditório e à ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes”.

Obedecendo-se o princípio hermenêutico de que não se

---

<sup>25</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Origem e evolução do devido processo legal substantivo*, Letras Jurídicas, São Paulo, 2007, p. 152

<sup>26</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, op. cit. p. 241

devem atribuir à lei palavras inúteis, é de se concluir que a garantia do devido processo legal contem um alcance mais amplo do que lhe autorizaria uma leitura exclusivamente processual.

É esse alcance que é importante fixar, porquanto, no que excede à idéia pura e simples de que se deve ter direito a um processo justo, compõe a garantia do devido processo legal em *sentido substantivo*, ou seja, no sentido de que a lei que vai ser atuada no processo esteja em conformidade com a *lex terrae*, aí compreendidos, além da letra da Constituição, os valores sobre os quais ela se fundamenta, especialmente os tipificados como “princípios fundamentais” e constantes do seu artigo 1º.

A introdução no texto constitucional da garantia do *due process of law* teve este sentido: o de autorizar o Poder Judiciário a julgar inconstitucionais as leis que firmam os valores supremos sobre os quais se assenta não apenas a Constituição em si mesma, tal como nela se declara, mas também os valores sobre os quais a sociedade se fundamenta conforme o consenso dos homens justos.

Note-se, porém, que, para que se tenha uma lei como contrária à garantia do devido processo legal, não basta que ela fira os valores que este ou aquele homem, possivelmente um juiz, sinta que por ela foram agredidos. A sentença, bem ao contrário, deve ser um espelho da sociedade do seu tempo, considerada no seu todo. O título medieval *Speculum judiciale*<sup>27</sup> talvez exprima exatamente isto.

---

<sup>27</sup> GULIELMUS DURANTI, *Speculum judiciale*, com aditamentos de Johanes Andreae e Baldus de Ubaldi, Veneza, 1465-86



## Flávia Piovesan

Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg - 2007 e 2008), procuradora do Estado de São Paulo, membro do CLADEM (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR – Human Rights University Network.

### **PROTEÇÃO E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NOS PLANOS GLOBAL, REGIONAL E LOCAL**

Um especial agradecimento é feito ao Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law pela fellowship que tornou possível este estudo.

#### **1. Introdução**

Como compreender os direitos sociais sob a perspectiva da concepção contemporânea de direitos humanos? Em que medida merecem o mesmo grau de importância dos direitos civis e políticos? Qual é a principiologia aplicável aos direitos sociais? São direitos acionáveis e justiciáveis? Qual é o alcance de sua proteção nas esferas global, regional e local? Quais são os principais desafios para a sua efetiva implementação? A partir de um diálogo global, regional e local, quais são as perspectivas para avançar na proteção dos direitos sociais?

São estas as questões centrais a inspirar o presente estudo,

que tem por objetivo maior enfocar a proteção dos direitos sociais sob os prismas global, regional e local, com ênfase na temática de sua justiciabilidade, considerando a experiência brasileira.

## 2. A Construção dos Direitos Humanos e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores<sup>3</sup>, compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. No mesmo sentido, Celso Lafer<sup>4</sup>, lembrando Danièle Lochak, realça que os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate.

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>5</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>6</sup>.

Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-

---

<sup>3</sup> Joaquín Herrera Flores, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p.7.

<sup>4</sup> Celso Lafer, prefácio ao livro *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, Flávia Piovesan, São Paulo, ed. Saraiva, 2006, p.XXII.

<sup>5</sup> Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

<sup>6</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, 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).

---

se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela 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 surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção inter-nacional de direitos humanos existisse”.<sup>7</sup>

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. Prenuncia-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. Para Andrew Hurrell: “O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na idéia de que as relações entre governantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima

---

7. Thomas Buergenthal, *International human rights*, op. cit., p. 17. Para Henkin: “Por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente “estatais”, notadamente os direitos humanos, e tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos”. (*International law*, op. cit., p. 2). Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: “Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o “direito a ter direitos”, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a “razão de estado” e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz”. (Prefácio ao livro *Os direitos humanos como tema global*, op. cit., p. XXVI).

preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas”<sup>8</sup>.

Neste contexto, a Declaração de 1948 vem a inovar 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, esta como valor intrínseco à condição humana. 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 com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Para Asbjorn Eide: “The term “social rights”, sometimes called “socio-economic rights”, refers to rights whose function is to protect and to advance the enjoyment of basic human needs and to ensure the material conditions for a life in dignity. The foundations of these rights in human rights law is found in the Universal Declaration of Human Rights, Article 22: “Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realisation, through national effort and international cooperation and in accordance with the organisation and resources of each state, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality”<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Andrew Hurrell, Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world, In: Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler, *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p.277.

<sup>9</sup> Asbjorn Eide, Social Rights, In: Rhona K.M. Smith e Christien van den Anker. *The essentials of Human Rights*, Londres, Hodder Arnold, 2005, p.234. Para Asbjorn Eide: “Economic, social and cultural rights constitute three interrelated components of a more comprehensive package. The different components also have links to civil and political rights. At the core of social rights is the right to an adequate standard of living. The enjoyment of this right requires, at a minimum, that everyone shall enjoy the necessary subsistence rights - adequate food and nutrition rights, clothing,

---

Ao examinar a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, leciona Hector Gros Espiell: “Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta idéia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembléia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembléia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução n. 32/130)”.<sup>10</sup>

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos 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

---

housing and necessary conditions of care. Closely related to this is the right of families to assistance (...). In order to enjoy these social rights, there is also a need to enjoy certain economic rights. These are the right to property, the right to work and the right to social security. (...) The notion of cultural rights is more complex. (...) cultural rights contain the following elements: the right to take part in cultural life, the right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications, the right to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which the beneficiary is the author, and the freedom indispensable for scientific research and creative activity”. (Asborn Eide, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), Economic, Social and Cultural Rights: a textbook. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.17-18).

<sup>10</sup>. Hector Gros Espiell, Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano, San José, Libro Libre, 1986, p. 16-17.

---

aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos - do “mínimo ético irredutível”. Neste sentido, cabe destacar que, até agosto de 2007, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 160 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 157 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 145 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 173 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 185 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 193 Estados-partes.<sup>11</sup>

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. 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. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos - é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o 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 a principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos, todo ele fundado no princípio maior da dignidade humana.

A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade<sup>12</sup>. Ressalte-se

---

<sup>11</sup> A respeito, consultar Human Development Report, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>12</sup> Note-se que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a

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.”

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que, enquanto consenso do “pós Guerra”, a Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados, com 8 abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. 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>13</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>14</sup>.**

---

Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, o que vem a endossar a idéia da indivisibilidade dos direitos humanos.

<sup>13</sup> Consultar UNDP, Human Development Report 2002: Deepening democracy in a fragmented world, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002.,

<sup>14</sup> Amartya Sen, Foreword ao livro “Pathologies of Power”, Paul Farmer, Berkeley, University of California Press, 2003.

---

Além disso, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

Como aludem Asbjorn Eide e Allan Rosas: “Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. (...) As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos”.<sup>15</sup> Asbjorn Eide e Alla Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*. In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.17-18.

A compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda ainda que se recorra ao direito ao desenvolvimento. Para desvendar o alcance do direito ao desenvolvimento, importa realçar, como afirma Celso Lafer, que, no campo dos valores, em matéria de direitos humanos, a consequência de um sistema internacional de polaridades definidas – Leste/Oeste, Norte/Sul – foi a batalha ideológica entre os direitos civis e políticos (herança liberal patrocinada pelos EUA) e os direitos econômicos, sociais e culturais (herança social patrocinada pela então URSS). Neste cenário surge o “empenho do Terceiro Mundo de elaborar uma identidade cultural própria, propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Asbjorn Eide e Alla Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*. In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.17-18.

<sup>16</sup> Celso Lafer, *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

---

É, assim, adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, 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>17</sup>

O artigo 2º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, consagra que: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento.” 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.

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>18</sup> As assimetrias globais revelam que a renda dos 1% mais ricos supera a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial<sup>19</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

---

<sup>17</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.

<sup>18</sup> Mohammed Bedjaoui, *The Right to Development*, in M. Bedjaoui ed., *International Law: Achievements and Prospects*, 1991, p. 1182.

<sup>19</sup> A respeito, consultar *Human Development Report 2002*, UNDP, New York/Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 19.

---

2.5 percent annually”.<sup>20</sup> Para a World Health Organization: “poverty is the 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>21</sup> Paul Farmer, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003, p.50.

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>22</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

---

<sup>20</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).

<sup>21</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>22</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 fo Solidarity*, International Institute of Human Rights, 1979.

---

contemporânea de direitos humanos e o modo pelo qual se relaciona com os direitos econômicos, sociais e culturais, transita-se à análise da proteção internacional a estes direitos, com ênfase no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (“Protocolo de San Salvador”).

### **3. A Proteção dos Direitos Sociais nos Sistemas Global e Regional**

Preliminarmente, faz-se necessário ressaltar que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, foi o marco de criação do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que é um sistema jurídico normativo de alcance internacional, com o objetivo de proteger os direitos humanos.

Após a sua adoção, em 1948, instaurou-se uma larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz em assegurar a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois distintos tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas - o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - que passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração Universal, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que até 2007 contemplava a adesão de 157 Estados-partes, enuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde, etc. Como afirma David Trubek: “Os direitos sociais, enquanto *social welfare rights* implicam na visão de que o Governo tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. A idéia de que o *welfare* é uma construção social e de que as condições de *welfare* são em parte uma responsabilidade governamental, repousa nos direitos enumerados pelos diversos instrumentos internacionais, em especial pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ela

também expressa o que é universal neste campo, na medida em que se trata de uma idéia acolhida por quase todas as nações do mundo, ainda que exista uma grande discórdia acerca do escopo apropriado da ação e responsabilidade governamental, e da forma pela qual o social welfare pode ser alcançado em específicos sistemas econômicos e políticos.<sup>23</sup>

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora - têm a chamada auto-aplicabilidade -, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais<sup>24</sup>, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto)<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> David Trubek, *Economic, social and cultural rights in the third world: human rights law and human needs programs*. In: MERON, Theodor (Editor). *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford: Clarendon Press, 1984. p. 207. A respeito, ainda afirma David Trubek: "Eu acredito que o Direito Internacional está se orientando no sentido de criar obrigações que exijam dos Estados a adoção de programas capazes de garantir um mínimo nível de bem-estar econômico, social e cultural para todos os cidadãos do planeta, de forma a progressivamente melhorar este bem-estar." (op.cit. p.207). Sobre o tema, consultar ainda A. Chapman and S. Russell (eds), *Core Obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Antwerp, Intersentia, 2002 e M. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

<sup>24</sup> "O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra três previsões que podem ser interpretadas no sentido de sustentar uma obrigação por parte dos Estados-partes ricos de prover assistência aos Estados-partes pobres, não dotados de recursos para satisfazer as obrigações decorrentes do Pacto. O artigo 2 (1) contempla a frase "individualmente ou através de assistência internacional e cooperação, especialmente econômica e técnica. A segunda é a previsão do artigo 11 (1), de acordo com a qual os Estados-partes concordam em adotar medidas apropriadas para assegurar a plena realização do direito à adequada condição de vida, reconhecendo para este efeito a importância da cooperação internacional baseada no livre consenso. Similarmente, no artigo 11 (2) os Estados-partes concordam em adotar "individualmente ou por meio de cooperação internacional medidas relevantes para assegurar o direito de estar livre da fome." (Philip Alston e Gerard Quinn, *The Nature and Scope of States Parties' obligations under the ICESCR*, 9 *Human Rights Quarterly* 156, 1987, p.186, apud Henry Steiner e Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2000, p.1327).

<sup>25</sup> A expressão "aplicação progressiva" tem sido frequentemente mal interpretada. Em seu "General Comment n.03" (1990), a respeito da natureza das obrigações estatais concernentes ao artigo 2o, parágrafo 1o, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmou que, se a

---

No entanto, cabe realçar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplem também um custo.

Sobre o custo dos direitos e a justiciabilidade dos direitos sociais, compartilha-se da visão de David Bilchitz: “Whilst a number of writers accept the legitimacy of judicial review for final decisions concerning civil and political rights, they object to it where decisions concerning social and economic rights are concerned. One of the most important objections that has been made concerning the involvement of judges in decisions relating to socio-economic rights has been that it is inappropriate for judges to decide how the budget of a society is to be allocated. (...) Judges are not traditionally experts on economic policy or on the complex issues involved in determining a budget. It is claimed that they are no therefore best placed to make determinations concerning the overall allocation of resources. In response, judicial review in a number of countries has for many years involved judges making determinations on civil and political rights. The realization of many of these rights also requires massive expenditure, which has an impact on the overall distribution of resources. (...) Yet, judges have generally acquitted themselves well in interpreting and enforcing these rights, and their role in this regard has not generally met with accusations that they are unqualified for the job, despite the resource implications of their decisions. (...) The rationale for this distinction seems to lie in the fact that the critics regard socio-economic rights are in some way inferior to civil and political rights

---

expressão “realização progressiva” constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um curto período de tempo, esta expressão deve ser interpretada à luz de seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações aos Estados-partes, no sentido de adotarem medidas, tão rapidamente quanto possível, para a realização destes direitos. (General Comment n.3, UN doc. E/1991/23).

---

and as not warranting equal protection. (...) there is no justifiable normative basis for this contention and the same normative foundations support both types of rights”.<sup>26</sup> Acrescenta o mesmo autor: “(...) if a society is justified in recognizing fundamental rights, and has good reasons for granting judges review powers, then the society is justified in allowing its judges to ensure that resources are allocated in accordance with the demands of fundamental rights. (...) Judges are given the power to review such decisions as to their conformity with the set of priorities mentioned in the Constitution. Judges are thus required to evaluate the allocation of resources against an area in which they have expertise: the application of human rights standards”<sup>27</sup>.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresenta uma peculiar sistemática de monitoramento e implementação dos direitos que contempla. Essa sistemática inclui o mecanismo dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes. Os relatórios devem consignar as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo Estado-parte no sentido de conferir observância aos direitos reconhecidos pelo Pacto. Devem ainda expressar os fatores e as dificuldades no processo de implementação das obrigações decorrentes do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Diversamente do Pacto dos Direitos Civis, o Pacto dos Direitos Sociais não estabelece o mecanismo de comunicação interestatal e nem tampouco, mediante Protocolo Facultativo, permite a sistemática das petições individuais. Atente-se que mediante as comunicações interestatais um Estado-parte pode alegar haver um outro Estado-parte incorrido em violação aos direitos humanos enunciados no tratado, enquanto que por meio do direito de petição, na hipótese de violação de direitos humanos e respeitados determinados requisitos de admissibilidade (como o esgotamento prévio dos recursos internos e a inexistência de litispendência internacional), é possível recorrer a instâncias internacionais competentes, que adotarão medidas que restaurem ou reparem os direitos então violados.

O mecanismo internacional de proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais continua a se restringir à sistemática dos relatórios. Em face da insuficiência deste mecanismo, a Declaração e o Programa de Ação de Viena de 1993 são enfáticos em recomendar a incorporação do direito de

---

<sup>26</sup> David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/NY, Oxford University Press, 2007, p.128-129.

<sup>27</sup> David Bilchitz, *op. cit.* p. 132.

petição a esse Pacto, mediante a adoção de protocolo adicional — projeto que está em fase de elaboração nas Nações Unidas. A respeito, observa Antônio Augusto Cançado Trindade que “já existe um intenso debate internacional em curso sobre como assegurar uma proteção internacional mais eficaz dos direitos econômicos, sociais e culturais. No plano global, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão de supervisão do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, tem se pronunciado a respeito. Far-se-á uma reunião de peritos para discutir a elaboração de um anteprojeto de Protocolo Adicional àquele Pacto, a fim de dotá-lo de um sistema de petições ou comunicações ou denúncias, e desse modo reduzir as disparidades de procedimentos de implementação entre os direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, por outro. A preocupação básica é no sentido de assegurar a justiciabilidade ou exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, ou ao menos de alguns desses direitos. Isto poderia ademais gerar uma jurisprudência em matéria de direitos econômicos e sociais. Esta possibilidade já está contemplada no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador de 1988), em relação ao direito de associação e liberdade sindical e ao direito à educação”.<sup>28</sup>

A respeito do monitoramento dos direitos sociais e seu impacto na justiciabilidade destes direitos, afirma Martin Scheinin: “The intimate relationship between the existence of a functioning system of international complaints, giving rise to an institutionalized practice of interpretation, and the development of justiciability on the domestic level, has been explained very accurately by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: “As long as the majority of the provisions of the Covenant are not subject of any detailed jurisprudential scrutiny at the international level, it is most unlikely that they will be subject to such examination at the national level either”<sup>29</sup>.

Além disso, para fortalecer a efetividade dos direitos

<sup>28</sup>. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direitos Econômicos e Sociais, In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica/ Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 710-711.

<sup>29</sup> Martin Scheinin, Economic and Social Rights as Legal Rights Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.49. Ver também UN doc A/CONF.157/PC/62/Add.5/, para. 24.

econômicos, sociais e culturais, a Declaração de Viena também recomenda o exame de outros critérios, como a aplicação de um sistema de indicadores, para medir o progresso alcançado na realização dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Para Katarina Tomasevski: “The creation of indicators for economic and social rights provides an opportunity to extend the rule of law, and thereby international human rights obligations, to the realm of economics which has thus far remained by and large immune from demands of democratization, accountability and full application of human rights standards. Indicators can be conceptualized on the basis of international human rights treaties because these lay down obligations for governments”<sup>30</sup>.

Recomenda ainda a Declaração de Viena seja empreendido um esforço harmonizado, visando a garantir o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais nos planos nacional, regional e internacional.

Além do Pacto, há que se mencionar o Protocolo de San Salvador, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, que entrou em vigor em novembro de 1999. Tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este tratado da OEA reforça os deveres jurídicos dos Estados-partes no tocante aos direitos sociais, que devem ser aplicados progressivamente, sem recuos e retrocessos, para que se alcance sua plena efetividade. O Protocolo de San Salvador estabelece um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à previdência social, direito ‘a educação, direito à cultura,....

Este Protocolo acolhe (tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) a concepção de que cabe aos Estados investir o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Este Protocolo permite o recurso ao direito de petição a instâncias internacionais para a defesa de dois dos direitos nele previstos – o direito à educação e o direitos sindicais.

#### **4. A Princiologia dos Direitos Sociais**

Extraí-se da jurisprudência internacional, fomentada especialmente pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,

---

<sup>30</sup> Katarina Tomasevski, *Indicators*, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 531-532.

---

relevantes princípios a orientar a hermenêutica concernente aos direitos sociais. Dentre os princípios relacionados aos direitos sociais, destacam-se: a) o princípio da observância do *minimum core obligation*; b) o princípio da aplicação progressiva; do qual decorre o princípio da proibição do retrocesso social; c) o princípio da inversão do ônus da prova; e d) os deveres dos Estados em matéria de direitos sociais.

*a) princípio da observância do minimum core obligation no tocante aos direitos sociais*

A jurisprudência internacional, fomentada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem endossado o dever dos Estados de observar um *minimum core obligation* no tocante aos direitos sociais. Como explica David Bilchitz: “The Committee found that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party (...) Minimum core obligations are those obligations to meet the “minimum essential levels of a right”<sup>31</sup>.

O dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos sociais tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos.

*b) princípio da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, do qual decorre o princípio da proibição do retrocesso social*

O General Comment n.03 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirma a obrigação dos Estados de adotar medidas, por meio de ações concretas, deliberadas e focadas, de modo mais efetivo possível, voltadas à implementação dos direitos sociais. Por consequência, cabe aos Estados o dever de evitar medidas de retrocesso social. Para o Comitê: “Any retrogressive measures would involve the “most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant in the context of the full use of the maximum available resources”.

Cabe reafirmar que o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados, utilizando o

<sup>31</sup> David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/NY, Oxford University Press, 2007, p.185.

máximo dos recursos disponíveis. Da aplicação progressiva dos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais. Para J.J. Gomes Canotilho: “O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado”<sup>32</sup>.

Ainda no General Comment n.03, como destaca David Bilchitz: “The UN Committee has provided various categorizations of the obligations imposed by socio-economic rights on state parties. In General Comment 3, it recognized the distinction between obligations of conduct and obligations of result. Obligations of conduct require the taking of action “reasonably calculated to realise the enjoyment of a particular right”. Obligations of result require “states to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard. (...) socio-economic rights typically impose both obligations of conduct and obligations of result”<sup>33</sup>.”

Note-se que há medidas de aplicação imediata concernente aos direitos sociais, como é o caso da cláusula da proibição da discriminação. Como realçam os princípios de Limburg: “Some obligations under the Covenant require immediate implementation in full by the State parties, such as the prohibition of discrimination in article 2(2) of the Covenant. (...) Although the full realization of the rights recognized in the Covenant is to be attained progressively, the application of some rights can be made justiciable immediately while other rights can become justiciable over time”<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

<sup>33</sup> David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/NY, Oxford University Press, 2007, p.183-184.

<sup>34</sup> The Limburg Principles on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, paragraph 22 (UN doc.E/CN.4/1987/17). Como observa Asborn Eide: “State obligations for economic and social rights were elaborated by a group of experts, convened by the International Commission of Jurists, in Limburg (the Netherlands) in June 1986. The outcome of the meeting is the so-called Limburg Principles, which is the best guide available to state obligations under de CESC. (...) A decade later, experts on economic, social and cultural rights met in Maastricht to adopt a set of guidelines on violations of human rights (The Maastricht Guidelines on Violations of

*c) princípio da inversão do ônus da prova*

Nos termos do artigo 2 (1) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias, utilizando o máximo de recursos disponível, para a realização dos direitos sociais.

É com base neste dever que emerge o princípio da inversão do ônus da prova. Como leciona Asborn Eide: “A state claiming that it is unable to carry out its obligation for reasons beyond its control therefore has the burden of proving that this is the case and that it has unsuccessfully sought to obtain international support to ensure the availability and accessibility of the right”<sup>35</sup>.

*d) deveres dos Estados*

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu General Comment n.12, realça as obrigações do Estado no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais: respeitar, proteger e implementar.

Quanto à obrigação de respeitar, obsta ao Estado que viole tais direitos. No que tange à obrigação de proteger, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros (atores não-estatais) violem estes direitos. Finalmente, a obrigação de implementar demanda do Estado a adoção de medidas voltadas à realização destes direitos<sup>36</sup>.

Na visão de Katarina Tomasevski: “The obligations to respect, protect and fulfill each contain elements of obligation of conduct and obligation of result. The obligation of conduct requires action reasonably calculated to realize the enjoyment of a particular right. The obligation of result requires States to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard. (...) The obligation to protect includes the State’s responsibility to ensure that private entities or individuals, including transnational corporations

---

Economic, Social and Cultural Rights).” (Asborn Eide, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.25)

<sup>35</sup> Asborn Eide, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.27

<sup>36</sup> Observe-se que: “In some of the general comments, the committee has split the obligation to fulfill into two parts: in obligation to facilitate and an obligation to provide.” (David Bilchitz, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/NY, Oxford University Press, 2007, p.184).

over which they exercise jurisdiction, do not deprive individuals of their economic, social and cultural rights. States are responsible for violations of economic, social and cultural rights that result from their failure to exercise due diligence in controlling the behaviour of such non-state actors.”<sup>37</sup>

Além destes princípios atinentes especificamente aos direitos sociais, observa-se que os direitos humanos, concebidos em sua integralidade, demandam uma lógica e principiologia próprias a orientar a interpretação destes direitos no âmbito global, regional e local.

Quanto à hermenêutica dos direitos humanos, compreendendo os direitos econômicos, sociais e culturais, quatro princípios gerais merecem realce por sua relevância.

O primeiro deles é o princípio da interpretação teleológica, que traduz a busca de realizar os objetivos e propósitos consagrados nos comandos constitucionais e internacionais afetos à proteção destes direitos. Como estabelece o artigo 31 da Convenção de Viena: “Um tratado deve ser interpretado de boa fé, de acordo com o significado a ser dado aos seus termos, à luz de seu contexto e considerando seus objetivos e propósito”<sup>38</sup>. Isto é, faz-se necessário obter a interpretação mais apropriada com o fim de implementar os objetivos e alcançar os propósitos dos parâmetros constitucionais e internacionais vocacionados à proteção de direitos, a partir de uma lógica material, afastando leituras interpretativas que restrinjam o alcance das obrigações assumidas pelos Estados no tocante à realização dos direitos sociais. A busca da interpretação teleológica deve pautar-se pelo princípio da dignidade humana, na medida em que os direitos humanos inspiram-se na afirmação da dignidade e na prevenção do sofrimento humano. Isto é, a leitura interpretativa de preceitos enunciadores de direitos há de ser desenvolvida de forma a permitir a defesa e a promoção da dignidade humana, bem como a prevenção ao sofrimento.

O princípio da interpretação efetiva assume também especial importância, endossando a importância de conferir às previsões concernentes aos direitos sociais a maior efetividade possível. Neste sentido, destaque-se o

---

<sup>37</sup> Katarina Tomasevski, *Indicators*, In: Eide, A, C. Krause and A. Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook*. 2nd revised edition, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p.729 e 732.

<sup>38</sup> Ver Clare Ovey e Robin White, *European Convention on Human Rights*, 3th ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, p.27.

---

princípio da “interpretação ótima” da Constituição. Cabe ao intérprete maximizar e potencializar o alcance das normas veiculadoras de direitos humanos, evitando interpretações restritivas e reduzidas afetas a estes direitos.

Outro relevante princípio é o atinente à interpretação dinâmica e evolutiva dos dispositivos pertinentes aos direitos sociais. É tarefa do intérprete considerar as mudanças ocorridas nos planos social e político para a adequada interpretação dos direitos previstos nos planos constitucional e internacional. O alcance e o significado dos direitos não podem restar confinados e estagnados às concepções do momento em que foram elaborados os instrumentos normativos, devendo ser estes concebidos como *living instrument*, a ser interpretado à luz das condições dos dias presentes. Cabe aos intérpretes proteger e salvaguardar os direitos sociais, desenvolvendo o alcance e o sentido destes direitos à luz do contexto e dos valores contemporâneos. Aos intérpretes cabe o desafio de “vitalizar” os instrumentos protetivos e não “fossilizá-los”, deixando-os reféns do passado. Os parâmetros internacionais e constitucionais não podem ser considerados estáticos, mas devem refletir as transformações sociais. A interpretação evolutiva demanda sejam consideradas realidades e atitudes contemporâneas e não a situação existente ao tempo em que os textos foram elaborados.

O princípio da proporcionalidade é também recorrente na interpretação dos direitos humanos. A respeito, merece menção jurisprudência da Corte Européia no caso *Soering v. UK* (1989): “inerente a toda Convenção é a busca por um justo equilíbrio entre as demandas do interesse geral da comunidade e as demandas de proteção de direitos fundamentais individuais. O alcance deste balanço requer necessariamente uma perspectiva baseada em considerações de proporcionalidade. Este princípio é ainda mais relevante em áreas nas quais a Convenção expressamente permite restrições de direitos”<sup>39</sup>. O princípio da proporcionalidade pressupõe três dimensões: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito (evitando qualquer excesso na restrição de direitos).

Enfatize-se que estes quatro princípios de alcance geral, que orientam a hermenêutica própria dos direitos humanos, aplicam-se aos direitos

---

<sup>39</sup> David Harris, Michael O’Boyle e Chris Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburgh, Butterwoths, 1995, p.11-12. Para uma análise de casos decididos pela Corte Européia envolvendo restrições de direitos com fundamento no argumento da razão de Estado, ver Mireille Delmas-Marty (editor), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

sociais, somando-se aos princípios específicos já enfocados.

Por fim, à luz deste contexto, transita-se à reflexão da proteção e justiciabilidade dos direitos sociais na experiência brasileira

## **5. Proteção dos Direitos Sociais na Constituição Brasileira de 1988**

A Constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático “pós ditadura”. Após vinte e um anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.

Introduz a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país. É a primeira Constituição brasileira a iniciar com capítulos dedicados aos direitos e garantias, para, então, tratar do Estado, de sua organização e do exercício dos poderes. Ineditamente, os direitos e garantias individuais são elevados a cláusulas pétreas, passando a compor o núcleo material intangível da Constituição (artigo 60, parágrafo 4º). Há a previsão de novos direitos e garantias constitucionais, bem como o reconhecimento da titularidade coletiva de direitos, com alusão à legitimidade de sindicatos, associações e entidades de classe para a defesa de direitos.

De todas as Constituições brasileiras, foi a Carta de 1988 a que mais assegurou a participação popular em seu processo de elaboração, a partir do recebimento de elevado número de emendas populares. É, assim, a Constituição que apresenta o maior grau de legitimidade popular.

A Constituição de 1988 acolhe a idéia da universalidade dos

---

direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana, como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. O texto constitucional ainda realça que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, ao ineditamente prever, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, o princípio da prevalência dos direitos humanos. Trata-se, ademais, da primeira Constituição Brasileira a incluir os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos.

Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, há que se enfatizar que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais e econômicos, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Observe-se que, no Direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata.

Nesse passo, a Constituição de 1988, além de estabelecer no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. A título de exemplo, destacam-se dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixam, como direitos de todos e deveres do Estado, a saúde (artigo 196), a educação (artigo 205), as práticas desportivas (artigo 217), dentre outros. Nos termos do artigo 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação<sup>40</sup>. No campo da educação, a Constituição determina

---

<sup>40</sup> A respeito, observa Varun Gauri: “A review conducted for this paper assessed constitutional rights to education and health care in 187 countries. Of the 165 countries with available written constitutions, 116 made reference to a right to education and 73 to a right to health care. Ninety-five, moreover, stipulated free education and 29 free health care for at least some population subgroups and services. Brazil offers a compelling example of the force of human rights language. The Brazilian Constitution of 1988 guarantees each citizen the right to free health care. Although the constitutional guarantee has not eliminated shortages and inequalities in the sector, that provision had real “bite” in 1996, when a national law initiated a program of universal access to highly active anti-retroviral therapy (HAART) for Aids patients, free of charge.” (Varun Gauri, Social

---

que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, acrescentando que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. Para os direitos sociais à saúde e à educação, a Constituição disciplina uma dotação orçamentária específica<sup>41</sup>, adicionando a possibilidade de intervenção federal nos Estados em que não houver a observância da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (artigo 34, VII, e).

A ordem constitucional de 1988 acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo. Surge verdadeira configuração normativa da atividade política. Como afirma J.J.Gomes Canotilho: “A Constituição tem sempre como tarefa a realidade: juridificar constitucionalmente esta tarefa ou abandoná-la à política, é o grande desafio. Todas as Constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar o político.”<sup>42</sup>

Cabe ainda mencionar que a Carta de 1988, no intuito de proteger maximamente os direitos fundamentais, consagra dentre as cláusulas pétreas, a cláusula “direitos e garantias individuais”. Considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição do retrocesso social<sup>43</sup> A respeito da necessária aplicação progressiva dos direitos

---

Rights and Economics: Claims to Health Care and Education in Developing Countries, *World Development*, vol.32, n.3, 2004, p.465).

<sup>41</sup> Quanto ao direito à educação, dispõe o artigo 212 da Constituição: “A União aplicará, anualmente, nunca menos de 18, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino”. Quanto ao direito à saúde, os recursos orçamentários serão dispostos em conformidade com os critérios estabelecidos no artigo 198 da Constituição.

<sup>42</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

<sup>43</sup> A respeito da necessária aplicação progressiva dos direitos sociais e econômicos e da consequente cláusula da proibição do retrocesso social, ver artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como o General Comment n.03 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (General Comment n.3, UN doc. E/1991/23).

---

sociais e econômicos e da consequente cláusula da proibição do retrocesso social, ver artigo 2º, parágrafo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como o General Comment n.03 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (General Comment n.3, UN doc. E/1991/23), o valor da dignidade humana e demais princípios fundamentais da Carta de 1988, conclui-se que esta cláusula alcança os direitos sociais. Para Paulo Bonavides: "os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art.60."<sup>44</sup> São, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária, como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais, padecerão do vício de inconstitucionalidade.

Desde o processo de democratização do país e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, os mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram ratificados pelo Brasil<sup>45</sup>, destacando-se, no âmbito dos direitos sociais e econômicos, a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1992 e do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em 1996.

Além dos significativos avanços decorrentes da incorporação, pelo Estado Brasileiro, da normatividade internacional de proteção dos direitos

<sup>44</sup> Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000.

<sup>45</sup> Dentre eles, destacam-se: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) o Protocolo à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; k) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; e l) os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24 de janeiro de 2004. A estes avanços, soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 1998.

humanos, o pós-1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. A maior parte das normas de proteção aos direitos humanos foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração.

A Constituição Federal de 1988 celebra, deste modo, a reinvenção do marco jurídico normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais e econômicos.

## **6. Justiciabilidade dos Direitos Sociais nas Cortes Brasileiras**

Considerando o alcance da proteção constitucional e internacional dos direitos sociais e econômicos, importa avaliar o grau de justiciabilidade destes direitos nas Cortes Brasileiras.

A análise jurisprudencial será concentrada nos casos referentes aos direitos à saúde e à educação submetidos às Cortes superiores, em particular o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

### **6.1. Casos relativos ao direito à saúde**

#### **6.1.1. Casos relativos ao fornecimento de medicamentos e ao acesso à assistência médico-hospitalar**

Reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) consagram o direito à saúde como decorrência do direito à vida, determinando o fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, a pessoas portadoras do vírus HIV e a pessoas portadoras de outras doenças graves.

A título exemplificativo, destaca-se decisão do STF no RE 271286 AgR / RS, na qual afirmou o direito à saúde como “consequência constitucional indissociável do direito à vida”. A decisão adicionou que o “direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível”, cabendo ao Estado formular e implementar políticas que visem a garantir a todos, inclusive aos portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Ressaltou que “o poder público não pode transformar norma programática em promessa constitucional inconstitucional”. Neste sentido, a distribuição gratuita de medicamentos permitiria “conferir efetividade aos preceitos constitucionais, representando um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a

---

consciência de sua própria humanidade e sua essencial dignidade”<sup>46</sup>. Acrescentou ainda o STF que “o sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva, que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional”. Em outro caso, afirmou o STF que “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (artigo 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa expressa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entende-se que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: o respeito indeclinável à vida”<sup>47</sup> STF, DJ, Seção 1, de 13-02-1997, n.29, p.1830.

**Em direção similar, ao endossar a justiciabilidade dos direitos sociais e a necessidade de controle judicial das políticas públicas sociais, destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF n.45: “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside,**

<sup>46</sup> No mesmo sentido, destacam-se as decisões proferidas pelo STF nos casos RE 232335, AI 232469, RE-236200, AI-236644, AI-238328-AgR, RE-242859, RE-247900, RE-264269, RE-267612, RE-273042, RE-273834, RE 255627AgR / RS AI 238328 AgR / RS; SS 702 AgR / DF; AI 486816 AgR / RJ, dentre outros. Sobre a matéria, ver ainda STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Fornecimento de medicamentos a paciente hipossuficiente. Obrigação do Estado. Súmula n.636 do STF. 1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes. (...) (AI-AgR 616551/GO, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 23/10/2007, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 30-11-2007). No mesmo sentido, ver as decisões proferidas pelo STF nos casos AI-AgR 648971/RS e AI-AgR 604949/RS. Ainda sobre o fornecimento de medicamentos, com fundamento no direito à vida e no direito à saúde como dever do Estado, ver decisões do STJ, AgRg no Ag 865880/RJ; RMS 23184/RS; REsp 90443/RS, REsp 863240/RJ; REsp 851174/RS; REsp 695665/RS; REsp 837591/RS; REsp 850813/RS e REsp 814076/RJ.

No RE 195192 / RS, em grau de mandado de segurança para aquisição e fornecimento de medicamento para doença rara, envolvendo criança e adolescente, a decisão do STF determinou ao Poder Público proporcionar meios para alcançar saúde e frisou a responsabilidade linear da União, Estados e Municípios, devido ao Sistema Único de Saúde.

<sup>47</sup> STF, DJ, Seção 1, de 13-02-1997, n.29, p.1830.

primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado."<sup>48</sup>

Tal como a jurisprudência do STF, as decisões do Superior

---

<sup>48</sup> "Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição

---

Tribunal de Justiça (STJ) endossam o direito à saúde como dever do Estado, que “deverá propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento”. Deste modo, deve ser assegurado o medicamento mais eficaz e adequado ao tratamento, mesmo que não previsto em portaria do Ministério da Saúde, com fundamento nos direitos à saúde e à vida.<sup>49</sup>

O Superior Tribunal de Justiça tem ainda rompido com uma ótica formalista procedimental, a fim de assegurar o direito à saúde. A título

---

constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Informativo nº 345, 26 a 30 de abril de 2004. Fonte: <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info345.asp>, em 20/01/2006. Observe-se que a teoria do “mínimo social” encontra suas origens na doutrina alemã do pós-guerra, como forma de superação da ausência de direitos sociais na Carta de Bonn. A doutrina alemã entende que a garantia das condições mínimas para a existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações. O Tribunal Constitucional Alemão extraiu esse direito ao “mínimo existencial” do princípio da dignidade humana e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social. Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da “ajuda social” como mínimo que o Estado está obrigado para com os cidadãos carentes, aceitando-se, desta forma, a existência de um “mínimo vital”. (BVerfGE n. 1, S. 161s; n. 27, S. 63; n. 52, S. 346; n. 82, S. 85).

<sup>49</sup> Ver RMS 17903. Sobre o tratamento mais adequado e eficaz, consultar ainda decisão do STJ no caso RMS 20335/PR, Data do julgamento: 10/04/2007, Relator: Ministro Luiz Fux, DJ 07.05.2007: Processual Civil. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Direito líquido e certo. Direito fundamental à vida e à saúde. Fornecimento de medicação. Câncer. Dignidade humana. 1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não “qualquer tratamento”, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Precedentes: RMS 17449/MG DJ 13.02.2006; RMS 17425/MG, DJ 22.11.2004; RMS 13452/MG, DJ 07.10.2002. Na mesma direção, destacam-se decisões que determinam ser o fornecimento de medicamentos um dever do Estado: Resp 684646; Resp 658323; AgRg na STA (suspensão de tutela antecipada) 59; AGSS 1408; AgRg na STA 83; RMS 17425; Resp 625329; Resp 507205; Resp 430526; RMS 13452; RMS 11129; Resp 212346; Resp 325337; RMS 5986; RMS 11183; Resp 57608. No Resp 658323, afirmou o STJ: “O Sistema Único de Saúde (SUS) visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade”. No Resp 656979 reconheceu que o fornecimento gratuito de medicamentos é responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios.

---

de exemplo, cite-se medida judicial concedida em ação civil pública para proteger direito à vida e à saúde de criança portadora de doença grave, reformando decisão de Tribunal estadual que teria extinto o processo sem julgamento de mérito, por considerar que o Ministério Público não teria legitimidade para a defesa de interesse individual indisponível. O argumento central da decisão foi que “a busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo juiz, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.”<sup>50</sup>

Em outro caso, também rompendo com uma ótica formalista, em prol da implementação do direito à saúde, o STJ decidiu destrancar recurso especial, sob o argumento de que a saúde é dever do Estado, sendo que a falta de medicamentos poderia acarretar morte prematura de criança com doença grave e atrofia muscular espinhal<sup>51</sup>.

No mesmo sentido, em reiteradas decisões, o STJ tem autorizado levantamento de saldo de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para tratamento de moléstia grave, mesmo que não previsto em norma<sup>52</sup>.

Adicione-se, ainda, o entendimento pacífico do STJ de que é possível o bloqueio de verbas públicas como meio executivo de decisão judicial que determinou o fornecimento de medicamentos pelo Estado. Embora o STF venha adotando a “teoria da reserva do possível”<sup>53</sup> em casos similares, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, o STJ

---

<sup>50</sup> STJ, Resp 662033. Sobre a legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesse individual indisponível, ver decisões do STJ no casos REsp 948579/RS, REsp 869843/RS, REsp 870843/RS, REsp 817710/RS, REsp 904443/RS, REsp 851174/RS, REsp 695665/RS, REsp 837591/RS, REsp 850813/RS, REsp 819010/SP, REsp 700853/RS e AgRg no REsp 752190/RS.

<sup>51</sup> STJ, MC 7240

<sup>52</sup> Dentre outras decisões, destacam-se STJ, Resp 644557; STJ, Resp 686500. Na mesma direção, ver decisão do STJ no caso REsp **848637**/PR, Ministro Luiz Fux, T1, 10.10.2006, DJ 27.11.2006, sob o argumento de que: “1. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. 2. Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil). 3. Possibilidade de liberação do saldo do FGTS não elencada na lei de regência, mas que se justifica, por ser o direito à vida, à saúde e à dignidade do ser humano garantia fundamental assegurada constitucionalmente. (...)”

<sup>53</sup> A teoria de efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do

consagra que ambos são bens máximos, não podendo ter sua proteção postergada<sup>54</sup>.

Contudo, constatam-se, ainda, decisões que, com fundamento em uma ótica liberal clássica e na cláusula da separação dos poderes, afastam a justiciabilidade do direito à saúde. A respeito, cite-se decisão proferida no RE 259508 AgR/RS, em que se discutia a aplicação de lei estadual do Estado do Rio Grande do Sul, que previa distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e a portadores de HIV/AIDS, mediante acordo entre Estado e Município de Porto Alegre. O STF entendeu que não lhe cabia examinar a efetivação do acordo, na medida em que não lhe cabe controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender demanda da população na área da saúde, sob justificativa de que seria ofensa ao princípio da separação de poderes. Há também decisões que negam

possível”, ou seja, na dependência de recursos econômicos é a adaptação de um entendimento fixado pela jurisprudência constitucional alemã. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha orienta suas decisões sobre direitos sociais no sentido de que a construção dos direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Por sua vez, a decisão sobre a disponibilidade desses estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos. Os direitos a prestações positivas pelo Estado limitam-se a um básico social, ou seja, àquilo que “o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade” (BverfGE, Coletânea das Decisões do Tribunal Constitucional Federal, n. 33, S. 333.). Para Ingo Wolfgang Sarlet, a reserva do possível apresenta três dimensões: “a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama questionamento notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.” (Ingo Wolfgang Sarlet, “A eficácia dos direitos fundamentais”, Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2007, p. 304). Pondera, contudo, Andréas J. Krell: “a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.” (Andréas J. Krell, “Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado”, Porto Alegre, Fabris: 2002, p. 53-54).

<sup>54</sup> Ver STJ, Recurso especial provido, Resp **959422**/RS, Recurso Especial 2007/0131038-7, Relatora: Ministra Eliana Calmon, T2, Data do julgamento: 06/03/2008, DJ 24.03.2008. Consultar outras decisões nesse sentido: REsp 869843/RS; REsp 870843/RS; REsp 835687/RS, AgRg no Ag 881151/RS; REsp 912042/RS; REsp 909752/RS; AgRg no REsp 935083/RS; AgRg no REsp 880955/RS; REsp 902473/RS; REsp 900458/RS, AgRg no Ag 851797/RS; AgRg no REsp 920468/RS; REsp 836913/RS; AgRg no REsp 910604/RS; AgRg no REsp 878441/RS.

a justiciabilidade aos direitos sociais com fundamento na insuficiência de recursos orçamentários. A respeito, destaca-se decisão do STJ, no MS 6.564/RS, em que se sustentou: “no sistema jurídico-constitucional brasileiro, a nenhum órgão ou autoridade é dado realizar despesas sem a devida previsão orçamentária. A dotação consignada no orçamento, para o fim da efetivação da despesa, seja de qual natureza for, obriga aos órgãos da Administração, sob pena de incorrer no desvio de verbas”<sup>55</sup>.

### 6.1.2. Casos relativos a tratamento diferenciado

Há ainda decisões do STF<sup>56</sup>, que, à luz de um recorte de classe, permitem internação hospitalar na modalidade “diferença de classe”, mediante o pagamento da diferença pelo paciente. O argumento é que a Constituição Federal estabelece o direito à saúde e o acesso universal e igualitário aos serviços e ações para promoção, proteção e recuperação. Consequentemente, o direito à saúde não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzir ou dificultar o seu acesso. Para a decisão, não há quebra de isonomia, pois não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas em uma mesma situação, mas facultou-se atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem ônus extra ao sistema público.

Há decisões do STF e do STJ que ressaltam a absoluta prioridade da criança e do adolescente na efetivação do direito à saúde, assegurando a internação e o tratamento diferenciado para criança e adolescentes no sistema único de saúde<sup>57</sup>.

Também há decisões do STJ<sup>58</sup>, que, a fim de garantir o direito à saúde de presos, autorizam a prisão domiciliar, considerando o estado crítico de saúde (por exemplo, na hipótese de doença grave e de pós operatório com quimioterapia e medicamentos) e a falta de estrutura básica do sistema

---

<sup>55</sup> Sobre o tema, ver Alessandra Gotti Bontempo, *Direitos Sociais: Eficácia e Acionabilidade à luz da Constituição de 1988*, Curitiba, ed. Juruá, 2005, p.274.

<sup>56</sup> Ver STF, RE 226835 / RS; RE 261268 / RS

<sup>57</sup> Neste sentido, ver STJ, Resp 577836; Resp 95168; Resp 128909; e Resp 89612.

<sup>58</sup> STJ, HC 19913/SP. Ver também decisão do STJ no HC 82930 / DF, Ministra JANE SILVA, T5, Data do julgamento: 13/12/2007, DJ 07.02.2008, em que foi concedida prisão domiciliar, tendo em vista que o paciente necessita de hemodiálise três vezes por semana, por ser portador de hemofilia e hepatite tipo “c”. O argumento foi que a prisão domiciliar seria perfeitamente justificável, facilitando o tratamento do paciente, “posto que é de sabença geral que as prisões provisórias não têm condições de abrigar uma pessoa com tal grave quadro de saúde.”

---

penitenciário.

### **6.1.3. Casos relativos à responsabilidade por dano à saúde e ao alcance de contratos de seguros de saúde**

Há um número significativo de decisões judiciais a respeito do alcance e da cobertura de seguros em planos privados de saúde, com base no Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido, há decisões que acolhem pedidos de dano moral em caso de recusa de seguro saúde em custear o tratamento de segurado regularmente contratado com suspeita de câncer<sup>59</sup> STJ, AgRg no AG 520390.

Ver ainda STJ, AgRg no Ag 846077 / RJ, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, T3, Data do julgamento: 05/06/2007, DJ 18/06/2007; REsp 986947 / RN, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, T3, Data do julgamento: 11/03/2008, DJ 26.03.2008. Nesse sentido também: REsp 735168 / RJ e REsp 786283 / RJ.

Há ainda decisões que reconhecem a abusividade de cláusula, que, em contrato de seguro-saúde, afasta tratamento de moléstias infecto-contagiosas de notificação compulsória, como é o caso da AIDS<sup>60</sup>. Estas decisões se inspiram no princípio da interpretação favorável ao consumidor, tendo em vista a relação desigual e assimétrica entre o consumidor e o fornecedor.

Há decisões judiciais proferidas pelo STJ que fixam indenização por responsabilidade civil, em razão do não fornecimento de remédios que teria levado o paciente à perda de rim, com base no argumento de que “a omissão no fornecimento de remédio certamente configura

---

<sup>59</sup> STJ, AgRg no AG 520390. Ver ainda STJ, AgRg no Ag 846077 / RJ, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, T3, Data do julgamento: 05/06/2007, DJ 18/06/2007; REsp 986947 / RN, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, T3, Data do julgamento: 11/03/2008, DJ 26.03.2008. Nesse sentido também: REsp 735168 / RJ e REsp 786283 / RJ.

<sup>60</sup> STJ, AgRg no RESP 265872; AgRg no Resp 251722; Resp 255064; Resp 311509; Resp 244841; Resp 24097; Resp 304326; Resp 255065 (em relação à cirrose). No mesmo sentido, considera-se abusiva a cláusula que determina a limitação temporal ao tratamento e internação, conforme decisões em Resp 251024 e Resp 158728. Ver ainda STJ, REsp 918392 / RN, Relator: Ministra Nancy Andrighi, T3, Data do julgamento: 11/03/2008, DJ 01.04/2008; REsp 880035 / PR, Relator: Ministro Jorge Scartezzini, T4, Data do julgamento: 21/11/2006, DJ 18/12/2006 REsp 811617 / AL, Relator: Ministro Jorge Scartezzini, T4, 21/11/2006, DJ 19/03/2007. No mesmo sentido: AgRg no AgRg no Ag 790342 / SP, REsp 777974 / MG. Por outro lado, há uma tendência minoritária de julgados que considera válida a exclusão de AIDS definida no contrato do convênio (Resp 160307).

---

inequívoca responsabilidade apta a produzir o dever de indenizar”<sup>61</sup>, bem como há decisões que fixam indenização por responsabilidade civil, em razão de deficiência física decorrente de gestante que fez uso de talidomida<sup>62</sup>.

**Por fim, há decisões judiciais que relacionam o direito à informação e o direito à saúde, endossando existir um manifesto risco à saúde pública quando obstaculizada a informação à população sobre paralisação de obras em hospitais e suspensão de aquisição de medicamentos pela administração**<sup>63</sup>.

## 6.2. Casos relativos ao direito à educação

### 6.2.1. Casos relativos ao ensino fundamental

Diversos julgados reconhecem a absoluta relevância do direito ao ensino fundamental, com destaque à decisão do STF que assim afirmou: “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.”<sup>64</sup>

A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de reconhecer a obrigação do Estado quanto ao ensino fundamental. A título ilustrativo, destaca-se a decisão do STF no RE-AgR 384201/SP, envolvendo a obrigação do Estado em garantir creche e pré-escola, que teve como **relator o Min. Marco Aurélio: “Deste modo, a determinação judicial tem por escopo a efetiva concretização da norma constitucional, sem implicações com o princípio da separação dos Poderes, uma vez que, nos termos do artigo 205 da Carta da República, a educação é direito de todos, cumprindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, dentre outros, o**

---

<sup>61</sup> Neste caso, o STJ condenou o Estado do Rio de Janeiro a indenizar o paciente em 500 salários mínimos a título de danos morais e uma pensão vitalícia correspondente à metade do que receberia quando perdeu o rim (STJ condena o Rio por não dar remédio a transplantado, *Folha de São Paulo*, 28 de junho de 2005, p. C6; Rio terá que indenizar transplantado que perdeu rim, *O Estado de São Paulo*, 28 de junho de 2005, p. A18).

<sup>62</sup> STJ, Resp 60129.

<sup>63</sup> STJ, AgRg na STA 29.

<sup>64</sup> STF, RE 411518/SP.

---

**direito à educação e à dignidade. Ao Poder Judiciário cabe fazer valor, no conflito de interesses, a lei e a Carta Federal. Deficiência orçamentária não tem o efeito de projetar no tempo e, conforme a política em curso, indefinidamente o cumprimento de preceitos constitucionais e importância ímpar, no que voltados à educação.**<sup>65</sup>

Na mesma direção, há decisões que reforçam o dever do Estado de garantir vaga em creche para crianças de 0 a 6 anos, em especial com a edição da Emenda Constitucional n.14, de 1996, ao estabelecer que “os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil” (Constituição Federal, art. 211, § 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 14/96)<sup>66</sup>.

O STJ tem compartilhado do mesmo entendimento a respeito do direito ao acesso ao ensino fundamental. A título de exemplo, destaca-se decisão em ação civil pública com o objetivo de assegurar creche para criança de 0 a 6 anos, com fundamento do dever constitucional do Estado e no direito subjetivo da criança. Adicionou ainda o STJ: “Não se pode relegar direito à educação de criança a plano diverso da garantia constitucional. O Estado tem o dever de educação mediante oferecimento de creche para crianças de 0 a 6 anos. O que não soa lícito é repassar este dever para instituições particulares e deixar crianças em “fila de espera”<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> STF, RE-AgR 384201/SP, **Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 26/04/2007, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJ 03/08/2007.** No mesmo sentido, os seguintes julgados do STF: RE-AgR 463210 / SP; RE-AgR 410715 / SP; RE-AgR 465066/SP; RE-AgR 431916 / SP. **No STJ, na mesma direção, destacam-se: REsp 510598/SP e REsp 753565/MS.**

<sup>66</sup> No mesmo sentido: RE 398722/SP; RE 377957/SP; RE 411332; RE 402024; AI 410646 AgR; RE 411518; RE 352686/SP; dentre outros. A respeito, cabe menção ao julgado do STF no **RE-AgR 465066/SP**: “Constitucional. Recurso Extraordinário. Matrícula de Criança de zero a seis anos de idade em creche e pré-escolas municipais. Fundamentos infraconstitucional e constitucional. Súmula 283 do STF. I - O acórdão recorrido determinou a matrícula de criança em creche municipal com apoio em fundamentos constitucionais (art. 211, § 2º, da CF) e infraconstitucional (art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Manutenção do fundamento infraconstitucional. Incidência da Súmula 283 do STF. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (RE-AgR 465066/SP, **Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 13/12/2006, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJ 16-02-2007).** No mesmo sentido: **RE-AgR 431916 / SP.**

<sup>67</sup> Resp 575280/SP. No mesmo sentido, destaca-se o Resp 503028, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para pleitear vaga em creche. **Destacam-se também os julgados do STJ no REsp 510598/SP e REsp 753565/MS, fundamentados na Constituição Federal e nos artigos 54 e 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

---

### 6.2.2. Casos relativos à matrícula em instituições de ensino superior e à cobrança de mensalidades escolares

Há ainda um significativo universo de casos relativos à matrícula em Universidades e à cobrança de mensalidades escolares. A tendência majoritária das decisões, em se tratando de estudantes inadimplentes do ensino superior, tem sido no sentido de que não se pode condicionar a renovação de matrícula ao pagamento de mensalidade atrasada, restando consagrado o direito à renovação de matrícula<sup>68</sup>.

Somam-se, também, diversos julgados sobre o tema da transferência de ofício de agente público e matrícula em Universidade, bem como a matrícula de seus dependentes no ensino fundamental. Quanto ao direito à matrícula em Universidade, decorrente de transferência de servidor público civil ou militar por interesse da Administração, destacam-se dois entendimentos distintos:

a) os servidores públicos e seus dependentes têm direito à matrícula em instituição de ensino do local de destino, observado o requisito da congeneridade em relação à instituição de origem<sup>69</sup> STJ, Resp 732727/PE; AG Resp 626989/RS; AG RespSP 529352/PR; Resp 710382/RJ; Resp 707944/RN; Resp 689608; AgRg no Resp 621555; Resp 732727; AGRESP 621555 RJ; Resp 667639 RJ; **REsp 864083/DF**; **REsp 642034/RJ**; **REsp 665836/RJ**; **REsp 864083/DF**; **REsp 642034/RJ**; REsp 665836 / RJ; **REsp 952432/RS**; **REsp 957308/SE**; **REsp 936282/MG**; **REsp 890385/RJ**; **REsp 799380/RN**; **REsp 779369/PB**; **REsp 888919/PR**; **REsp 667711/PE**; **REsp 838014/PR**; **AgRg no REsp 782878/RJ**; **REsp 845419/RJ**; **REsp 835959/MT**; **REsp 779369/PB**; **REsp 814562/RS**; **REsp 717253/RS**; **REsp 380434/PR**; **REsp 371458/DF**; AgRg no REsp 647405 / RJ; REsp 791335 / DF; REsp 790550 / DF; REsp 241525 / PE; REsp 273439 / MG, REsp 266501 / CE.; e

<sup>68</sup> Ver decisões do STJ, RESP 611394/RN; Resp 311394; Resp 365771; Resp 384491; AgRg Resp 491202; REsp 712313/DF; e REsp 725955/SP.

<sup>69</sup> STJ, Resp 732727/PE; AG Resp 626989/RS; AG RespSP 529352/PR; Resp 710382/RJ; Resp 707944/RN; Resp 689608; AgRg no Resp 621555; Resp 732727; AGRESP 621555 RJ; Resp 667639 RJ; **REsp 864083/DF**; **REsp 642034/RJ**; **REsp 665836/RJ**; **REsp 864083/DF**; **REsp 642034/RJ**; REsp 665836 / RJ; **REsp 952432/RS**; **REsp 957308/SE**; **REsp 936282/MG**; **REsp 890385/RJ**; **REsp 799380/RN**; **REsp 779369/PB**; **REsp 888919/PR**; **REsp 667711/PE**; **REsp 838014/PR**; **AgRg no REsp 782878/RJ**; **REsp 845419/RJ**; **REsp 835959/MT**; **REsp 779369/PB**; **REsp 814562/RS**; **REsp 717253/RS**; **REsp 380434/PR**; **REsp 371458/DF**; AgRg no REsp 647405 / RJ; REsp 791335 / DF; REsp 790550 / DF; REsp 241525 / PE; REsp 273439 / MG, REsp 266501 / CE.

b) os servidores públicos e seus dependentes têm direito à matrícula em estabelecimento superior em seu novo domicílio, em qualquer época do ano, e em qualquer instituição de ensino, público ou privado, não importando se a universidade de origem for um estabelecimento particular<sup>70</sup>. Há decisões restritivas que entendem que os dependentes de servidor público removido de ofício não têm direito à matrícula em instituição de ensino fundamental público<sup>71</sup>. Há ainda decisões que entendem que, se o vínculo com a Administração não for permanente (mas transitório), o dependente não tem direito à transferência<sup>72</sup>, diversamente de decisões que, apesar da falta de previsão legal, objetivando evitar prejuízo ou retrocesso à situação do educando, mantêm a transferência da matrícula na hipótese de cargo em comissão<sup>73</sup>.

No mesmo sentido das decisões sobre o direito à saúde, é pacífica a jurisprudência do STJ quanto à legitimidade do Ministério Público para a defesa de direito individual e indisponível nos casos que envolvem o direito à educação<sup>74</sup>.

### **6.3. Justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Brasileiras: Desafios e Perspectivas**

Considerando os casos relativos à justiciabilidade dos direitos à saúde e à educação nas Cortes superiores brasileiras, conclui-se ainda ser reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais e econômicos. Observa-se também que as demandas judiciais são em sua vasta maioria de cunho individual e não coletivo.

Quanto ao direito à saúde, as decisões judiciais proferidas asseguram o direito à saúde como uma prerrogativa constitucional inalienável e indisponível, decorrente do direito à vida. A este direito as decisões correlacionam o dever do Estado de formular e implementar políticas que

---

<sup>70</sup> STJ, AERESP 391048 DF; AGA 426484 DF ; Resp 602820 PE ; Resp 611073 RN; Resp 436163 DF; EResp 388942 DF; Resp 550287 RN; Resp 643746/RJ; AGRESP 538080 RJ; RESP 433777 PE; RESP 600365 RJ, dentre outros.

<sup>71</sup> STJ, RESP 648180 RJ; RESP 487795 RJ

<sup>72</sup> STJ, Resp 363986 MG; Resp 548246 PB; MC 1500 RN.

<sup>73</sup> STJ, ERESP 143991/RN; ERESP 239402/RN; ERESP 109721/PR; RESP 553661/RN; AGA 515497/RJ; RESP 267626/DF; RESP 316727/PR; RESP 143992/RN; RESP 155052/RN; RESP 142438/CE )

<sup>74</sup> STJ, EResp 485969/SP, REsp 736524/SP, REsp 574875/SP, REsp 782196.

---

visem a garantir a todos, inclusive aos portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Ao efetuar a ponderação de bens envolvidos, as decisões tecem expressa opção pelo respeito à vida, como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição, em detrimento de interesse financeiro e secundário do Estado. O objetivo é assegurar o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar a(o) enfermo(a) maior dignidade e menor sofrimento.

Neste sentido, há uma tendência jurisprudencial que rompe com uma visão formalista e procedimental do direito, em prol da relevância do direito a vida.

No tocante à especificação do sujeito de direito, surge o recorte de classe para autorizar o tratamento diferenciado, permitindo internação hospitalar na modalidade “diferença de classe”, mediante o pagamento da diferença pelo paciente. Todavia, é o recorte geracional que se faz mais expresso e corrente, mediante decisões judiciais que ressaltam a absoluta prioridade da criança e do adolescente na efetivação do direito à saúde, assegurando-lhes a internação e o tratamento diferenciado para criança e adolescentes no sistema único de saúde.

**Embora a tendência majoritária das decisões seja no sentido de efetivar a proteção constitucional do direito à saúde, há uma tendência minoritária que, com fundamento em uma ótica liberal clássica e na cláusula da separação dos poderes, afasta a justiciabilidade do direito à saúde. O argumento central é que não cabe ao Poder Judiciário controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração para atender demanda da população na área da saúde, sob justificativa da ofensa ao princípio da separação de poderes, bem como da ofensa a critérios de dotação orçamentária, com base ainda no princípio da “reserva do possível”.**

Não sob a ótica de direitos (*human rights approach*), mas sob a ótica das relações de consumo, vislumbra-se um universo significativo de decisões a respeito do alcance e da cobertura de seguros em planos privados de saúde, com base no Código de Defesa do Consumidor. A tendência jurisprudencial predominante é afastar cláusulas abusivas de contratos de seguro-saúde, que negam tratamento de moléstias infecto-contagiosas, como é o caso da AIDS. Estas decisões se inspiram no princípio da interpretação favorável ao consumidor, tendo em vista a relação assimétrica entre o consumidor e o fornecedor.

Portanto, no âmbito do direito à saúde, percebe-se que a

---

jurisprudência oscila, por um lado, a assegurar o acesso à saúde, mediante o fornecimento de medicamentos, como um direito constitucional inviolável, e, por outro, a tratar a saúde como uma relação de consumo, entre consumidor e fornecedor, merecendo o primeiro, como parte vulnerável, maior proteção jurídica. Não se discute a qualidade dos serviços de saúde prestados, mas, sobretudo, o acesso a estes serviços, seu alcance e sua cobertura.

As demandas são, sobretudo, individuais. Importa realçar, especialmente no caso das demandas individuais a respeito de fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV, que esta foi, inclusive, uma estratégia de litigância. Isto é, optou-se por demandas individuais em detrimento de demandas coletivas, sob o risco das últimas serem afastadas pelo Poder Judiciário, ainda com elas pouco familiarizado, temendo, inclusive, o amplo impacto social de uma decisão de alcance coletivo. Os ganhos judiciais individuais é que propiciaram a resposta legislativa universal, mediante a adoção de lei que determinou o fornecimento obrigatório e gratuito de medicamentos a todos portadores do vírus HIV. Isto é, em razão da larga jurisprudência que condenava o Poder Público a oferecer gratuitamente medicamentos às pessoas portadoras do vírus HIV, foi aprovada a Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, cabendo ao Sistema Único de Saúde fornecer toda medicação necessária a seu tratamento.

Considerando a urgência das questões que envolviam a epidemia de AIDS, o movimento de defesa dos direitos das pessoas portadoras do vírus HIV privilegiou a judicialização das reivindicações, sustentando a auto-aplicabilidade dos dispositivos constitucionais e a atuação junto ao Poder Executivo, através da participação em vários projetos, conselhos e comissões, o que vem permitindo uma extensa regulamentação sobre o tema no âmbito do Sistema Único de Saúde, através de Portarias Ministeriais e Inter-Ministeriais<sup>75</sup>. À elaboração legislativa conjuga-se a adoção de políticas públicas consideradas, atualmente, exemplares no tratamento da Aids<sup>76</sup>, compreendendo o protagonismo do Brasil na esfera internacional, com

<sup>75</sup> A consolidação dessas normas encontra-se na publicação do Ministério da Saúde – Secretaria de Políticas de Saúde – Coordenação Nacional de DST e AIDS, organizada por Miriam Ventura, *Legislação sobre DST e AIDS no Brasil*, 2.ª edição, outubro/2000.

<sup>76</sup> Varun Gauri, ao focar o impacto da Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996, aponta: “Partly as a result, in major Brazilian cities AIDS deaths have dropped sharply, falling over 40% during 1997-02”. (op.cit. p. 465).

destaque à iniciativa no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU de propor uma resolução, ao final aprovada, considerando o acesso a medicamentos para a Aids, malária e tuberculose como um direito humano fundamental, o que acabou por contribuir para o pleito da quebra de patentes da produção de medicamentos para a Aids, no âmbito da Organização Mundial do Comércio<sup>77</sup> Em 24 de junho de 2005, o Governo brasileiro anunciou que quebrará a patente do medicamento Kaletra, do laboratório norte-americano Abbott, usado no tratamento de portadores do vírus da Aids. (Governo dá dez dias para quebrar patente, *Folha de São Paulo*, 25 de junho de 2005, p.C1; Costa assume Unaid e reforça pressão por quebra de patentes, *O Estado de São Paulo*, 28 de junho de 2005, p. A18). Quanto ao direito à educação, tal como ocorre com o direito à saúde, de um lado há decisões judiciais que asseguram a efetivação do direito ao ensino fundamental. Uma vez mais, a este direito constitucional correlaciona-se o dever do Estado relativamente à educação, de forma a garantir, por exemplo, o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. Tal como apontam decisões na área da saúde, as decisões afetas ao direito à educação realçam a importância de conferir observância irrestrita aos ditames constitucionais, não cabendo afastá-los sob o argumento de insuficiência orçamentária.

Por outro lado, tal como ocorre no campo da saúde, há um universo de demandas fundamentadas não sob a ótica dos direitos (*human rights approach*), mas sob a ótica das relações de consumo. Neste sentido, destacam-se os casos relativos à matrícula em Universidades e à cobrança de mensalidades escolares. Reitere-se que a tendência majoritária das decisões, em se tratando de estudantes inadimplentes do ensino superior, tem sido no sentido de que não se pode condicionar a renovação de matrícula ao pagamento de mensalidade atrasada, restando consagrado o direito à renovação de matrícula. Novamente, confere-se maior proteção jurídica à parte mais vulnerável de uma relação vista como de consumo.

No âmbito do direito à educação também constatam-se demandas de natureza individual e não coletiva. Não se discute a qualidade da educação prestada, mas, sobretudo, o acesso à educação e seu alcance.

---

<sup>77</sup> Em 24 de junho de 2005, o Governo brasileiro anunciou que quebrará a patente do medicamento Kaletra, do laboratório norte-americano Abbott, usado no tratamento de portadores do vírus da Aids. (Governo dá dez dias para quebrar patente, *Folha de São Paulo*, 25 de junho de 2005, p.C1; Costa assume Unaid e reforça pressão por quebra de patentes, *O Estado de São Paulo*, 28 de junho de 2005, p. A18)

---

As decisões judiciais estudadas, seja na área da saúde ou da educação, não mencionam os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, nem tampouco as observações gerais dos Comitês da ONU. O silêncio quanto à incorporação dos parâmetros protetivos mínimos da ordem internacional revela tanto o desconhecimento do Poder Judiciário a respeito da matéria e sua vocação refratária ao Direito Internacional, como também a não utilização de tais instrumentos internacionais de direitos humanos pelos próprios litigantes.

O incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para demandas envolvendo a tutela dos direitos sociais e econômicos, revela a apropriação ainda tímida pela sociedade civil dos direitos econômicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos legais, acionáveis e justiciáveis. Como aludem Asbjorn Eide e Allan Rosas: “Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. (...) As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos”.<sup>78</sup> No Brasil apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a Justiça estatal<sup>79</sup>, existindo uma clara relação entre índice de desenvolvimento humano e litigância, ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano<sup>80</sup>.

O incipiente grau de provocação do Poder Judiciário para

<sup>78</sup> Asbjorn Eide e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*. In: Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p.17-18. Para 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”. (Paul Farmer, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003, p.212).

<sup>79</sup> Como explica Maria Teresa Sadek, “as razões para isso são inúmeras, indo desde a descrença na lei e nas instituições até a banalização da violência. (...) Por outro lado, ainda que em menor grau que no passado, é baixa a conscientização da população tanto sobre seus direitos, como sobre os canais institucionais disponíveis para a solução de seus litígios”. Maria Teresa Sadek (org), *Acesso à Justiça*, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2001, p. 7.

<sup>80</sup> Para Maria Tereza Sadek, “No que se refere às regiões, o IDH permite afirmar que o Nordeste

demandas envolvendo a tutela dos sociais e econômicos no Brasil reflete ainda um “estranhamento recíproco” entre a população e o Poder Judiciário, tendo em vista que ambos apontam o distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional. De acordo com pesquisa realizada pela IUPERJ/ABM, 79,5% dos juízes entendem que uma dificuldade do Judiciário considerada essencial está radicada no fato dele se encontrar distante da maioria da população. No mesmo sentido, pesquisas conduzidas não apenas no Brasil, mas na Argentina, Peru e Equador, evidenciam que 55% a 75% da população apontam para o problema da inacessibilidade do Judiciário<sup>81</sup>.

Este “estranhamento recíproco” tem implicado em um reduzido universo de demandas submetidas ao Poder Judiciário a respeito dos direitos humanos. Para a formação de uma jurisprudência protetora dos direitos humanos, bem como para a consolidação do Poder Judiciário como um “locus” de afirmação de direitos, é fundamental que a sociedade civil, mediante suas múltiplas organizações e movimentos, acione de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o potencial emancipatório e transformador que o direito pode ter. Só assim haverá um Judiciário mais aberto, próximo e com maior responsabilidade social e política. Só assim haverá maior transparência e accountability dos deveres do Estado no tocante à implementação dos direitos à saúde e à educação<sup>82</sup>.

---

e o Norte reúnem os mais baixos indicadores socioeconômicos do país, durante todo o período. Em contraste, o Sul, o Sudeste e o Centro-Oeste apresentam as melhores condições no que diz respeito às dimensões captadas pelo IDH. É notável como quanto mais alto é o IDH, melhor é a relação entre processos entrados e população. Ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano”. Maria Tereza Sadek, Fernão Dias de Lima e José Renato de Campos Araújo, O Judiciário e a Prestação da Justiça, In: Maria Teresa Sadek (org), Acesso à Justiça, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2001, p.20-21.

<sup>81</sup> Ver Alejandro M. Garro, Access to Justice for the poor in Latin America, In: Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro (orgs), *The (Un)rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1999, p.293. Ver também Flavia Piovesan, A Litigância de Direitos Humanos no Brasil: Desafios e Perspectivas no uso dos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção, In: Flavia Piovesan, *Temas de Direitos Humanos*, 2ª ed., 2003, p.410.

<sup>82</sup> Para Varun Gauri: “From the perspective of social rights, participation, empowerment, transparency, and accountability in service delivery are important for ensuring health care and education quality.” (Varun Gauri, op.cit. p.470)

---

## 7. Conclusão

Ao focar a proteção e a justiciabilidade dos direitos sociais nos planos global, regional e local, este estudo permitiu avaliar o processo de construção dos direitos humanos, culminando na concepção contemporânea destes direitos, que afirma a visão integral a compor direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais. Sob esta perspectiva integral, identificam-se dois impactos: a) a inter-relação e interdependência das diversas categorias de direitos humanos; e b) a paridade em grau de relevância de direitos sociais e de direitos civis e políticos.

Aplica-se, pois, aos direitos sociais o regime jurídico dos direitos humanos, com sua lógica e principiologia próprias. A adequada hermenêutica dos direitos sociais requer princípios específicos atinentes a estes direitos e princípios gerais aplicáveis aos direitos humanos. Dentre os princípios relacionados aos direitos sociais, destacam-se: a) o princípio da observância do *minimum core obligation*; b) o princípio da aplicação progressiva; do qual decorre o princípio da proibição do retrocesso social; c) o princípio da inversão do ônus da prova; e d) os deveres dos Estados em matéria de direitos sociais. A esta principiologia específica conjuga-se a principiologia geral afeta aos direitos humanos, a contemplar os princípios da interpretação teleológica, efetiva, dinâmica e evolutiva, bem como o princípio da proporcionalidade.

No que se refere ao aparato protetivo dos direitos sociais, destacam-se, no plano global, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, no plano regional, o Protocolo de San Salvador. Ambos enfretam o desafio de assegurar uma maior e mais efetiva garantia aos direitos sociais, no marco de sua justiciabilidade. Reitere-se que o Pacto apenas estabelece o sistema de relatórios, enquanto que o Protocolo somente prevê o sistema de petição para os direitos à educação e à liberdade sindical. A fragilidade e a debilidade destes mecanismos de monitoramento impactam desfavoravelmente a justiciabilidade dos direitos sociais no âmbito interno. Neste contexto, é fundamental endossar que os direitos sociais são exigíveis, acionáveis e justiciáveis, demandando um instrumento adequado e efetivo para a sua proteção. Também essencial é avançar no princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais que, em momento algum, pode significar não aplicação, extraíndo-se maximamente seus efeitos. Em direção similar, no âmbito interno, há que se afastar a equivocada idéia de normas sociais programáticas destituídas de qualquer eficácia.

No tocante à justiciabilidade dos direitos sociais na

experiência brasileira, ainda que incipiente, tem sido capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário. Assinala-se, como caso emblemático, as decisões judiciais acerca do fornecimento gratuito de medicamentos, que, somadas a articuladas e competentes estratégias de litigância, fomentaram transformações legislativas e a adoção de políticas públicas consideradas exemplares na área.

É necessário, contudo, avançar em estratégias de litigância, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos<sup>83</sup>, por meio do empowerment da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo. Há que se reinventar a relação com o Poder Judiciário, ampliando seus interlocutores e alargando o universo de demandas, para converter este Poder em um “locus” de afirmação de direitos.

Há que se fortalecer a perspectiva integral dos direitos humanos, que tem nos direitos sociais uma dimensão vital e inalienável, aprimorando os mecanismos de sua proteção e justiciabilidade, dignificando, assim, a racionalidade emancipatória dos direitos sociais como direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

---

<sup>83</sup> Note-se que, 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. Para 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 a negação da liberdade social e política.” (Amartya Sen, *Development as Freedom*, Alfred A. Knopf, New York, 1999, p.08).

---

## *Ari Marcelo Solon*

### SISTEMA E ORDENAMENTO JURÍDICO: ORIGENS DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO NO DIREITO

“(…) bleibt (...) die Sokratik eine Äußerung des gegen alle künstlerische Form ganz indifferenten verlangens nach sachlichem Wissen, die Sophistik aber eine Verkörperung des gegen den sachlichen Gehalt ganz gleichgültigen Triebes zu gedanklicher Virtuosität und sprachlicher Vollendung.”<sup>1</sup>

A quase unanimidade dos juristas que se propõem a pensar a idéia de sistema jurídico (bem como de ordenamento) tem apontado as origens dessa noção em momento recente da história, já no âmago da modernidade. A leitura aqui pretendida é algo de diversa.

O ímpeto de sistematização, já verificável na passagem filosófica do *caos* ao *cosmos* (à ordem), encontra manifestações no pensamento jurídico em momentos bem mais recuados que aquele do *iluminismo* e das codificações. Talvez não seja possível apontar a manifestação primeira da idéia de sistema no pensamento jurídico, entretanto, vale olhar por sobre os ombros, a fim de perceber sua remota ancestralidade.

A ciência jurídica surge em Roma e não na Grécia. Alguns fatores, característicos da forma romana de compreender o direito, auxiliam no entendimento dos porquês confirmadores do acerto dessa constatação. São eles o a) isolamento; b) a abstração; c) a simplicidade e d) o formalismo.<sup>2</sup>

#### a) ISOLAMENTO

A história da civilização romana, marcada, originariamente, por elementos de magia e misticismo, paradoxalmente revela ter sido uma obra humana aquele que foi considerado o primeiro

<sup>1</sup> GOMPERZ, Heinrich. *Sophistik und Rhetorik*. Elibron Classics, 2005.

<sup>2</sup> A esse respeito, segue-se com fidelidade a lição de SCHULZ, Fritz. *Prinzipien des römischen Rechts*. Berlim: Duncker & Humblot, 2003.

monumento jurídico de Roma: a lei das XII tábuas (453 a.C.) – não se trata, portanto, de uma deusa, mas de um documento legislativo. Eram ali tratadas questões morais, costumeiras e religiosas, mas preponderantemente se tratava de matéria jurídica.

Havia também, em momento bastante recuado da história, separação de funções: os *censores* cuidavam da *moral*; os *pontífices* da *religião* e aos *pretores* cabia o cuidado com o direito.

O *ius romano* pôde elevar o caráter humano do direito privado à sua forma mais altiva. Os romanos desenvolveram um método propriamente jurídico: *separação* e análise. Não se preocuparam em fazer filosofia do direito. Criaram ciência.

Cícero (106 a.C.-43 a.C.), orador e não jurista, criticava o direito genuinamente romano. Exigia-lhe *sistematização*, reclamando da ausência de ordem no tratamento das matérias pelos jurisconsultos de Roma.<sup>3</sup>

## b) ABSTRAÇÃO

O direito romano era infenso às definições abstratas. Classifica pelo exterior. Isso fica claro no processo romano (fala-se aqui de modo geral, embora seja sabido que não se pode tratar as instituições romanas de forma unitária, vez que alterações inúmeras tiveram lugar no curso da história milenar desse povo que deu luz à ciência do direito).

Os romanos souberam decompor o direito nos seus elementos primordiais. O conhecimento jurídico se apresentava como arte de decidir/separar ([Ent]scheidungskunst). Tudo era feito com abstração das relações fundantes da juridicidade: economia e política não interessavam aos juristas enquanto cultores do conhecimento acerca do direito.

O direito romano separa a *actio* (ação processual) dos direitos. Pode-se dizer, caricaturalmente, ser um **sistema** de *actiones*. Assim, por exemplo, o direito real e o direito obrigacional surgem sob a experiência casuística da *actio* e não a partir de abstrações filosóficas.

Aos romanos, as definições (*regulae*) apareciam como perigosas.

---

<sup>3</sup> *Jurisconsulti... quod positum in una cognitione est, id in infinita dispersiuntur* (Cícero. *Leg.* II, c, 19).

### c) SIMPLICIDADE

Um mesmo instituto de direito romano se prestava a diferentes funções (plasticidade). Não havia, dentre os romanos, conceito de direito subjetivo, reflexo da moderna pretensão jurídica (*Anspruch* de Windscheid).

IHERING (1818-1892) ensinara que o povo romano não era o povo da *lex*, mas sim do *jus*, do direito. Tudo o que SAVIGNY (1779-1861) diz a respeito do século XIX, em *A vocação de nosso tempo para a legislação e jurisprudência*, é falso. O século em que viveu não tinha vocação nenhuma para a ciência do direito. É um século de codificações. Entretanto, suas lições espelham com clareza cristalina a *vivência jurídica dentre os romanos*.

Sorte do direito romano ter sido avesso à legiferação e ao discurso inflamado de Platão, numa recaída legalista, no diálogo das Leis. O direito romano baseava-se na imitação e repetição cotidiana dos costumes ancestrais.

Ainda assim, pode-se dizer, houve conhecimento jurídico. Os romanos inventaram a *culpa*, desconhecida entre os povos antigos, que apenas trabalhavam com responsabilidade objetiva.

Enquanto os romanos isolaram o direito, os gregos não intentaram separar a divina *Themis* do universo jurídico. Ainda que os romanos não tenham sido dados às abstrações, foram teóricos do direito (embora não tenham sido filósofos, desenvolveram um saber casuístico). Não se pode, portanto, afirmar que o direito romano era puramente prático. Havia teoria.

Os germes da ciência do direito surgem no foro: no *battlefield of action*.

A separação do conhecimento jurídico era facilitada pela permanência do direito nas mãos dos homens públicos: pontífices e sacerdotes, profundamente imbuídos na religião, procuraram separar o sagrado e o profano.

Um jurista da Escola dos pontífices, Gnaeus Flavius, publicou as fontes do *ius*, emancipando-o do *fas* (por volta de 304 a.C.). Foi o responsável pela definitiva laicização do direito romano. Veja-se, depois, a Tripertita de Aelius.

Os juristas romanos separaram o direito privado e o pensaram internamente, a partir de método próprio. Os filósofos gregos, por sua vez, eram alheios à prática jurídica. Fala-se na superioridade da vida contemplativa – do *bios teórico*.

Os romanos afastavam a *crítica jurídica*: quaisquer considerações sobre as relações político-econômicas eram deixadas de fora.

Cícero exerceu influências nefastas sobre o saber jurídico romano: quis importar modelos gregos e envolver o *caos* romano sistematicamente. Surgirá, então, uma ciência jurídica romana nos últimos anos da República. Vence Cícero na disputa contra o conhecimento jurídico autenticamente romano: singelo e assistemático.

Os juristas romanos durante muito tempo haviam rejeitado a *Paidéia* grega. O direito se fazia como arte rude e primitiva. A autêntica jurisprudência romana tem muito de irracional. Ensinava-se o direito pela *auctoritas*: pelo exemplo da tradição.

Nos últimos séculos da República, no entanto, a filosofia e a retórica grega penetram largamente em Roma, desenvolvendo-se uma tendência à abstração.

Cícero desejava um direito conceitual, estruturado a partir de definições (*regulae*). Com sua vitória perante o conhecimento casuístico, ganha espaço o afazer sistematizador.

**O direito romano decadente, portanto, é que é sistemático. Aí, na vitória de Cícero, é que começa o sistema.**

A ciência do direito é uma criação romana, mas, nesse momento, mistura-se com a *Paidéia grega*, granjeando *status* de sistematicidade. Em verdade, a maneira romana de estudar direito só foi possível por conta da influência grega, isto é, do projeto científico helenístico.

Até então, vivenciava-se, na plenitude, uma vida pública. Não precisavam, os romanos, de ciência do direito. Viviam o direito pelo direito. Nada de sistema ou de ordenamento.

Didaticamente, é possível assinalar três grandes tentativas de sistematização do direito, em que se percebe nitidamente a presença da idéia de sistema no imaginário dos juristas: um *primeiro*, que acaba de ser dissecado, o da sistematização tardia do direito romano; *em seguida*, quando do renascimento do direito romano, na Idade Média, por volta do século XI, entre os glosadores da Escola de Bolonha e, *finalmente*, de forma avassaladora, sob os influxos do método cartesiano e do racionalismo extremado, quando da vaga jusnaturalista que adentra o século XIX e repercute no movimento codificador.

Já se disse que o conhecimento jurídico romano antigo era avesso à sistematização. Roma venceu a batalha militar, mas foi

---

derrotada no que diz respeito à ciência: a sistematização grega preponderou. Elaboraram-se *regulae iuris*.

O direito romano permaneceu vivo até o século XIX, justamente pelo seu caráter autenticamente anárquico. Metodicamente, ainda quando se tentou sistematizá-lo, consubstanciou-se como *sistema aberto*.

Foi “a importação do método dialético que transformou o conhecimento jurídico romano em uma ciência do direito sistemática.” Os gregos idolatravam a dialética, mas para a jurisprudência romana, este era o fogo de Prometeu: altamente destrutivo.

O imperador Adriano, em 130, encomendou um Edito Perpétuo, junto a Sálvio e Juliano. Codifica, portanto, os editos e força a sistematização.<sup>4</sup>

O primeiro tratado de direito privado romano é de *Mucius Scaevola*, tendo aparecido por volta do ano 100 a.C.<sup>5</sup>

Numa fase mais tardia, o Imperador passa a dirigir o direito. Labeo<sup>6</sup> é exemplo de jurista que se insurgiu face aos desmandos

<sup>4</sup> “Aus einer bloßen Kenntnis vom Rechte begann eine Wissenschaft vom Recht hervorzugehen.” SOHM, Rudolf. *Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechts*. 17 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1949, p. 92.

<sup>5</sup> “Die systematischen Bestrebungen beginnen wiederum mit Q. Mucius; sein ius civile ist die erste systematische Darstellung des Zivilrechts. Gegenüber systemlosen Gutachten – und Fallsammlungen war dieses Werk sicherlich ein großer Fortschritt, ein System aber, wie wir es fordern, bei dem bestimmte Grundbegriffe und Grundeinteilungen dem einzelnen seinen Platz zuweisen, ist es doch nur zu einem Teil. (...) Auch innerhalb der Fächer seines Systems hat Q. Mucius eine systematische Darstellung erstrebt, indem er genera der Rechtserscheinungen aufstellte, genera der tutela, der possessio usw. Die Späteren haben diese Arbeit fortgesetzt. Diese Distinktionen – den es handelt sich in der Tat um Vorläufer der Bologneser Distinktionenliteratur – haben wenigstens zum Teil die Darstellung beeinflusst; (...)” SCHULZ, Fritz. *Prinzipien des römischen Rechts*, p. 36-38.

<sup>6</sup> Marcus Antistius Labeo foi o mais eminente jurista romano e talvez o mais inovador de toda a história da jurisprudência. Terá nascido antes de 50 a.C. e falecido entre 10 e 22 d.C. Segundo Pompônio, Labeo, que era versado não só na jurisprudência mas também em outras áreas do saber, graças à qualidade da sua imaginação criadora e à segurança da sua doutrina, começou a inovar em muitas soluções jurídicas, ao passo que o outro jurista mais famoso dessa época, Ateius Capito, preferia ater-se antes às soluções tradicionais. Este acusava Labeo de proclamar as liberdades do homem de uma forma excessiva e insensata. Sabe-se que Labeo, mesmo já depois de Augusto ser normalmente designado princeps (príncipe, ou seja, primeiro cidadão) só considerava válido o direito que tinha sido constituído e sancionado nos tempos anteriores da república. Sabe-se enfim que Labeo chegou a ser pretor; mas, de acordo com o historiador Tácito, recusou o cargo de cônsul que Augusto lhe quis oferecer depois de em 5 d.C. haver atribuído idêntica dignidade a

imperiais. Os gregos não enalteciam pessoas. Cultuavam divindades. Sócrates, no Banquete, foi o primeiro ser humano enobrecido por seus pares. Já Octavius declarou a si mesmo Augustus (divino).

O conhecimento jurídico romano alcança o seu ápice na República exatamente por ter sido independente do poder estatal. Na decadência, o direito romano vai, aos poucos, se transformando num conjunto de textos canônicos. Antes disso, no entanto, edita-se a Lei das Citações (426 a.C.), instituindo-se verdadeiro Tribunal dos Mortos.<sup>7</sup> Deus, certo modo, será o autor implícito nas linhas do *Corpus Iuris Civilis* que Justiniano encarrega Triboniano de redigir e organizar. Aquilo que originara um conhecimento distintamente jurídico, na Roma Antiga, isto é, a separação entre *ius e fas*, perde todo o seu sentido.

Na Idade Média, tem-se o Renascimento do Direito Romano. Verifica-se aí uma segunda onda de sistematização. Têm lugar, nesse momento, as glosas explicativas dos textos romanos, a partir do método exegético. Exatamente nisso reside a novidade do século XI (1050): na autoridade dos textos – o direito romano passa a ser pensado como *ratio scripta*.

Instaura-se, no medievo, racionalidade distinta daquela que irrigará a modernidade. Desenvolve-se racionalidade não enclausurável no estritamente racional, embebida em fontes não terrenas, cuja compreensão pode ser alcançada mediante ingresso em uma dessas catedrais góticas que ainda hoje se mantêm erguidas. A *arquitectura gótica* guarda alguma relação com o pensamento escolástico. Basta pensar na racionalidade das linhas. Quando numa catedral se adentra, é-se tomado por sensação cósmica de projeção no infinito. Há extravasamento de espírito. A catedral gótica, de fato, visa à totalidade e tende à síntese.

Com Graciano e seu *decretum* (1140), o direito se converte numa qualidade eclesiástica. Revive-se, certo modo, o espírito dos romanos. Pode-se considerar o *corpus iuris canonici* como marco da fundação de ciência canônica.

Logo adiante, Bártolo (1313-1357) e Baldo, chamados pós-

---

Capito — e que este último, claro está, se apressara a aceitar. Tácito põe em contraste a reputação adquirida por Labeo com a sua incorrupta libertas, e a honra obtida por Capito “na aversão de todos”, com o seu obsequium dominantibus, isto é, os favores prestados ao poder.

<sup>7</sup> MOREIRAALVES, José Carlos. *Direito Romano*. v. I. 11 ed. revisada e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 44.

---

glosadores, fizeram uma tentativa de concretização do direito.<sup>8</sup> No entanto, desde tempos imemoriais há aqueles para quem direito é *norma* (and nothing else!). Assim, houve grande hostilização às tentativas dos práticos medievais, alcunhados como *epígonos*.

Os glosadores haviam antecipado o moderno método da jurisprudência dos conceitos: davam mais importância à lógica e ao método dedutivo do direito, que tem registrado aí o seu nascimento (os romanos não operavam mediante deduções).

Com os pós-glosadores, a fusão do direito romano com o local faz despertar a ciência do direito para a *práxis*.

É possível identificar nessas passagens um movimento pendular: na França, a Escola Culta propugnará retorno ao direito justiniano puro mediante recurso aos métodos de filologia. Afasta-se a ciência jurídica da prática, mais uma vez. Esse movimento encontra eco na Holanda, com a chamada Escola Elegante.

Na Alemanha, um pouco adiante, verifica-se o surgimento do *usus modernus pandectarum*, em que se percebe, novamente, tentativa de adequação do direito romano às necessidades de diverso momento histórico.

GRÓCIO e os jusnaturalistas defendiam a necessidade de uma nova legislação que rompesse com o passado. Estava lançada a semente do movimento codificador. É com Grócio que se abre o caminho para a renovação do direito positivo a partir do direito natural.<sup>9</sup>

A crença no *direito natural* predomina até SAVIGNY, quando se dá reação contrária ao iluminismo. Passa-se a buscar pelo *verdadeiro* direito romano. A volta à história será a grande contribuição de Savigny, bem como seu mérito mais destacável.

<sup>8</sup> Ainda hoje, permanece abismo entre ciência filosófica do direito e ciência técnica, o que permitiria afirmar com KOSCHAKER que “todos os juristas são bartolistas.” KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. Munique e Berlim: Verlag C. H. Beck, 1953, p. 104.

<sup>9</sup> “Contudo, a partir do próprio Grócio não existia ainda nenhuma via directa para a renovação metodológica da sistemática da ciência jurídica positiva no espírito do jusnaturalismo. As novas intenções do seu direito das gentes já tinham, por certo, estoirado com muitas das convenções da teologia moral e da filosofia escolástica. Mas a relação desta nova ética com as disciplinas tradicionais não tinha ainda sido definitiva de novo e os próprios princípios do direito natural não tinham ainda sido ordenados num sistema de premissas e de conclusões não contraditórias. Foram estas as duas tarefas realizadas pela segunda fase, matemática ou sistemática, do jusracionalismo, baseada no método naturalista e gnoseológico de Galileu e de Descartes.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*, p. 340.

O grande embate que se estabelece é o de saber se direito autêntico é o da razão ou o da tradição. Por meio de investigação histórica Savigny quer recobrar o direito da Antigüidade.

No entanto, antes da Escola Histórica, de que foi o fundador, Savigny encontrava-se na corda bamba. O rechaço posterior da filosofia do direito pelo fator do *Völkgeist* choca-se, então, com seu originário entendimento de que o direito só poderia ser sistemático quando filosófico e que, portanto, a ciência jurídica deveria ser, a um só tempo, integralmente histórica e filosófica.<sup>10</sup> O jovem Savigny sabia não ser possível separar direito histórico e direito filosófico. Percebia que mesmo o direito histórico manifestava alguma racionalidade própria.

Na fundação da Escola Histórica, Savigny, como ministro da reação prussiana, contrário a Hegel, assume a posição de um reacionário político. Como tinha de reagir às codificações e a Napoleão, dedica-se ao refinamento da hermenêutica. Não à toa, até hoje não se conseguiu superar suas lições interpretativas contidas no *Sistema de Direito Romano Atual* (1806). A luta de Savigny é uma luta contra a idéia de sistema, que na crista da onda jusnaturalista arrebentava na praia do pensamento jurídico.

O sistema é prejudicial ao direito; nefasto.

O sistema greco-romano, juridicamente, foi apenas *marola*. O *tsunami* é todo jusnaturalista. A onda avassaladora vem com a jurisprudência dos conceitos. A noção de sistema (ordem e unidade) é herdeira do jusnaturalismo, embora tivesse suas raízes profundas no idealismo alemão.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> "Quem se acostumou a ver a Escola Histórica do Direito, que SAVIGNY ajudou a fundar, sobretudo na sua oposição às escolas <<filosóficas>> do jusnaturalismo tardio ficará de certo surpreendido ao ler nas suas lições de Inverno de 1802 que a <<ciência da legislação>> - como aí se designa a ciência do Direito - é <<primeiro uma ciência histórica, e depois, também, uma ciência filosófica>> e que ambas as coisas se devem unificar porque a ciência do Direito tem de ser <<a um só tempo e integralmente, histórica e filosófica>>." LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 9-10.

<sup>11</sup> "A idéia de sistema consubstanciou na ciência jurídica uma herança da doutrina do Direito Natural. Mas ela tinha as suas raízes profundas na filosofia do idealismo alemão. FICHTE e SCHELLING tentaram construir o Mundo a partir de um único ponto, de um princípio último <<transcendental>>, quer dizer: apreendê-lo reflexivamente." LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 21. "Justifica-se, portanto, falar de um <<época do jusnaturalismo>> (...) a propósito do particular apoderamento da teoria do direito positivo pela filosofia moral, apoderamento que também foi característica do jusracionalismo, por cuja teoria foi tornado possível." WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 281.

---

Sistema é algo destrutivo para o direito. A destruição do direito antigo, nesse sentido, vem com a filosofia moderna. Martin HEIDEGGER oferece subsídios para pensar as condições da sistematização, isto é, os requisitos para a construção de um sistema (inclusive jurídico):<sup>12</sup>

“Die Bedingungen für die Möglichkeit der neuzeitlichen und *ersten* Systembildung sind zugleich die Voraussetzungen für die Entstehung und den Bestand der heutigen Wissenschaften:

1. Predomínio da matemática como medida de ciência;
2. Predominância da certeza sobre a verdade (abandona-se a *aletheia* grega e busca-se a verdade na romana *adequatio* – a razão capta a realidade externa; só se faz sistema abandonando-se a busca pela verdade);
3. Fundamentação da certeza como auto-certeza emanada do *Ego cogito* (eu penso);
4. Pensamento (*ratio*) como tribunal para determinação das essências. Conceito de logos como *ratio* (a permitir as engenhocas da modernidade). O logos grego era *razão* e *irrazão*;<sup>13</sup>
5. *Censurado*;
6. Libertação do homem para a conquista e a dominação

<sup>12</sup> “Die Bedingungen für die Möglichkeit der neuzeitlichen und *ersten* Systembildung sind zugleich die Voraussetzungen für die Entstehung und den Bestand der heutigen Wissenschaften:

1. Die Vorherrschaft des Mathematischen als Wissenmaßstab.
2. Die Selbstbegründung des Wissens im Sinne diese Forderung als *Vorrang* der Gewiâheit vor der Wahrheit; *Vorrang* des Vorgehens (der Methode) vor der Sache.
3. Die Begründung der Gewiâheit als Selbstgewiâheit des <<*Ich denke*>>.
4. Das Denken, *ratio*, als Gerichtshof für die Wesensbestimmung des Seyns.
5. (...)
6. Die Befreiung des Menschen zur schöpferischen Eroberung und Beherrschung und Neugestaltung des Seienden auf allen Gebieten des menschlichen Daseins.” HEIDEGGER, Martin. *Schellings Abhandlung über das Wesen der Menschlichen Freiheit (1809)*. Tübingen: Max Niemeyer, 1995, p. 41.

<sup>13</sup> “(...) o que é racional é real; e o que é real, é racional’. Para conseguir dizer isto, ele (HEGEL) precisou reinterpretar o conceito de razão e fluidificá-lo; ele precisou expulsar o caráter estável anteriormente possuído por suas normas, e transformar as próprias normas numa forma de vida fluida e continuamente em ascensão, transformá-las no processo de desenvolvimento da humanidade histórica. Logo, não era mais necessário para o novo conceito de razão chocar-se com as contradições e antíteses aparentemente insolúveis (...)” MEINECKE, Friedrich. *Die Idee der Staatsräson in der neuen Geschichte*. München und Berlin: Druck und Verlag vin R. Oldenbourg, 1924, p. 434, (grifou-se).

da natureza. Perde-se a motivação do *telos*; da causa final. Os modernos desejam dominar a natureza. Não se satisfazem em simplesmente se maravilharem com o cosmos.

A presença dessas condições é que propicia o tsunami sistemático dos jusnaturalistas. Aos romanos e aos glosadores faltavam a mecânica de Galileu e o racionalismo de Descartes.

Todos apenas repetem que o sistema jurídico se inicia com o jusnaturalismo racionalista. Não quero inventar moda. Mas devo dizer que a idéia de sistema surge na Roma decadente... e até hoje pagamos o preço da nefasta influência ciceroniana na ciência do direito.

### Bibliografia

GOMPERZ, Heinrich. *Sophistik und Rhetorik*. Elibron Classics, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Schellings Abhandlung über das Wesen der Menschlichen Freiheit (1809)*. Tübingen: Max Niemeyer, 1995

KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. Munique e Berlim: Verlag C. H. Beck, 1953.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MEINECKE, Friedrich. *Die Idee der Staatsräson in der neuen Geschichte*. München und Berlin: Druck und Verlag von R. Oldenbourg, 1924.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. v. I. 11 ed. revisada e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SCHULZ, Fritz. *Prinzipien des römischen Rechts*. Berlim: Duncker & Humblot, 2003.

SOHM, Rudolf. *Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechts*. 17 ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1949.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

---

## **Manoel Carlos Toledo Filho**

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 10ª Vara do Trabalho da cidade de Campinas, no Estado de São Paulo (15ª Região Trabalhista). Membro da *Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (AADTSS).

### **A REFORMA INDIRETA DO PROCESSO TRABALHISTA BRASILEIRO (ou a mendicidade do processo do trabalho frente às inovações ocorridas no processo civil)**

- Sumário. 1. Antecedentes.  
2. Problemas contemporâneos.  
3. Reformas tentadas.  
4. A reforma indireta: a influência do  
processo civil.  
5. Conclusão.**

#### **1. Antecedentes**

A Justiça do Trabalho, no Brasil, teve seu início com a chegada ao poder de Getúlio Vargas, em 1930.<sup>2</sup>

Com a queda das decadentes oligarquias estaduais, o novo governo central rapidamente detectou a necessidade de disciplinar, de modo eficiente e detalhado, as relações entre o capital e o trabalho.

A revolução industrial, em nosso continente, aportara com cem anos de atraso; e já nas primeiras décadas do século XX surgiram violentos conflitos envolvendo trabalhadores e seus tomadores de serviços,

---

<sup>2</sup> É verdade que, no âmbito do Estado de São Paulo, já em 1922, através da Lei 1869, de 10 de outubro daquele ano, foram instituídos os Tribunais Rurais, compostos por um magistrado de carreira, e dois juizes leigos, representantes dos trabalhadores e dos empregadores. Mas tal inovação, ademais de restrita a um único ente da federação, teve uma repercussão prática irrelevante.

servindo de exemplos a greve geral deflagrada em São Paulo, em 1917, e a célebre “semana trágica”, ocorrida em Buenos Aires, em 1919.

Sabedor dessa realidade, Vargas e aqueles que o apoiavam cuidaram desde logo de criar mecanismos de contenção, tanto no plano processual quanto no plano material. Assim é que, em 1932, com a publicação dos Decretos 21.396 e 22.132, foram instauradas, respectivamente, as Comissões Mistas de Conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento. Ambos os órgãos possuíam composição tripartida; eram simultaneamente integrados por representantes governamentais, patronais e obreiros. As primeiras tinham atribuições exclusivamente conciliatórias, e se voltavam ao exame dos conflitos coletivos. As segundas detinham poderes tanto de conciliação quanto de decisão, restringindo-se, porém, à análise das lides individuais. As Comissões Mistas de Conciliação tiveram existência *efêmera*; já as Juntas de Conciliação e Julgamento prosperaram, mantendo sua matriz original até 1999, quando, por força de Emenda Constitucional, delas se extirpou a representação *paritária* ou *classista*, modificando-se então sua denominação para *Varas do Trabalho*.

Com a criação dos primeiros órgãos judicantes trabalhistas, veio, simultaneamente, o procedimento correlato. Era simples, gratuito, e, para a maioria dos casos, de instância única. Mas possuía um grave defeito: a execução de suas sentenças estava sob a responsabilidade da Justiça Comum. Com isso, não raro, o trabalho do órgão especializado acabava, por *via transversa*, sendo *revisto* ou até mesmo *anulado* pelo juiz tradicional. O procedimento trabalhista brasileiro, portanto, em sua *versão original*, era assemelhado a um *tigre sem dentes ou garras*, ou a uma arma nova e bem feita, mas cuja munição, muitas vezes, era somente de *festim*.

Em 1943, Getúlio Vargas unificou a legislação material e processual trabalhista na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – ainda hoje vigente. O procedimento foi aperfeiçoado.<sup>3</sup>A Justiça do Trabalho passou a executar suas próprias decisões. Atenuou-se o sistema da instância única, criando-se Tribunais Regionais de apelação e um Tribunal Superior Nacional, destinado, primordialmente, à uniformização da jurisprudência. Reformas pontuais posteriores, ocorridas nos anos de 1946, 1954, 1968,

---

<sup>3</sup> A CLT foi o ápice, mas não o único momento de modificação. O procedimento e a Justiça do Trabalho já tinham sido transformados antes, mediante o decreto-lei 1237, de 1939, que foi modificado pelo decreto-lei 2851, de 1940, e complementado pelo decreto 6.596, de 1941.

1970 e, mais recentemente, no ano 2000, com as Leis 9957 e 9958, agregaram ao rito laboral brasileiro a sua atual feição.

## 2. Problemas contemporâneos

De um modo geral, podemos dizer que, a rigor, são três os pontos de estrangulamento, ou, em outras palavras, os *elos frágeis* na corrente do procedimento trabalhista brasileiro: I) a designação de audiências; II) o julgamento dos recursos; III) a dinâmica da execução. Iremos examinar separadamente cada um deles.

I) O procedimento trabalhista brasileiro, porque concebido para ser simples e rápido, optou pela adoção de um sistema *oral*. Esta opção, como veremos mais adiante, foi realizada de forma *incoerente e parcial*. Contudo, naquilo que se refere ao contato do juiz com as partes, ela corretamente estabeleceu um *processo de audiência una ou de audiência concentrada*. Segundo a lei, em uma única audiência devem ocorrer a apresentação da contestação, o interrogatório das partes e de suas testemunhas, a formulação de alegações finais, e a prolação da sentença. Significa isso dizer que, a rigor, não se concebe uma demanda trabalhista sem a realização de uma audiência, a qual, na prática, não raro se desdobra em duas audiências ou mais. A consumação de audiências exige um esforço considerável do juiz, pois ele é o seu partícipe principal. Nos grandes centros, um juiz do trabalho brasileiro pode facilmente realizar mais de 10 audiências em um mesmo dia. Além disso, diante da grande quantidade de processos, entre o ingresso da demanda e a data de sua audiência, meses podem transcorrer.

II) Embora o legislador tenha, em tese, adotado um procedimento de índole oral, ele permitiu a existência de um recurso amplo – o chamado *recurso ordinário* – em relação à *matéria de fato*. A contradição é evidente: ao mesmo tempo em que se exige do juiz da base uma participação ativa no desenvolvimento da audiência, um *contato intenso e desgastante* com todos os demais atores do *enredo processual*, se possibilitou que a decisão final da causa esteja afeta a um órgão de segundo grau, que não acompanhou o desenrolar dos atos processuais, que a nenhuma pessoa viu ou ouviu e que, muitas vezes, está distante da realidade vivenciada

pelas partes. Esta genuína *anomalia estrutural* tem ademais o efeito de obrigar os Tribunais de segunda instância a revisar os mínimos detalhes da prova que tenha sido produzida perante a base, como por exemplo, a dimensão do intervalo para refeição do empregado, o momento de início ou de término do contrato, o tempo de percurso *in itinere*, dentre tantas outras questões.

III) De nada adianta ao empregado ganhar a causa, mas não receber o que lhe foi reconhecido como sendo seu direito. Na praxe brasileira, não são comuns as sentenças líquidas. Assim, normalmente, antes de se dar início à execução, é necessário primeiro efetuar-se a liquidação da sentença. Essa *etapa prévia* pode consumir bastante tempo. Por vezes, demora-se mais tempo nela do que no julgamento da demanda. Além disso, a decisão que fixa o valor a ser executado pode ser objeto de recurso. Somando-se a esses aspectos a ausência de um mecanismo eficiente de coerção, à maneira do *contempt of court* do direito anglo-saxão, que efetivamente constranja o devedor a pagar, não é raro ou difícil chegar-se a situações em que o título judicial represente, tão somente, um *inócuo pedaço de papel*.

### 3) Reformas tentadas

Como visto acima, as últimas modificações operadas no procedimento previsto pela CLT ocorreram em 2000. Naquele ano, duas novidades surgiram: as comissões de conciliação prévia (Lei 9958) e o rito sumaríssimo (Lei 9957).

As comissões de conciliação prévia, de um certo modo, reprisaram a experiência de 1932, com a diferença de que, desta vez, foram direcionadas para os conflitos individuais, e sem contar com a presença de um representante do Estado em sua composição. A idéia central seria que elas funcionassem como um *filtro extrajudicial*, aliviando a carga de processos que assomam aos juízes do trabalho. O resultado não foi bom. Em primeiro lugar, denota-se que não existe, na realidade brasileira, uma cultura de composição fora do espaço do Estado, ou seja, de caráter exclusivamente privado. Em segundo lugar, a fragilidade econômica que atinge o empregado faz com que este se sujeite a todos os tipos de abusos, inclusive aqueles que ocorrem, ou podem ocorrer, dentro da esfera de comissões

---

*espúrias* ou *despreparadas*. Em suma, a passagem obrigatória pela comissão de conciliação pode resolver um problema; mas pode também facilmente criar outro *pior*.

O procedimento sumaríssimo, na verdade, pouco acrescentou de diferente ao rito da CLT.<sup>4</sup> Havia sim, no projeto aprovado pelo Congresso Nacional, uma modificação, considerável, que era mesmo sua *viga-mestra*: vedar a possibilidade de recurso quanto à matéria de fato. Mas essa importante transformação foi vetada pelo Presidente da República, em virtude de pressão exercida pela classe patronal. Destruído assim seu alicerce principal, desabou o edifício construído pela Lei 9957.<sup>5</sup>

#### 4) A reforma indireta: a influência do processo civil

O atual código de processo civil (CPC) brasileiro entrou em vigor em 1974. Era, para sua época, um diploma avançado sob o prisma técnico, mas pouco preocupado com a efetividade das decisões judiciais.

Porém, ao contrário do que se deu com o processo do trabalho, o CPC, já a partir da década de 80 do século passado, começou a sofrer mudanças significativas, todas elas centradas no objetivo de acrescentar mais *racionalidade e eficiência* ao sistema de resolução de conflitos. Barreiras foram transpostas e dogmas foram superados. Um exemplo importante a ser citado é a figura da *antecipação da tutela*, surgida em 1994. E a reforma continua, como se pode constatar com as recentes Leis publicadas ao final dos anos de 2005 e 2006, que mudaram aspectos importantes da execução civil.

De modo que o processo civil evolui e o processo trabalhista segue cristalizado. Aliás, o processo trabalhista, além de não evoluir, por vezes tem de travar batalhas para impedir que haja retrocessos,

<sup>4</sup> A este respeito, consulte-se o escólio de Estevão Mallet, em sua obra *Procedimento sumaríssimo trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002. p. 116-120, e Jorge Luiz Souto Maior, em seu artigo “O procedimento sumaríssimo trabalhista”. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, ano 11, n. 128, p. 116-124, fev. 2000.

<sup>5</sup> Passados mais de 08 anos de sua chegada, remanescem hoje, fundamentalmente, somente três *diferenças práticas* entre o procedimento sumaríssimo e o procedimento ordinário: a possibilidade de redigir-se uma decisão mais simples, a existência de um prazo para apreciação do recurso ordinário (10 dias) e a restrição mais intensa para a interposição do recurso extraordinário trabalhista, é dizer, para o *recurso de revista*.

servindo aqui de exemplo a tentativa parlamentar de eliminar a figura do *depósito recursal*, o que teria sido uma *verdadeira catástrofe* para a efetividade do sistema.

Sem embargo, é certo que no Brasil, como em todos os países que possuem um procedimento trabalhista autônomo, se permite a utilização de preceitos ou figuras do procedimento comum, desde que se revelem úteis ou compatíveis com a índole do rito laboral.

E é aqui que, então, se passa um fenômeno deveras curioso: *a reforma do processo civil*, que se modifica com uma velocidade e uma intensidade tais que chegam mesmo a confundir seus operadores, *acaba se transportando para a área de abrangência do processo do trabalho*. Como sob o prisma histórico-institucional seria uma contradição insuperável a convivência de um processo trabalhista com um processo civil mais eficiente, o processo do trabalho se apropria das criações do processo civil, e passa a utilizá-las como se fossem suas. De modo que o processo civil é reformado *diretamente*, e o processo do trabalho *indiretamente*, pela *absorção* das modificações ocorridas naquele. Assim, a figura da antecipação de tutela, acima referida, é utilizada com bastante freqüência pelos juízes do trabalho, embora ela tenha sido inicialmente pensada e criada para o processo civil.

Outro exemplo pertinente a ser lembrado é o da constrição eletrônica de dinheiro do devedor, conhecida como *penhora on line*. A *penhora on line* surgiu como uma invenção prática, sem amparo legal específico. Foi resultado da interpretação sistemática da legislação, temperada pela criatividade dos juízes. E, embora não estivesse restrita ao âmbito do processo do trabalho, era neste que ela, sem dúvida, era mais largamente utilizada. Após um período de algum debate e incerteza, o legislador resolveu incorporar formalmente a novidade. E onde o fez? No processo civil, ou seja, no rito que dela menos se utilizava. De forma que, hoje, os juízes do trabalho seguem realizando todos os dias inúmeros bloqueios eletrônicos, mas, agora, o fazem através da *aplicação supletiva* de um dispositivo do *CPC*, a saber, o seu artigo 655-A.

Mas nem sempre essa tarefa de incorporação é simples. Em muitos casos, avaliar se a norma do processo civil é realmente passível de aproveitamento pelo processo laboral desencadeia uma discussão complexa, que tumultua a rotina da jurisprudência e confunde o ânimo da doutrina. Quando isso ocorre, a mudança verificada pode, também aqui, atrapalhar ao invés de ajudar.

---

## 5. Conclusão

No Brasil, sempre que se intenta fazer algo em prol dos segmentos menos favorecidos da população, se ergue uma tenaz e feroz resistência. Medidas tendentes a operar alguma distribuição de renda são classificadas como mero assistencialismo, como um desperdício de dinheiro público, que quiçá estivesse mais bem empregado financiando obras ou projetos privados.

Em outra ordem, quando a iniciativa se transporta para o campo da integração regional com os países do continente, se depreciam os projetos correlatos, como se fossem eles resultado de fraqueza ou pequenez.

Nossa América Latina, desgraçadamente, é dominada por elites arrogantes. Entre todas, a elite brasileira parece ser mesmo a mais *insensível*. Para ela, há de se esperar a consagração da pujança econômica – venha esta quando venha – satisfazendo-nos todos, até lá, com as migalhas que acaso sejam oferecidas pelas nações desenvolvidas.

Neste contexto, não é difícil entender porque o processo trabalhista brasileiro não consegue transformar-se. Afinal, esta transformação viria em benefício dos mais pobres.<sup>6</sup>E estes, definitivamente, não se encontram na agenda ou na lista de prioridades dos setores que comandam o país.

Modificações necessárias, urgentes e fundamentais, como, por exemplo, a criação de uma instância única – quando menos para algumas espécies de causas ou matérias – deparam-se com barreiras aparentemente intransponíveis. Um sistema recursal claramente falido, visivelmente obsoleto, é tratado como algo *inevitável*, ou como um *mal necessário*.

Assim como o Brasil, também o processo trabalhista

---

<sup>6</sup> A ganância da elite brasileira sequer lhe permite vislumbrar que o direito e o processo do trabalho são um produto do sistema capitalista, que ajudam a defender e preservar. Como esclarece Ugarte Cataldo “Parece extraño, entonces, por no decir derechoamente equivocado, la tradición histórica de nuestra literatura laboral de conceptualizar el Derecho del Trabajo, poniendo al centro del mismo una función instrumental y subordinada de ética y justicia social, sin siquiera mencionar la **función central y permanente de esta rama del orden jurídico, destinada a canalizar el conflicto propio de un sistema de producción capitalista a objeto de asegurar su supervivencia política**”. In: Ugarte Cataldo, José Luis. *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago: Editorial Universitaria, S/A, 2004, p. 22. O destaque é nosso.

---

brasileiro necessita encontrar o seu caminho. O Brasil pode escolher entre uma relativa autonomia, com os desafios e dificuldades que esta situação apresenta, ou pode continuar a funcionar como um *anexo* dos povos mais ricos. O processo trabalhista pode abraçar sua finalidade histórica, seu objetivo institucional, que é tornar real e efetivo o direito do trabalho,<sup>7</sup> ou seguir esmolando, junto ao processo civil, algumas migalhas de efetividade, em ordem a evitar que, com o passar dos anos, venha a simplesmente morrer de inanição. Resta saber se haverá tempo suficiente para se fazer a escolha certa.

---

<sup>7</sup> Como leciona Mario Garmendia Arigón, quando “la tutela procesal no es adecuada, la proclamación del derecho sustantivo, por más solemne que sea, poco significa, porque en realidad, **es mediante los derechos procesales que se pueden hacer efectivos los demás derechos.** En definitiva, lo que verdaderamente importa es la actuación concreta del Derecho y no su formulación abstracta”. In: *Eficacia práctica de las normas laborales*. Montevideo: FCU, agosto de 2005, p. 98. O destaque é nosso.

---



**Publicação:**

- Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região -

**Projeto gráfico, impressão e acabamento:**

- Secretaria de Apoio Administrativo -

- Setor de Gráfica -

- Setor de Encadernação -

---