ISSN 0100-1736

DOUTRINA

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA OITAVA REGIÃO

EDIÇÃO COMEMORATIVA

www.trt8.jus.br
e-mail: revista@trt8.jus.br

R.TRT 8ª Região	Belém	v. 51	n. 100	p. 1-500	jan./jun./2018

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 1 29/06/2018 15:35:44

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO SEMESTRAL
Correspondência: Travessa Dom Pedro I, nº 746
66050-100 - Belém - Pará
www.trt8.jus.br
e-mail: revista@trt8.jus.br

COMISSÃO DA REVISTA:

Desembargadora ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR
Desembargadora PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL
Juiz Titular RAIMUNDO ITAMAR LEMOS FERNANDES JÚNIOR
Juiz Substituto GUSTAVO LIMA MARTINS

Assistente da Revista do Tribunal e Publicações em Geral:
NARA MARIA SANTOS DE SOUZA

CAPA: Nova sede do Fórum Trabalhista de Belém (Inaugurado em 29/06/2018).

Foto: Assessoria de Comunicação Social do TRT-8ª Região.

Arte gráfica da capa: Douglas Rios Gomes.

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. v. 51, n. 100 (jan./jun.2018) - Edição Comemorativa - Belém: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, 2018.

Semestral.
Início: 1968

ISSN 0100-1736

1. Direito do trabalho - Periódicos 2. Jurisprudência trabalhista. I. Pará. Tribunal Regional do Trabalho (Região, 8ª).

CDD 34(05)

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 2 29/06/2018 15:35:44

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO

Sede: Belém (PA)
Jurisdição: Estados do Pará e Amapá

TRIBUNAL PLENO

Presidente: Desembargadora SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY

Vice-Presidente: Desembargadora SULAMIR PALMEIRA MONASSA DE ALMEIDA

Corregedor Regional: Desembargador WALTER ROBERTO PARO

Desembargador VICENTE JOSÉ MALHEIROS DA FONSECA
Desembargadora ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR
Desembargador GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO
Desembargador JOSÉ EDÍLSIMO ELIZIÁRIO BENTES
Desembargadora FRANCISCA OLIVEIRA FORMIGOSA
Desembargador FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA
Desembargadora PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL
Desembargadora ALDA MARIA DE PINHO COUTO
Desembargadora GRAZIELA LEITE COLARES
Desembargador GABRIEL NAPOLEÃO VELLOSO FILHO
Desembargador MARCUS AUGUSTO LOSADA MAIA
Desembargador MÁRIO LEITE SOARES
Desembargador LUIS JOSÉ DE JESUS RIBEIRO
Desembargadora MARY ANNE ACATAUASSÚ CAMELIER MEDRADO
Desembargadora MARIA VALQUÍRIA NORAT COELHO
Desembargadora IDA SELENE DUARTE SIROTHEAU CORRÊA BRAGA
Desembargador JULIANES MORAES DAS CHAGAS
Desembargadora MARIA ZUÍLA LIMA DUTRA
VAGO
VAGO

SEÇÃO ESPECIALIZADA I

Presidente: Desembargadora SULAMIR PALMEIRA MONASSA DE ALMEIDA

Desembargador VICENTE JOSÉ MALHEIROS DA FONSECA
Desembargadora ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR
Desembargador GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO
Desembargador JOSÉ EDÍLSIMO ELIZIÁRIO BENTES
Desembargadora FRANCISCA OLIVEIRA FORMIGOSA
Desembargadora PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL
Desembargadora ALDA MARIA DE PINHO COUTO
Desembargador GABRIEL NAPOLEÃO VELLOSO FILHO
Desembargador JULIANES MORAES DAS CHAGAS
VAGO

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 3 29/06/2018 15:35:44

SEÇÃO ESPECIALIZADA II

Presidente: Desembargador WALTER ROBERTO PARO

Desembargador FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA
Desembargadora GRAZIELA LEITE COLARES
Desembargador MARCUS AUGUSTO LOSADA MAIA
Desembargador MÁRIO LEITE SOARES
Desembargador LUIS JOSÉ DE JESUS RIBEIRO
Desembargadora MARY ANNE ACATAUASSÚ CAMELIER MEDRADO
Desembargadora MARIA VALQUÍRIA NORAT COELHO
Desembargadora IDA SELENE DUARTE SIROTHEAU CORRÊA BRAGA
Desembargadora MARIA ZUÍLA LIMA DUTRA
VAGO

1ª TURMA

Presidente: Desembargador FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA

Desembargadora ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR
Desembargador MARCUS AUGUSTO LOSADA MAIA
Desembargadora IDA SELENE DUARTE SIROTHEAU CORRÊA BRAGA
VAGO

2ª TURMA

Presidente: Desembargador JOSÉ EDÍLSIMO ELIZIÁRIO BENTES

Desembargador VICENTE JOSÉ MALHEIROS DA FONSECA
Desembargador GABRIEL NAPOLEÃO VELLOSO FILHO
Desembargadora MARY ANNE ACATAUASSÚ CAMELIER MEDRADO
VAGO

3ª TURMA

Presidente: Desembargadora GRAZIELA LEITE COLARES

Desembargadora FRANCISCA OLIVEIRA FORMIGOSA
Desembargador MÁRIO LEITE SOARES
Desembargador LUIS JOSÉ DE JESUS RIBEIRO
Desembargadora MARIA VALQUÍRIA NORAT COELHO

4ª TURMA

Presidente: Desembargador GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

Desembargadora PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEAL
Desembargadora ALDA MARIA DE PINHO COUTO
Desembargador JULIANES MORAES DAS CHAGAS
Desembargadora MARIA ZUÍLA LIMA DUTRA

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 4 29/06/2018 15:35:44

VARAS DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO

1ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza AMANACI GIANNACCINI
2ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza VANILZA DE SOUZA MALCHER
3ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza LÉA HELENA PESSÔA DOS SANTOS SARMENTO
4ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza CASSANDRA MARLY JUCÁ FLEXA - Aposentada em 15/02/2018 (Ato PRESI TRT8 nº 70/2018 - DOU 15/02/2018)
Juíza ERIKA VASCONCELOS DE LIMA DACIER LOBATO - A partir de 18/04/2018
5ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juiz RICARDO ANDRÉ MARANHÃO SANTIAGO
6ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juiz JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA MARTINS
7ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza MARIA DE NAZARÉ MEDEIROS ROCHA
8ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza MARIA EDILENE DE OLIVEIRA FRANCO
9ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juiz PAULO HENRIQUE SILVA ÁZAR
10ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza CRISTIANE SIQUEIRA REBELO
11ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juiz OCÉLIO DE JESUS CARNEIRO DE MORAIS
12ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza MELINA RUSSELAKIS CARNEIRO
13ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juiz JORGE ANTONIO RAMOS VIEIRA
14ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juiz ANTONIO OLDEMAR COÊLHO DOS SANTOS
15ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza PAULA MARIA PEREIRA SOARES
16ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juiz RAIMUNDO ITAMAR LEMOS FERNANDES JÚNIOR
17ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juiz CARLOS RODRIGUES ZAHLOUTH JÚNIOR
18ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza GEORGIA LIMA PITMAN
19ª Vara do Trabalho de Belém
Titular: Juíza CLAUDINE TEIXEIRA DA SILVA RODRIGUES

1ª Vara do Trabalho de Abaetetuba
Titular: Juíza FLÁVIA JOSEANE KURODA - Até 17/04/2018 - Removida para a 2ª VT de Abaetetuba (Ato PRESI TRT8 nº 150/2018 e Res. TRT8 nº 14/2018)
Juiz FRANCISCO MILTON ARAÚJO JÚNIOR - A partir de 18/04/2018
2ª Vara do Trabalho de Abaetetuba
Titular: Juiz LUIS ANTONIO NOBRE DE BRITO - Até 17/04/2018 - Removido para a VT de Santa Izabel do Pará (Ato PRESI TRT8 nº 150/2018 e Res. TRT8 nº 14/2018)
Juíza FLÁVIA JOSEANE KURODA - A partir de 18/04/2018

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 5 29/06/2018 15:35:44

Vara do Trabalho de Altamira
Titular: Juíza GIOVANNA CORRÊA MORGADO DOURADO
1ª Vara do Trabalho de Ananindeua
Titular: Juíza ANGELA MARIA MAUÉS
2ª Vara do Trabalho de Ananindeua
Titular: Juíza TEREZA CRISTINA DE ALMEIDA CAVALCANTE ARANHA
3ª Vara do Trabalho de Ananindeua
Titular: Juiz MARCO PLÍNIO DA SILVA ARANHA
4ª Vara do Trabalho de Ananindeua
Titular: Juiz FERNANDO DE JESUS DE CASTRO LOBATO JÚNIOR
Vara do Trabalho de Breves
Titular: Juiz SAULO MARINHO MOTA
Vara do Trabalho de Capanema
Titular: Juíza MARINEIDE DO SOCORRO LIMA OLIVEIRA PIRES
Vara do Trabalho de Castanhal
Titular: Juiz JOÃO CARLOS TRAVASSOS TEIXEIRA PINTO
Vara do Trabalho de Itaituba
Titular: Juiz DENNIS JORGE VIEIRA JENNINGS
Vara do Trabalho de Laranjal do Jari - Monte Dourado
Titular: Juíza NÚBIA SORAYA DA SILVA GUEDES
1ª Vara do Trabalho de Macapá
Titular: Juíza NATASHA SCHNEIDER
2ª Vara do Trabalho de Macapá
Titular: Juiz NEY STANY MORAIS MARANHÃO
3ª Vara do Trabalho de Macapá
Titular: Juíza ANNA LAURA COELHO PEREIRA
4ª Vara do Trabalho de Macapá
Titular: Juiz JÁDER RABELO DE SOUZA
5ª Vara do Trabalho de Macapá
Titular: Juiz FRANCISCO MILTON ARAÚJO JÚNIOR - Até 17/04/2018 - Removido para a 1ª VT de Abaetetuba (Ato PRESI TRT8 nº 150/2018 e Res. TRT8 nº 14/2018)
Juíza RENATA PLATON ANJOS - A partir de 18/04/2018
6ª Vara do Trabalho de Macapá
Titular: Juíza ODAISE CRISTINA PICANÇO BENJAMIM MARTINS
7ª Vara do Trabalho de Macapá
Titular: Juíza TATYANNE RODRIGUES DE ARAÚJO ALVES
8ª Vara do Trabalho de Macapá
Titular: Juíza CAMILA AFONSO DE NÓVOA CAVALCANTI
1ª Vara do Trabalho de Marabá
Titular: Juiz HARLEY WANZELLER COUTO DA ROCHA
2ª Vara do Trabalho de Marabá
Titular: Juiz JÔNATAS DOS SANTOS ANDRADE
3ª Vara do Trabalho de Marabá
Titular: Juiz PEDRO TOURINHO TUPINAMBÁ - Licença associativa para exercer a Presidência da AMATRA8 de 07.01.2016 a 31.12.2017 (Port. PRESI nº 13/2016)
4ª Vara do Trabalho de Marabá
Titular: Juíza MARLISE DE OLIVEIRA LARANJEIRA MAIA
Vara do Trabalho de Óbidos
Titular: Juíza MEISE OLIVEIRA VERA DOS ANJOS
Vara do Trabalho de Paragominas
Titular: Juiz PAULO JOSÉ ALVES CAVALCANTE

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 6 29/06/2018 15:35:44

1ª Vara do Trabalho de Parauapebas
Titular: Juiz FERNANDO MOREIRA BESSA
2ª Vara do Trabalho de Parauapebas
Titular: Juíza SUZANA MARIA LIMA DE MORAES AFFONSO CARVALHO DOS SANTOS
3ª Vara do Trabalho de Parauapebas
Titular: Juíza MILENE DA CONCEIÇÃO MOUTINHO DA CRUZ
4ª Vara do Trabalho de Parauapebas
Titular: Juíza AMANDA CRISTHIAN MILÉO GOMES MENDONÇA
Vara do Trabalho de Redenção
Titular: Juíza BIANCA LIBONATI GALÚCIO
Vara do Trabalho de Santa Izabel do Pará
Titular: Juíza ERIKA VASCONCELOS DE LIMA DACIER LOBATO - Até 17/04/2018 - Removida para a 4ª VT de Belém (Ato PRESI TRT8 nº 150/2018 e Res. TRT8 nº 14/2018)
Juiz LUIS ANTONIO NOBRE DE BRITO - A partir de 18/04/2018
1ª Vara do Trabalho de Santarém
Titular: Juíza ANA ANGÉLICA PINTO BENTES
2ª Vara do Trabalho de Santarém
Titular: Juiz MARCOS CÉZAR MOUTINHO DA CRUZ
Vara do Trabalho de São Félix do Xingu
Titular: Juiz EDUARDO EZON NUNES DOS SANTOS FERRAZ
Vara do Trabalho de Tucuruí
Titular: Juiz ANDREY JOSÉ DA SILVA GOUVEIA
Vara do Trabalho de Xinguara
Titular: Juiz WELLINGTON MOACIR BORGES DE PAULA

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Juíza KARLA MARTINS FROTA
Juíza ERIKA MOREIRA BECHARA
Juíza ALESSANDRA MARIA PEREIRA CRUZ MARQUES
Juíza SILVANA BRAGA MATTOS
Juíza ELINAY ALMEIDA FERREIRA DE MELO
Juiz DILSO AMARAL MATAR
Juíza NÁGILA DE JESUS DE OLIVEIRA QUARESMA
Juíza ROBERTA SANTOS DE PINHO
Juiz MARCELO SOARES VIÉGAS
Juiz DEODORO JOSÉ DE CARVALHO TAVARES
Juiz VANILSON RODRIGUES FERNANDES
Juíza SHIRLEY DA COSTA PINHEIRO
Juíza DIRCE CRISTINA FURTADO NASCIMENTO
Juíza KATARINA ROBERTA MOUSINHO DE MATOS BRANDÃO
Juiz JEMMY CRISTIANO MADUREIRA
Juiz ANDRÉ MAROJA DE SOUZA
Juiz ALBENIZ MARTINS E SILVA SEGUNDO
Juíza MILENA ABREU SOARES
Juiz AVERTANO MESSIAS KLAUTAU
Juiz ÊNIO BORGES CAMPOS
Juiz VALTERNAN PINHEIRO PRATES FILHO
Juíza NATALIA LUIZA ALVES MARTINS

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 7 29/06/2018 15:35:44

Juíza CIRCE OLIVEIRA ALMEIDA BRETZ
Juiz OTAVIO BRUNO DA SILVA FERREIRA
Juiz FRANCISCO JOSÉ MONTEIRO JÚNIOR
Juiz GUSTAVO LIMA MARTINS
Juíza LUANA MARQUES CIDREIRA DOMITILO COSTA
Juiz VINÍCIUS AUGUSTO RODRIGUES DE PAIVA
Juiz LUCAS CILLI HORTA
Juiz BRUNO OCCHI
Juíza ANA PAULA TOLEDO DE SOUZA LEAL
Juiz JOÃO PAULO DE SOUZA JUNIOR
Juíza MÁRCIA CRISTINA DE CARVALHO WOJCIECHOWSKI DOMINGUES
Juiz PEDRO DE MEIRELLES
Juiz JULIO BANDEIRA DE MELO ARCE
Juíza LUANA MADUREIRA DOS ANJOS
Juíza FRANCIELLI GUSSO LOHN
Juíza STELLA PAIVA DE AUTRAN NUNES
VAGO
VAGO
VAGO
VAGO
VAGO
VAGO
VAGO

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 8 29/06/2018 15:35:44

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....13

DOUTRINA

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM - E - SUAS PRINCIPAIS DECLARAÇÕES 15
Elias Naif Daibes Hamouche

A ENCÍCLICA *RERUM NOVARUM* 29
Raymundo de Souza Moura

INVALIDADE E EFICÁCIA DO CONTRATO DE TRABALHO 33
Elson Gottschalk

O PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA E A JUSTIÇA DO TRABALHO.....43
Ary Brandão de Oliveira

PESSOA HUMANA E TENDÊNCIAS DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.....59
Roberto A. O. Santos

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO.....91
Lygia Simão Luiz Oliveira

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO E SUA APLICAÇÃO PELO JUIZ 133
Orlando Teixeira da Costa

FILOSOFIA GERAL E FILOSOFIA JURÍDICA EM PERSPECTIVA DIALÉTICA.....149
Roberto Lyra Filho

A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO DO TRABALHO "DA CRISE" 167
António Monteiro Fernandes

TEORIA GERAL DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO 173
Arnaldo Süssekind

JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO DO BRASIL. A ABRANGÊNCIA DO ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 183
Georgenor de Sousa Franco Filho

KONRAD HESSE: UMA NOVA CRENÇA NA CONSTITUIÇÃO 199
Inocêncio Mártires Coelho

ACIDENTE DO TRABALHO E GARANTIA DE EMPREGO - INTERPRETAÇÃO DO ART. 118 DA LEI Nº 8.213/91 217
Walmir Oliveira da Costa

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 9 29/06/2018 15:35:44

JUSTIÇA DO TRABALHO: LIMITES DE JURISDIÇÃO. NOVOS ATORES, NOVOS CONFLITOS 223
Rider Nogueira de Brito

AS MUDANÇAS NO MUNDO E NO DIREITO DO TRABALHO 231
José M. Q. de Alencar

PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E OUTROS CONFLITOS DE NORMAS TRABALHISTAS. REFLEXÕES À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL 239
José Affonso Dallegrave Neto

O DIREITO E AS TRANSFORMAÇÕES DE NOSSO TEMPO 253
Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior

DIREITOS FUNDAMENTAIS: APLICABILIDADE IMEDIATA E VEDAÇÃO AO RETROCESSO 259
Suzy Koury

O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL 271
Carlos Henrique Bezerra Leite

A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO 281
Vicente José Malheiros da Fonseca

A ATRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PERICIAL AO EMPREGADOR COMO MECANISMO VIABILIZADOR DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS LABORAIS À SAÚDE E À SEGURANÇA 299
Pastora do Socorro Teixeira Leal

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS - A PROBLEMÁTICA DO CONTROLE DO ORÇAMENTO PÚBLICO 307
Francisco Sérgio Silva Rocha

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ALGUMAS APROXIMAÇÕES 323
Ingo Wolfgang Sarlet

DIREITO DO TRABALHO, IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO 349
Estêvão Mallet

TRABALHADORES DO BRASIL: 20 ANOS DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL OU A SUBORDINAÇÃO REVISITADA 373
Aldacy Rachid Coutinho

A CRISE PARADIGMÁTICA DO DIREITO NO CONTEXTO DA RESISTÊNCIA POSITIVISTA AO (NEO)CONSTITUCIONALISMO 393
Lenio Luiz Streck

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 10 29/06/2018 15:35:44

O DESCOMPASSO ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E A QUESTÃO AMBIENTAL. O PAPEL DO JUIZ 423
Rosita de Nazaré Sidrim Nassar

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A JURISPRUDÊNCIA UNIFICADA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST: AVANÇO OU RETROCESSO..... 437
Maria de Nazaré Medeiros Rocha

O DUMPING SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. FORMAS DE COMBATE.....447
Enoque Ribeiro dos Santos

OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E A LEGITIMAÇÃO PARA DEFENDÊ-LOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO 463
José Edílsimo Eliziário Bentes

INDERROGABILIDADE DA NORMA E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS EM FACE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA:
LIMITES IMPOSTOS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 481
Arion Sayão Romita

OBS.: A grafia reproduzida nesta revista está de acordo com a utilizada pelos autores nas respectivas datas de publicação de cada texto (ortografia vigente à época).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 11 29/06/2018 15:35:44

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 12 29/06/2018 15:35:44

Apresentação da Centésima Edição da Revista do TRT da 8ª Região

Com sua centésima edição, a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região comemora marco muito significativo em sua trajetória. Cinquenta anos de publicação ininterrupta de artigos preocupados em discutir temas jurídicos relevantes.

Meio século se passou do dia 8 de dezembro de 1968, quando foi lançado seu primeiro número, em cumprimento à Resolução nº 356, de 9 de setembro de 1968, que a instituiu. Naquela oportunidade, o então presidente deste Tribunal, Aloysio da Costa Chaves, escreveu, no prefácio da edição inaugural, que colocava à disposição de magistrados, advogados, professores e entidades especializadas, elementos valiosos e úteis ao desempenho de suas funções. Motivou, ainda, sua decisão de criar a Revista, na necessidade de manter a integração entre os diversos órgãos trabalhistas sob a jurisdição da Oitava Região, que se estendia do Pará ao Acre, principalmente com os sediados em municípios distantes completamente desprovidos dos meios de comunicação hoje conhecidos. Pretendeu, também, divulgar oficial e sistematicamente a jurisprudência deste Tribunal. Igualmente, previu que a Revista estaria aberta à colaboração de magistrados, professores, advogados e institutos especializados em Direito do Trabalho que quisessem cooperar com o Tribunal nesta obra.

Os objetivos foram alcançados com sucesso, pois, até hoje, é grande o interesse manifestado por este periódico, graças ao alto padrão dos artigos nele inseridos, de autoria, tanto de seus magistrados, quanto de professores e advogados, conforme pretendeu seu idealizador. De igual forma, constitui instrumento de divulgação da construção jurisprudencial de seus juízes e de estudos e reflexões concernentes às mudanças ocorridas no Direito do Trabalho.

Para organizar esta edição, foram selecionados artigos representativos das diversas décadas vivenciadas ao longo da existência da Revista, de autoria de magistrados e de juristas não integrantes da Justiça do Trabalho. Escolheu-se aqueles que, apesar de antigos, ainda mantém completa atualidade, a exemplo do primeiro artigo publicado na Revista nº 1, de autoria de Elias Naif Daibes Hamouche, que trata dos direitos fundamentais do homem e suas principais declarações.

A iniciativa da criação e da manutenção desta construção intelectual cinquentenária, que transmitiu às gerações passadas e transmite à geração atual e às futuras conteúdo jurídico de cunho social e humanístico, merece toda gratidão e reconhecimento, uma vez que representa importante contribuição deste Tribunal para o aprimoramento do debate jurídico, principalmente daquele que se volta para o "mínimo existencial", sem o qual não há dignidade humana, pilar de nossa ordem constitucional.

ROSITA DE NAZARÉ SIDRIM NASSAR
Desembargadora do Trabalho
Comissão da Revista

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 13 29/06/2018 15:35:44

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 14 29/06/2018 15:35:44

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM - E - SUAS PRINCIPAIS DECLARAÇÕES *

ELIAS NAIF DAIBES HAMOUCHE
Professor da Universidade Federal do Pará
Ministro do Tribunal de Contas do Estado

1 - APRESENTAÇÃO:

O dia 10 de dezembro de 1968 assinala o vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, razão por que a Organização das Nações Unidas, através deliberação de sua Assembléia Geral, proclamou 1968 o Ano Internacional dos Direitos Humanos, cujo transcurso tem sido marcado por atos tendentes a revigorar os princípios da Declaração Universal e acentuar a importância dos mesmos à dignidade da pessoa humana. Em perfeito acôrdo com o Centro Mundial para a Paz mediante o Direito, que tem sede em Genebra e comemora a 16 de setembro o Dia Mundial do Direito, a Organização das Nações Unidas destinou essa mesma data à celebração do Dia Internacional dos Direitos Humanos.

A 10 de dezembro de 1948, no Palácio de Chaillot, em Paris, à época sede provisória das Nações Unidas, os Estados integrantes, reunidos em Assembléia Geral e, após reconhecerem que "a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo"(1), promulgaram uma Declaração Universal dos Direitos do Homem, direitos que já haviam sido proclamados em outras declarações, não menos solenes, nos séculos 17 e 18. Se a Declaração da Organização das Nações Unidas, de 1948, tem o mérito de conferir aos direitos fundamentais do Homem o prestígio de uma amplitude internacional, não é menos verdade que o reconhecimento inicial de tais direitos constituiu o resultado de conquistas históricas, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na França, e, posteriormente, em outros países. O que tentamos fazer nesta exposição é precisamente um estudo dos direitos fundamentais do Homem, no que diz respeito a seu conceito, suas garantias e histórico de sua afirmação, quando, em todos os Estados signatários da Declaração Universal, é celebrado o Ano Internacional dos Direitos Humanos.

---

* Publicado na Revista TRT-8ª Região, Ano I, n. 1, p. 67-81, jul./dez./1968.

(1) Preâmbulo da Declaração Universal de Direitos da O.N.U.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 15 29/06/2018 15:35:44

2 - NOÇÕES:

As Declarações de Direitos são documentos solenes, que encerram princípios vinculados à pessoa humana; encerram direitos sagrados, de natureza supraestatal, isto é que devem se sobrepor ao Estado, no sentido da proteção do Homem, como integrante de uma família universal. Êsses direitos são os pertinentes à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à dignidade.

Os fundamentos da consagração e do reconhecimento dos direitos fundamentais são encontrados nos princípios da segurança jurídica, que, como bem demonstra Sampaio Dória, constituem, num Estado democrático, os meios suficientes para coibir o abuso de Poder. Em sua lição, diz o saudoso professor paulista, tomando como exemplo os Estados Unidos da América, que a segurança jurídica pode ser efetivada pelos seguintes princípios: [2]

1.°) Regime democrático.

2.°) Representação política incorporando a forma indireta ou representativa da democracia.

3.°) Separação de Podêres.

4.°) Limitação constitucional da competência dos Podêres, pelos direitos **individuais.** (Concepção clássica).

5.°) A instituição judiciária das garantias dos direitos individuais, contra os abusos do Poder.

6.°) Irrevogabilidade por lei ordinária das leis constitucionais.

Como vemos, o pressuposto inicial está na democracia, regime político caracterizado pela autonomia, uma vez que os jurisdicionados ficam subordinados a uma ordem jurídica livremente consentida pelos mesmos. A representação política nos diz que o regime democrático deve ser exercido na sua forma indireta ou representativa, marcada pela delegação de podêres do povo aos seus representantes, o que, ao nosso ver, não exclui a possibilidade da democracia semi-direta, chamado o povo a se pronunciar, sôbre determinados assuntos, através dos institutos do **referendum,** da revocação ou veto popular e da iniciativa popular. A separação de Podêres é necessária à existência de um equilíbrio, que impossibilite, o máximo possível, a usurpação de atribuições e, conseqüentemente, o desvirtuamento do regime democrático, o que acabaria por gerar a tirania. A limitação constitucional da competência dos Podêres pelos direitos individuais, entendemos como a inclusão dos mencionados direitos nos textos constitucionais, cujos dispositivos, em harmonia com os destinados a fixar as atribuições dos Podêres, visariam a impedir que o desempenho dessas viesse a conflitar com aquêles; aliás, a inserção dos direitos e garantias individuais nos textos constitucionais é entendida por Bóris Mirkine-Guetzévitch como uma das características da racionalização do Poder, fenômeno observado após a primeira grande guerra e repetido no segundo após-guerra, na elaboração das novas Constituições [3]. A instituição judiciária

[2] Sampaio Dória - Direito Constitucional - 2.° vol. - págs. 687-688.

[3] Mirkine-Guetzévitch - As Novas Tendências do Direito Constitucional - págs. 76 e ss.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 16 29/06/2018 15:35:44

das garantias dos direitos individuais se manifesta pela efetivação dos mesmos, missão esta destinada ao Poder Judiciário, principalmente através do contrôle jurisdicional de constitucionalidade, já tendo Karl Carstens afirmado que, entre as três funções precípuas do contrôle jurisdicional de constitucionalidade, está a de proteger os direitos individuais contra os abusos do Poder[(4)]. Quanto ao último dos pressupostos referidos por Sampaio Dória: a irrevogabilidade por lei ordinária das leis constitucionais, constitui um reforço à limitação constitucional da competência dos Podêres pelos direitos individuais, colocando a Constituição acima das decisões do Poder Representativo ordinário, ou seja o Poder Legislativo, o que corresponde também ao princípio da supremacia da Constituição, um dos fundamentos do contrôle jurisdicional de constitucionalidade, e considerado, por Pinto Ferreira, uma das constantes do Direito Constitucional Moderno [(5)]. Por sua vez, Marcelo Caetano, expondo os fundamentos do reconhecimento dos direitos fundamentais do Homem, afirma que, no século 18, o Direito Natural manifestou-se na sua modalidade individualista: "todo homem, pelo mero fato do nascimento, seria titular de interêsses sagrados, que os outros homens, individual ou coletivamente considerados, teriam o dever de respeitar, para assegurar o respectivo desenvolvimento. Êsses interêsses traduzir-se-iam em direitos individuais naturais, anteriores e superiores à sociedade política. O Estado não os confere: reconhece-os. A sociedade não os cria: declara-os. Não há, pois, uma lei que manifeste a vontade geral de atribuir tais direitos ao homem; desde que êstes provêm da natureza, a vontade humana nada pode, e apenas à razão cabe descobri-los para os enumerar ou declarar"[(6)]. Vemos, portanto, que os fundamentos necessários ao reconhecimento dos direitos individuais têm êstes como de natureza supraestatal.

Os direitos fundamentais são aquêles que resultam da própria essência do ser, derivam da condição do ser, possuem assim, um substrato ontológico, isto é, o homem só alcançará a sua condição de membro de uma família universal - a família humana, se reunir, independentemente de ser nacional de qualquer Estado, um mínimo de condições, um acêrvo de direitos, inerentes a sua qualidade de ser humano. Amâncio Alcorta, preferindo a denominação **direitos individuais,** ensina que êstes são "todos aquêles que constituem a personalidade do homem e cujo exercício lhe corresponde exclusivamente sem outra extrema que o limite do direito recíproco. Os direitos individuais, se bem sejam elementos da personalidade do homem, manifestam-se na própria pessoa, nas coisas e nas ações. Na pessoa, em todos os atos referenciados à liberdade individual. Nas coisas, em respeito ao seu uso e disposições exclusivas, propriedade, meios de adquiri-la,

---

(4) Karl Carsten - Grundgedanken der amerikanischen Veríassung - apud O. Bitar.

(5) Pinto Ferreira - Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno - págs 17 ss. - 1.° vol.

(6) Marcello Caetano - Curso de Ciência Política e Direito Constitucional - 2.° vol. - págs. 373-374.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 17 29/06/2018 15:35:44

de existência e de bem estar. Enquanto nas ações, com respeito às manifestações orais ou escritas da palavra e a todo exercício que com ela se relaciona".[7]

Enquanto o direito fundamental é inerente à pessoa humana, o mesmo não ocorre com o direito adquirido - êsse tomado em seu sentido histórico, isto é em oposição ao direito fundamental imanente. O direito adquirido é aquêle que ingressa para o patrimônio jurídico do indivíduo através de um título hábil de aquisição; é tôda vantagem jurídica, líquida, lícita e concreta, que alguém adquire, em conformidade com a ordem jurídica e incorpora, sem contestação, e em caráter definitivo, ao seu patrimônio, ficando, em regra geral, imunizado à retroatividade das leis. Pela definição de direito adquirido - sentido histórico - chega-se a uma outra distinção em relação ao direito fundamental; é que êste, sendo essencial à pessoa humana, dispensa título de aquisição. Sampaio Dória, com bastante clareza, distingue o direito fundamental do direito adquirido: "o direito fundamental é o direito inerente à personalidade humana, é a ausência de constrangimento para tôda atividade que não destrua nem embarace a conservação do homem e da sociedade. Os direitos fundamentais, os homens os têm, só por serem homens, como o de vida, o de locomoção, o de associação, o de pensamento, o de possuir. Nenhum título legal é condição para a existência dêstes direitos. Dá-se o contrário com os adquiridos. Tal, por exemplo, o de dispor de uma casa, de professar em cátedra de uma universidade. São os direitos que o indivíduo adquire, uns por concurso, outros por compra, doação, herança ou qualquer outro título, admitido por lei"[8]. Para terminar o cotêjo entre o direito fundamental e o direito adquirido, é necessário afirmar diferem também quanto aos limites. Os limites dos direitos fundamentais são encontrados na reciprocidade, isto é no respeito aos direitos fundamentais que têm como titulares nossos semelhantes, a fim de que se façam respeitar os direitos fundamentais a nós vinculados. O mesmo não ocorre em relação aos limites dos direitos adquiridos, cuja fixação é problema da ordem jurídica de cada Estado, devendo, todavia, apresentar uma limitação de tal modo, a que não venham a serem utilizados em detrimento dos interêsses coletivos.

Antes de penetrarmos no histórico das Declarações de Direitos, cumpre-nos falar sôbre as garantias, que representam a efetivação dos direitos fundamentais, isto é os meios existentes para a assecuração dos mesmos. Assim é que os direitos consagrados na Declaração Francêsa de 1789, só tiveram garantida a efetivação, que lhes era necessária, quando foram incorporados à Constituição de 1791. Essa efetivação dos direitos fundamentais decorre do princípio de que a todo direito deve corresponder um remédio legal, que utilizado por seu titular, o torne efetivo. Tais remédios podem ser ordinários ou extraordinários, os últimos caracterizados pela celeridade, que lhes é essencial, e que são representados no Direito Nacional pelo **habeas-corpus** e pelo mandado de segurança. O primeiro destinado à órbita criminal e o segundo responsável pela cobertura das situações às quais é imprópria a utilização do habeas-corpus. A Declaração Americana de

[7] Amâncio Alcorta - Las Garantias Constitucionales - apud. P. Ferreira.
[8] Sampaio Dória - Op. cit. págs. 689.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 18 29/06/2018 15:35:44

Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, maio de 1948) - art. XVIII e a Declaração Universal (Paris, dezembro de 1948) art. VIII são enfáticas ao recomendar a criação de remédios judiciais eficazes.

3 - HISTÓRICO:

Como bem demonstra Paulino Jacques, os direitos e garantias individuais constituem obra da revolução anglo-franco-americana, iniciada em 1689 na Inglaterra, continuada em 1776 nas Colônias Norte-Americanas e consumada em França no ano de 1789 [9]. Torna-se imperioso, ao iniciarmos o histórico das Declarações de Direitos, debatermos a paternidade das mesmas. Ninguém pode negar que dentre as primeiras declarações de Direitos, aquela que alcançou maior ressonância foi a Declaração Francêsa de 1789, dado o ambiente em que foi elaborada e partilhado a mesma repercussão que envolveu a revolução da qual foi uma conseqüência; antes, porém, dessa famosa Declaração, outras já haviam surgido, não apenas na Inglaterra mas também nas Colônias Norte-Americanas.

Na Inglaterra, devemos iniciar o histórico das Declarações de Direitos, buscando as fontes da Constituição britânica. Como nos ensina Orlando Bitar, duas são as fontes da Constituição Inglêsa: o Direito da Constituição e o Costume da Constituição. A primeira delas - o Direito da Constituição - sofre uma sub-divisão:

a) Documentos solenes.
b) Atos do Parlamento.
c) Decisões judiciais. [10]

Os documentos solenes encerram um caráter compactuai, encarnam pactos entre a Corôa e o Povo, merecendo destaque a Magna Carta, a Petição de Direito e o Bill de Direitos. É precisamente no estudo dos referidos documentos que vamos encontrar a manifestação dos direitos fundamentais, no constitucionalismo inglês. A Magna Carta Libertatum (Magna Carta das Liberdades) data de 15 de junho de 1215, como decorrência da derrota que Felipe Augusto impôs a João Sem Terra, na batalha de Bouvines, travada em 27 de julho de 1214. Êsse primeiro documento solene da História Constitucional da Inglaterra viria a se constituir no ponto de partida para posteriores declarações e reconhecimento de franquias em favor do povo. Essa afirmativa é encontrada na demonstração que fêz o Prof. Orlando Bitar, citando os capítulos 39, 60, 61 da Magna Carta [11]. O capítulo 39, determinando que "nenhum homem livre será detido ou preso ou expulso de sua terra ou pôsto fora da lei ou exilado ou de outro modo destruído, nem lhe imporemos nossa autoridade pela fôrça ou enviaremos contra êle nossos agentes, senão pelo julgamento local de seus pares ou pelo direito da terra", representa a pedra fundamental do edifício das liberdades inglêsas, a semente fecunda do

[9] Paulino Jacques - Curso de Direito Constitucional - págs. 329.
[10] Orlando Bitar - Fontes e Essência da Constituição Britânica - págs. 107-108.
[11] Orlando Bitar - Op. cit. págs. 111-112.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 19 29/06/2018 15:35:44

princípio da legalidade, inclusive dos tributos, da instituição do juri e do **due process of law** das Emendas 5ª e 14ª da Constituição Norte-Americana. O capítulo 60 tira da Magna Carta o caráter de uma tábua de privilégios, em favor simplesmente dos barões, pois manda que êstes confiram aos seus vassalos os direitos de que haviam sido beneficiados. O capítulo 61 encerrava a preocupação da efetivação dos direitos consagrados, pois criava um corpo de defensores ou conservadores, formado por elementos eleitos, os quais deveriam zelar pela observância dos preceitos estabelecidos, no próprio documento.

A Petição de Direito é um produto do terceiro Parlamento, dos três convocados por Carlos I, no período de 1625 a 1628. O terceiro Parlamento, convocado nesse último ano, para votar fundos necessários à guerra contra a França, impôs ao soberano a Petição de Direito, que, aceita por Carlos I, viria a reafirmar os princípios liberais da Magna Carta e, ao mesmo tempo, consagrar outras garantias populares, não só de proteção à liberdade física, como também a do necessário consentimento do contribuinte às exigências tributárias da Corôa. (IV - **Due process of law**; V - **Habeas corpus**; VII - **Law of the land** cf. Magna Carta, art. 39; X - Consentimento do tributo).

As conquistas liberais na Inglaterra iriam ter uma consolidação com o Bill de Direitos de 16 de dezembro de 1689, fruto da Revolução Gloriosa, da qual também resultou o princípio da supremacia do Parlamento na Inglaterra. O Prof. Orlando Bitar mostra-nos que, "enquanto a Petição de 1628 refletia um **processus** ascensional, o Bill marca o auge dêsse **processus -** consagração solene da supremacia do Parlamento, sem cuja participação tornava-se impossível governar"[(12)]. Prossegue o nosso professor de Direito Constitucional, para caracterizar o Bill of Rights inglês de 1689 como catálogo de direitos: "A ilegalidade dos atos historiados no libelo é adiante demonstrada e justificada a legalidade dos atos contra os quais se insurgira o poder real, constituindo-se, assim, desta maneira oblíqua, um catálogo-tipo de liberdades".[(13)]

Ao lado dêsses três documentos, que constituem a Bíblia da Constituição Inglêsa, surge, na Inglaterra, o Ato de Habeas-Corpus de 1679, que viria consagrar proteção contra as prisões arbitrárias e o direito de ser o acusado ouvido pelo juiz. Êsse ato do Parlamento e os três documentos solenes acima referidos representam a importante colaboração inglêsa ao histórico das Declarações de Direitos. Marcelo Caetano distingue, quanto aos fatores geradores, as Declarações de Direitos do século 18 do Bill of Rights inglês de 1689. "Êste não tem fundamento filosófico nem ambiciona validade universal, é um ato relativo às relações entre o povo britânico e a Corôa, visando a reivindicação de certas liberdades, para os ingleses concebidas ainda a maneira antiga, isto é, simples proteção dos indivíduos, contra o arbítrio do monarca, mediante a formulação dos direitos e deveres recíprocos, em normas gerais e impessoais contidas numa carta. Ao passo que as declarações setecentistas são de imposição religiosa ou filosófica, referem-se ao Homem em

(12) Orlando Bitar - Op. cit. págs. 115.
(13) Orlando Bitar - Op. cit. págs. 115.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 20 29/06/2018 15:35:44

geral, e, por isso mesmo, revestem-se de certo estilo declaratório e possuem um caráter vago e abstrato, que foi a principal causa de sua ineficácia".[14]

Nas colônias Norte-Americanas, a evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais do Homem está ligada ao movimento liberal, que culminava com a emancipação, em 1776. Ocorreu, todavia, que o movimento pela Independência surgiu de modo isolado nas Colônias, que mais tarde se uniriam em uma Confederação, posteriormente transformada em Federação, do tipo associativo, já que os Podêres locais, isto é, os Podêres das Colônias, futuros Estados, antecederam aos Podêres que seriam conferidos, como de fato o foram à União. Nas manifestações liberais eclodidas nas Colônias Norte-Americanas, destaca-se a que se verificou em Virgínia, onde encontramos as páginas iniciais da história das Declarações de Direitos nos Estados Unidos. À Independência da Virgínia, proclamada em 15 de maio de 1776, seguiu-se a elaboração de sua Constituição, deliberando os constituintes fazer uma declaração solene, na qual se reconhecessem certos direitos, que consideravam inerentes à essência da pessoa humana. A Declaração de Direitos de Virgínia foi expedida em 12 de junho de 1776, pouco menos de um mês, antes da Declaração de Independência, de 4 de julho de 1776.

O Bill of Rights de Virgínia é formado por um preâmbulo seguido de 16 artigos, êstes resumindo não apenas direitos, mas também garantias para a efetivação dos mesmos. José Soder, analisando a Declaração de Virgínia, ensina que os dispositivos da mesma podem ser divididos em dois grupos: "os que assinalam os direitos e liberdades em particular, tanto para os indivíduos como para os cidadãos reunidos em grupo, e as garantias constitucionais estabelecidas para êsses direitos"[15]. Assinala ainda o ilustre professor da Universidade do Paraná que "Um lance de vista retrospectivo sôbre o conjunto da Declaração de Direitos de Virgínia faz-nos dizer que predomina o caráter progressista e ao mesmo tempo conservativo, tendente a garantir aos colonos americanos a vida naquela atmosfera de liberdade que de há muito vinham respirando. O catálogo dos direitos e das liberdades fundamentais está longe de ser completo. Assinala, porém, o principal, com ênfase na liberdade do indivíduo. De resto é de assinalar-se que predomina o caráter individualista-liberal, próprio da filosofia lockiana, da mentalidade anglo saxônica da época e do mercantilismo e pré-capitalismo do século 18".[16]

A idéia dos constituintes de Virgínia não tardou a ser seguida por outros Estados, que em suas Constituições, fizeram presentes uma Declaração de Direitos. Assim é que antes de 1789, ano da Declaração Francêsa, a História Norte-Americana registra as seguintes declarações:

Pensilvânia - 28 de setembro de 1776.

Maryland - 11 de novembro de 1776.

---

(14) Marcello Caetano - Op. cit. - 2.° vol. - págs. 274.

(15) José Soder - Direitos do Homem - págs. 89.

(16) José Soder - Op. cit. págs. 95.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 21 29/06/2018 15:35:44

Carolina do Norte - 18 de dezembro de 1776.
Vermont - 8 de julho de 1777.
Massachussets - 2 de março de 1780.
New-Hampshire - 31 de outubro de 1783[17].

A 4 de julho de 1776, foi proclamada a Declaração de Independência das Colônias Norte-Americanas, a qual agasalha em seu preâmbulo o reconhecimento e o respeito aos direitos fundamentais do Homem. A Constituição Norte-Americana não encerrou, em seu texto originário, uma enumeração de direitos e garantias individuais, a exemplo das Constituições dos Estados-Membros, todavia, o reconhecimento constitucional aos direitos individuais, por parte da União, nos Estados Unidos, foi feito através de emendas à Constituição Federal, primeiramente com as dez emendas iniciais, promulgadas em 1789, (garantias e direitos oponíveis à União) e com as emendas 13 (1865), 14 (1866) e 15 (1869), estas impostas pela União aos Estados-Membros.

Idealizadas na Inglaterra, formalizadas nos Estados Unidos, estava reservado à França o mérito de dar uma latitude Universal às Declarações de Direitos. Como bem acentua José Soder, a Declaração de Direitos do Homem da Revolução Francêsa exerceu uma influência muito maior que as Declarações Norte-Americanas, e a razão dessa disparidade de efeito está na diversidade do momento histórico em que as mesmas foram editadas[18]. A Revolução Americana tinha como objetivo a emancipação das Colônias subjugadas ao domínio inglês, sua repercussão se fêz sentir mais no próprio continente americano em que incentivo a outros movimentos de libertação. Outro aspecto envolve a Revolução Francêsa, esta ao ter como finalidade a destruição de um regime desastroso para o povo francês, representou também um ponto final no absolutismo monárquico, então dominante na Europa, e uma nova ordem político-constitucional, para a humanidade.

Em 8 de agôsto de 1788, Luiz XVI prometera enfim, reunir os Estados Gerais e invocaria novamente a cooperação de Jacques Necker, banqueiro suíço, e êste influenciaria de modo decisivo no sentido de que o Terceiro Estado tivesse a sua representação dobrada.

Instalados os Estados Grais, em maio de 1789, iriam ser tumultuados pelas exigências do Terceiro Estado, que inflamado pela brochura do abade Emanuel de Sieyès, "Que é o Terceiro Estado?", e tendo em vista as divergências surgidas, quanto ao modo de contagem dos votos, por proposta do próprio Sieyès, viria a se erigir em Assembléia Nacional, em 17 de junho de 1789, ponto de partida da Revolução. Aos representantes do Terceiro Estado, vieram a se reunir os representantes das classes privilegiadas, e a 9 de julho a Assembléia Nacional era transformada em Assembléia Constituinte. Dois dias depois precisamente em 11 de julho de 1789, era apresentado por La Fayette, um projeto de Declaração de Direitos do Homem, que seria seguido de outros projetos, como de Target,

(17) George Jellinek - La Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen - págs. 25.
(18) José Soder - Op. cit. págs. 97.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 22 29/06/2018 15:35:44

Sieyès, Mounier. No dia 12 de agôsto, a Assembléia nomeou uma comissão de cinco membros destinada a examinar os projetos, apresentados: em 26 de agosto de 1789, era expedida a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que, ulteriormente, se integraria no texto constitucional francês de 1791.

Sôbre as fontes de origem da Declaração Francêsa divergem os doutrinadores. Georg Jellinek[19] opina que se inspirou nas Declarações das Colônias Norte-Americanas, enquanto Paul Janet[20] descobre essa fonte no **Contrato Social** de Jean Jacques Rousseau, e outros como F. Larnaude [21] encontram na Declaração Francêsa um caráter essencialmente francês, ligado ao movimento revolucionário. Parece-nos mais viável o pensamento de Jelinek, sobretudo se nos ativermos ao fato de que La Fayette, constituinte francês de 1789 e autor do primeiro projeto da Declaração Francêsa, estivera nos Estados Unidos, lutara comandando tropas, em favor da Independência americana, e ao apresentar, seu projeto, em França, aponta a seus pares como modelo as Declarações das Colônias Norte-Americanas.

A Declaração Francêsa está formada por 17 artigos, cuja visão sucinta nos apresenta o seguinte catálogo de garantias e direitos consagrados:

Art. 1.°: Igualdade entre os homens.

Art. 2.°: Apresenta a liberdade, a, propriedade, a segurança e a resistência à opressão como direitos naturais e imprescritíveis dos Homens.

Art. 3.°: Faz com que o princípio da soberania repouse na Nação, daí o entendimento, até hoje, em França, da supremacia da Assembléia Nacional, mesmo existindo Constituição escrita, já que os franceses consideram a Assembléia Nacional como órgão representativo da Nação, e esta como a detentora da soberania.

Art. 4.°: Apresenta o conceito de liberdade, oferecendo como limites desta os direitos alheios.

Art. 5.°: Consagra o princípio da legalidade, a lei é encarada como o termômetro da ação do indivíduo.

Art. 6.°: Estabelece o princípio da generalidade das leis e a igualdade jurídica.

Arts. 7.°, 8.° e 9.°: Aplicam o princípio da legalidade à esfera criminal, e, ao mesmo tempo, consagram a presunção de inocência em favor dos acusados.

Arts. 10.° e 11.°: Consagram a livre manifestação do pensamento e de opinião, inclusive a liberdade religiosa.

Arts. 12.° e 13.°: Versam sôbre as garantias necessárias à efetivação dos direitos fundamentais do Homem, mostrando a necessidade da contribuição econômica de todos, no sentido da concretização de tais garantias.

---

[19] Georg Jellinek - Op. cit. págs. 13 e ss.

[20] Paul Janet - Histoire de la Science Politique dans ses Rapports avec la Morale - apud Mirkine-Guetzévitch.

[21] F. Larnaud - Prefaciando Jellinek - Op. cit.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 23 29/06/2018 15:35:44

Art. 14.°: Consagra o princípio da legalidade tributária. Os tributos devem ser estabelecidos não pelo livre arbítrio dos governantes, mas pelo assentimento dos contribuintes, dado diretamente ou através de seus representantes, aos quais cabe também determinar os meios de cobrança e o emprêgo do tributo pago.

Art. 15.°: Dispõe sôbre a responsabilidade dos agentes da administração pública.

Art. 16.°: Exalta e consagra a separação de Podêres e dos direitos individuais. Destinava-se a ser o fulcro do constitucionalismo histórico (ideológico), hoje superado pelo constitucionalismo neutro ou moderno. Ao dizer a Declaração Francêsa que só teria Constituição a sociedade que garantisse os direitos individuais e acatasse a separação de Podêres, criou o conceito filosófico ou ideal de Constituição. O art. 178 da nossa Constituição de 1824, ao afirmar que "é só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Podêres políticos, *e* aos direitos políticos e individuais do cidadão", reflete bem a influência do art. 16 (e diretamente de Benjamin Constant) no constitucionalismo brasileiro do Império.

Art. 17.°: Admite a propriedade como direito inviolável e sagrado. Prevê, contudo, a desapropriação em caso de necessidade pública, sempre porém precedida da justa indenização.

Tanto a Declaração Francêsa de 1789 como as Declarações das Colônias Norte-Americanas se preocuparam mais com a segurança **jurídica** do indivíduo, descurando quanto a sua segurança **econômica.** Já as Declarações de Direitos do século 20, subseqüentes às duas grandes guerras, tiveram a grande preocupação de oferecer ao indivíduo não apenas garantias jurídicas mas também a segurança econômica. Todavia, é necessário que se diga que, em França, vozes se levantaram em favor de garantias sociais e econômicas, em favor do indivíduo. Assim é que Aulard informa que o direito ao trabalho era freqüentemente debatido pelos oradores e jornalistas de 1789 [(22)]. O projeto de Robespierre, apresentado em 21 de abril de 1793, à Sociedade dos Jacobinos, e por esta adotado, como ensina Bóris Mirkine-Guetzévitch, "se tornou, para os republicanos franceses da primeira metade do século 19, uma Carta de Democracia Social" [(23)]. O projeto de Robespierre não se limitava a estabelecer o direito de propriedade, como segurança econômica, mas também estabelecida o direito à subsistência e ao trabalho, como também obrigava o Estado a dar assistência à indigência e oferecer a todos instrução. A Constituição Francêsa de 1793 não adotou o projeto de Maximiliano Robespierre, mas não olvidou a segurança social do indivíduo. Mostra Bóris Mirkine-Guetzévitch que o art. 2.° da Declaração Francêsa de 1793 está decalcado no art. 11 do projeto de Robespierre, como se vê abaixo:

Projeto Robespierre - Art. 11.°: "A sociedade é obrigada a prover a subsistência de todos os seus membros, seja em lhes procurando trabalho, seja em assegurando os meios de vida àquêles que estão impossibilitados de trabalhar".

---

(22) A. Aulard - Histoire Politique - apud Mirkine-Guetzévitch.

(23) Mirkine-Guetzévitch - Op. cit. - págs. 147.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 24 29/06/2018 15:35:44

Declaração Francêsa de 1793 - Art. 2.°: "Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, seja em lhes procurando trabalho, seja em assegurando os meios de vida àqueles que estão impossibilitados de trabalhar.[24]

Como já frisamos, sòmente no século atual é que as Declarações de Direitos viriam a oferecer ao indivíduo eficaz segurança econômica.

4 - INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Difundidos pela Declaração Francêsa de 1789 e considerados como um dos pressupostos do constitucionalismo histórico, os direitos fundamentais do Homem, Catecismo da Humanidade, (Condorcet), foram também reconhecidos por vários outros Estados, tanto na Europa, como na América, ora sob a influência do constitucionalismo europeu, ora sob a inspiração do constitucionalismo norte-americano. Entretanto, no século 20, os direitos fundamentais receberiam um reconhecimento internacional, aliás bem condizente com o seu caráter de direitos do Homem, independentemente da nacionalidade que êste possua. Terminada a segunda guerra mundial, as modificações surgidas em vários Estados, com a substituição de regimes políticos, houve uma nova fase de elaboração constitucional, a exemplo do que se dera quando do término do conflito de 1914. Os Estados que reformularam suas Constituições não faltaram com suas atenções aos direitos fundamentais do Homem, cujo desrespeito atingira o auge no decurso do último conflito mundial. Assim é, que a Constituição Francêsa de 1946 dedicou o seu preâmbulo para reconhecer solenemente "que todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, nem de crença, possui direitos inalienáveis e sagrados", para mais de adiante reafirmar os direitos estabelecidos pela Declaração de 1789. A atestação dos direitos fundamentais pelos Estados que reformularam seus sistemas constitucionais, após a segunda grande guerra, viria trazer grande influência no movimento de internacionalização dos mesmos coroados com a Declaração dos Estados Americanos, com a Declaração da Organização das Nações Unidas, ambas de 1948 (Maio e Dezembro) e posteriormente com a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em 1950.

O movimento em favor do respeito universal dos direitos do Homem está ligado à sua própria natureza, isto é, a serem direitos inerentes à essência da pessoa humana, direitos acima do Estado, não outorgados por êste, mas apenas reconhecidos. Ora, partindo dêsse conceito e levando em conta que vários Estados não respeitavam, na plenitude, tais direitos, menosprezando a dignidade da pessoa humana, viram os defensores dos direitos individuais na internacionalização dêstes a possível solução para a crise por que estavam passando. Um reconhecimento universal eqüivaleria não apenas a aceitabilidade geral, mas também a uma

[24] Mirkine-Guetzévitch - Op. cit. - págs. 149.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 25 29/06/2018 15:35:44

superioridade em relação aos Estados, porquanto iriam ser declarados por órgãos internacionais. O continente americano tem o mérito de haver iniciado êsse movimento internacional, pois em 1916 o Instituto Americano de Direito Internacional, criado, em 1912, como órgão colaborador da União Panamericana, começou a estudar a possibilidade de uma Declaração de Direitos, com caráter internacional, partindo do projeto apresentado por A. Alvarez, que, de início, não foi aprovado. Entretanto, em 1929, o Instituto de Direito Internacional expedia uma Declaração de Direitos Internacionais do Homem, aprovada em sessão realizada em Nova York, a 12 de outubro do mesmo ano; essa declaração era produto de um projeto de Lapradelle, elaborado em 1921 e ulteriormente revisto e modificado por Mandelstam.[25]

Caminhando até o momento em que os direitos fundamentais foram reconhecidos pela Organização das Nações Unidas, depara-se-nos, em 1941, um importante documento, que viria exercer grande influência nas Declarações de Direitos, que seriam proclamados pelos Estados Americanos e pelas Nações Unidas. Referimo-nos à mensagem do presidente Franklin Delano Roosevelt, encaminhada, em 6 de janeiro, ao Congresso (State of the Union). Nessa mensagem, que todos os anos o presidente norte-americano envia ao Congresso, dizendo do estado da União (Constituição de 1787, art. II, Sec. 3ª), Roosevelt, em 1941, após ressaltar o importante papel dos Estados Unidos, em auxílio a outros países, fêz sentir a necessidade de se reconstruir, após o término da guerra, um clima de segurança universal, no qual quatro liberdades garantissem o respeito à dignidade humana: liberdade de palavra, liberdade de religião, liberdade contra a miséria e a indigência e liberdade contra o temor. Os ideais defendidos por Roosevelt, no seu discurso-mensagem, apareceriam meses depois na Carta do Atlântico, de 14 de agosto de 1941, que, segundo opinião de José Soder, ainda que não fôsse um acôrdo de valor jurídico, no campo do Direito Internacional, demonstrava os princípios pelos quais as potências aliadas se empenhavam em lutar.[26]

A Conferência Interamericana sôbre os problemas da guerra e da paz, reunida no México, de 21 de fevereiro a 8 de março de 1945, delegou podêres à Comissão Jurídica Interamericana para a elaboração de um esboço dos direitos e deveres internacionais do Homem. Tal esboço foi debatido na 9ª Conferência dos Estados Americanos, reunida em Bogotá, no período de 30 de março a 2 de maio de 1948 e aprovado pela mesma, foi transformado na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, integrada de 37 artigos, precedidos de considerandos e de um preâmbulo. O reconhecimento dos direitos fundamentais do Homem pelos Estados Americanos representaria passo decisivo para um reconhecimento internacional de maior amplitude, dentro de meses, o das Nações Unidas.

---

[25] José Soder - Op. cit. - págs. 116.
[26] José Soder - Op. cit. - págs. 117.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 26 29/06/2018 15:35:44

A Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, não apresenta um catálogo dos direitos fundamentais do Homem, todavia lhes fêz referência não apenas em seu preâmbulo, mas também em outras provisões .sobressaindo os artigos 55, alínea "C" e 68. Após afirmar, em seu preâmbulo, um compromisso de crença nos "direitos fundamentais do Homem, na sua dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres" [27], disse em seu art. 55, alínea "C", que "com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessários às relações pacíficas e amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão o respeito universal e efetivo aos direitos do Homem e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião"[28]. Logo adiante o art. 68 encerrava disposição, dando competência ao Conselho Econômico e Social para zelar pelo respeito dos direitos do Homem, através de uma Comissão Especial. No período de 23 de janeiro a 18 de fevereiro de 1946, foi instalada, em Londres, a primeira reunião do Conselho Econômico e Social da O.N.U. e êste tomou, em 16 de fevereiro, a resolução de criar a Comissão para os Direitos do Homem, que, funcionando inicialmente com nove membros, teve depois o seu número aumentado para dezoito. Essa Comissão teve a presidi-la a Sra. Eleonora Roosevelt, representante dos Estados Unidos e como relator o dr. Charles Malik, representante do Líbano, contando ainda com a presença dos seguintes países: Austrália, Bélgica, Chile, China, Egito, França, Filipinas, índia, Inglaterra, Irã, Iuguslávia, Paraná, Rússia Branca, Ucrânia, União Soviética e Uruguai[29]. A Comissão dos Direitos do Homem efetuou sua primeira reunião, em Nova York, no período de 27 de janeiro a 10 de fevereiro de 1947, e na sua segunda sessão, realizada em Genebra, no período de 2 a 17 de dezembro do mesmo ano, examinou os projetos destinados a se transformarem no Bill of Rights das Nações Unidas. Na oportunidade, decidiu a Comissão elaborar dois projetos que seriam oferecidos ao estudo dos Estados membros da O.N.U. O primeiro destinava-se a ser uma Declaração de Direitos e teve como principal elaborador o representante francês René Cassin, enquanto o segundo destinava-se a se transformar em Convenção, que teria uma fôrça de acatamento maior que a declaração[30]. A Comissão de Direitos do Homem realizou a sua terceira reunião na cidade de Nova York, de 24 de maio a 18 de junho de 1948. Nessa ocasião, foi examinado o projeto de Declaração, já com as sugestões dos Estados integrantes da O.N.U., o qual, aprovado, foi encaminhado ao Conselho Econômico e Social, juntamente com o projeto de Convenção, sem, contudo, haver deliberado a respeito do último. O Conselho Econômico e Social decidiu enviar unicamente à Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas o projeto da Declaração de Direitos. O projeto foi enviado à 3ª Comissão da Assembléia, que, após estudá-lo,

[27] Preâmbulo da Carta das Nações Unidas.
[28] Da Carta das Nações Unidas.
[29] José Soder - Op. cit. - págs. 199.
[30] José Soder - Op. cit. - págs. 201.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 27 29/06/2018 15:35:45

o aprovou por vinte votos, registrando-se, todavia sete abstenções. Finalmente, foi o projeto debatido na Assembléia Geral, reunida em Paris, que o endossou, transformando-o na Declaração Universal de Direitos do Homem. Essa decisão foi tomada em 10 de dezembro de 1948, por 48 votos, havendo oito abstenções - União Soviética, Ucrânia, Rússia Branca, Polônia, Tcheco-Eslováquia, Iuguslávia, União Sul-Africana e Arábia Saudita.[31]

Atingindo o reconhecimento universal, os direitos fundamentais, que também já haviam sido reconhecidos pela comunidade americana, viriam ainda a ser reconhecidos pelos Estados da Europa. Em 5 de maio de 1949, foi criado, em Londres, o Conselho Europeu, no seio do qual seria coroado o movimento europeu em favor dos direitos do Homem, pois a Assembléia Consultiva dêste, na cidade de Roma, em 4 de novembro de 1950, aprovava a Convenção Européia dos Direitos do Homem, que possui um Protocolo Adicional, assinado em Paris, a 20 de março de 1952. Estava, assim, quase completa a vitória dos precursores do movimento pela internacionalização dos direitos fundamentais do Homem; dizemos quase completa, porque de fato ela só será quando países que se abstiveram de participar dos movimentos acima vistos reconheçam os direitos do Homem em tôda a plenitude, e quando também os organismos internacionais, como é o caso da Organização das Nações Unidas, possuírem meios mais eficientes a fim de que imponham aos seus membros o respeito pleno aos direitos essenciais da pessoa humana.

[31] José Soder - Op. cit. - págs. 204.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 28 29/06/2018 15:35:45

A ENCÍCLICA *RERUM NOVARUM* *

RAYMUNDO DE SOUZA MOURA
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

A quinze de maio de mil oitocentos e noventa e um era publicada a encíclica *Rerum Novarum,* de Leão XIII. O Pontífice que alcançou a cátedra de Pedro em idade avançada, governou a Igreja ainda por 25 anos, deixando o seu supremo magistério já nonagenário, mas em plena lucidez. É bem significativo que na famosa profecia de São Malaquias lhe foi atribuída esta legenda: *Lumen in coelo* (luz do céu). Há no salão de honra do Tribunal Superior do Trabalho um retrato seu, de autoria de um dos maiores pintores brasileiros, Eliseu Visconti, e no precioso quadro vê-se, em bela perspectiva, a irradiação que vem do firmamento derramar-se sôbre a figura do Papa.

Há oitenta anos surgiu aquêle pronunciamento, que marcou uma data na história da participação da Igreja na ordem temporal. As condições pelas quais foi criada a chamada "questão social", lembram-se nestas palavras que proferi em outra oportunidade: "A sociedade liberal correspondeu a um estado de espírito que vem desde o Renascimento. Com as descobertas de Copérnico e Colombo, nos campos da astronomia e da geografia, dilatou-se o espaço que antes confinava o homem, libertou-se êste de idéias tradicionais, transtornaram-se profundamente suas concepções do mundo. São êles, diz Funck Brentano, os vultos de maior influência sôbre a sociedade nova. Suas revelações inspiraram a confiança, o gosto da aventura, a alegria. Pela extensão do comércio, pelo afluxo dos metais preciosos e as variações monetárias resultantes, pela abertura de novas vias de navegação e o rápido crescimento do número de navios sôbre os mares; pelo descobrimento do mineral e o desenvolvimento de indústrias até então desconhecidas, ou relegadas ao quadro estrito de uma indústria de luxo, e pelos movimentos da prata, que seguidos da ação que exercem e dos proveitos que dêles se arrancam, deviam ocupar um lugar cada vez maior na vida econômica e social, vemos aparecerem essas figuras representativas dos tempos novos: os grandes e poderosos financeiros. Sua atividade e seus interêsses não conhecem fronteiras. Seu domínio é internacional.

É claro que êsse mundo eufórico, audacioso e suficiente, senhor das rotas marítimas, de continentes inviolados, de riquezas jamais sonhadas, só requeria um clima para o exercício de seu poder: que o deixassem livre. A liberdade era uma condição da sua aventura, e a partir de então, como já se disse, ela fêz a sua grande experiência. O capitalismo operou sua marcha, estabeleceu o conjunto de suas instituições e regras, criou a liberdade política, assegurou à produção e à

* Publicado na Revista TRT-8ª Região, Ano IV, n. 7, p. 9-12, jul./dez./1971.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 29 29/06/2018 15:35:45

repartição das riquezas o primeiro lugar no espírito dos homens. Fêz o direito à sua imagem e semelhança e se tornou o denominador de tôdas as coisas. Georges Ripert, em "Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno", estuda magistralmente êsse processo evolutivo. Surgiram, porém, os sinais inquietantes de que essa corrida fora feita apenas para os fortes. Em suma, era aplicação na ordem social do fatal princípio de seleção existente entre os sêres inferiores. Os fracos eram atropelados e o seu número crescia. Mas o homem é dotado de razão e deveria compreender que a sociedade tem por fim assegurar a cada um dos seus membros o respeito como pessoa, as condições indispensáveis à sua felicidade. Criou-se uma classe especial de deserdados, os proletários, isto é, aquêles que não só não tinham nenhuma oportunidade para uma vida melhor, mas ainda eram explorados na propriedade do seu trabalho. Os contratos de trabalho, sujeitos à livre concorrência, à liberdade jurídica abstrata, não representavam mais do que o abuso cruel contra a desigualdade econômica. Os juristas chamaram a êsses ajustes, expressivamente, "contratos de adesão".

Definidas as condições históricas e conhecido o estado de espírito que geraram a "questão social", e passando-se a apreciar a posição da Igreja Católica em face do tema, a primeira pergunta é se ela tem o direito ou o dever de intervir nesse assunto. A preponderância do espiritual, no ministério da Igreja, não a dispensa da ação no plano puramente humano. Marcel Devis, num estudo sôbre a prece, lança êste precioso pensamento: "Adorar, contemplar, e, na adoração contemplativa literalmente se perder, é uma ocupação que não se pode manter longamente sôbre a terra. Alguns privilegiados aí permanecem em indivizíveis instantes que parecem escapar à duração; depois êles sentem de novo a densidade dos seus corpos". Adiante acentua: "A Igreja, como a mãe dos viventes, não se agarra ao balcão para contemplar a aventura humana, mas entra no seu torvelinho". Por igual, Jean Danielou lembra que neste mundo da técnica, compreendemos melhor o aspecto material da existência do homem, o lugar e a categoria do seu corpo. Isso nos faz aprofundar um traço fundamental do Cristianismo, ou seja, que êste não é apenas o espiritualismo, no sentido platônico do têrmo, colocando a alma contra o corpo. O corpo também é uma criatura de Deus e é votado à ressurreição".

Se fôssemos buscar as raízes dessa missão, lembraria eu o milagre da multiplicação dos pães, segundo o Evangelho. Para alguns teólogos, o transcendente episódio anuncia a instituição da Eucaristia. Poderá significar tôdavia que todos os homens devem ser saciados não apenas da palavra de Deus mas, por igual, dos bens essenciais à vida material condigna.

Cumpre salientar que não fôra a encíclica *Rerum Novarum* manifestação tardia. Como relata o escritor norte-americano Emmet John Hughes, em seu estudo intitulado "Ascensão e decadência da burguesia", os pronunciamentos de Leão XIII estavam longe de constituir repentes isolados de um pontífice facundo por índole, cujo senso de decôro social surpreendesse de chôfre uma hierarquia apática. Sua doutrina não se limitava a formular uma tradição de pensamento

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 30 29/06/2018 15:35:45

sociológico que tinha profundas raízes no passado: elas exprimiam ainda um evangelho social, que, na ocasião, encontrava propagandistas esforçadas em tôdas as camadas da Igreja. De todos êsses homens, é símbolo o Cardeal Manning, que se distinguiu "como um dos melhores propugnadores da causa do trabalho". Essa é a resposta adequada àqueles que procuram diminuir a fôrça e oportunidade da *Rerum Novarum.*

O mundo, em nossos dias, debate-se ainda entre duas linhas ideológicas: aquela que procede de Marx - o materialismo dialéctico, e aquela expressa por Leão XIII, mais tarde confirmada por Pio XI, em "*Quadragésimo Anno", e* já agora em *Octogésima Adveniens,* de Paulo VI - A cristianização da vida material do homem. Como sempre sucede, os extremos não prevalecerão. O homem terá capacidade de ajustar as conquistas da técnica, de modo a garantir a integral afirmação do seu ser. O pensamento humanístico, que cria as idéias necessárias à sobrevivência da humanidade, conviverá com os computadores, que serão, apenas, seus servos e não seus tiranos. O tempo e o efêmero serão impregnados do eterno e do absoluto. O pensamento de Leão XIII, sàbiamente manifestado há oitenta anos, na encíclica que marcou a direção de novos rumos, alcança expansão e substância como uma fonte de inspiração permanente. A nossa esperança se resume nestas palavras de Etienne Gilson: "O homem há de construir uma civilização do trabalho que seja ao mesmo tempo uma civilização da liberdade".

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 31 29/06/2018 15:35:45

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 32 29/06/2018 15:35:45

INVALIDADE E EFICÁCIA DO CONTRATO DE TRABALHO[1]

Elson GOTTSCHALK

ESQUEMATIZANDO:

Elementos essenciais e acidentais do contrato de trabalho como fatores de nulidade e anulabilidade

- pressupostos (elem. extrínseco)
  - capacidade
  - idoneidade de objeto
  - forma (?)
- legitimação (?)
- requisitos (elem. intrínseco)
  - consenso
    - erro
    - dolo
    - coação
  - causa
    - falsa
    - ilícita
- têrmo
- condição

1 - INVALIDADE E EFICÁCIA. Em têrmos de contrato de trabalho as tradicionais regras da dogmática civilista passam por uma revisão tão profunda que choca o espírito conservador dos juristas clássicos.

Realmente, parece insólito ou herético a afirmação de que um contrato nulo por invalidade de seus *elementos essenciais* possa produzir efeitos jurídicos, portanto, ser dotado de uma limitada *eficácia.* Isto ocorre freqüentemente em Direito do Trabalho, como veremos mais adiante. Por enquanto, esclareçamos o *esquema* acima delineado segundo os cânones civilistas, que é a fonte perene de inspiração de todo negócio jurídico, inclusive, portanto, o rebelde contrato de trabalho.

Como todo negócio jurídico, pois, o contrato de trabalho requer, para sua *validade,* a conjunção de *elementos extrínsecos* e *intrínsecos,* modernamente distinguidos, respectivamente, sob a denominação de *pressupostos* e *requisitos.*

São *pressupostos* do contrato de trabalho:

a) a capacidade das partes;

b) a idoneidade de objeto.

Êsses elementos são assim denominados porque devem existir antes da realização do negócio jurídico, estão no mundo exterior; pré-existindo ao processo volitivo são *pressupostos* do negócio jurídico.

---

[1] Aula-Conferência pronunciada na Faculdade de Direito de Niterói, em 4 de maio de 1971, a convite do prof. GERALDO M. BEZERRA DE MENEZES. (Publicado na Revista TRT-8ª Região, Ano IV, n. 7, p. 39-51, jul./dez./1971)

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 33 29/06/2018 15:35:45

Com o acôrdo de vontades dos que o celebram, como agentes capazes, êsses elementos extrínsecos integram-se na relação jurídica que o consentimento propulsiona. Os *requisitos,* isto é, os elementos intrínsecos são:

a) o consenso;

b) a causa.

Por simplificação, pode dizer-se que a validade do contrato de trabalho requer o consenso de pessoas capazes, declarado para a realização de atividade lícita, e possível, nos limites de sua função económico-social típica. O agente capaz, o consentimento livre, o objeto e a causa lícitos seriam, assim, os elementos essenciais do contrato de trabalho. Estando presentes no contrato de trabalho diz-se que há *validade* do mesmo.

Já a ineficácia supõe um negócio jurídico *vàlidamente* feito, e portanto suscetível de execução, mas que está privado de *efeitos* pela verificação, ou não, de um fato determinado. No contrato de trabalho a sua *eficácia* pode depender de cláusula inserida em seu contexto, mediante a qual se torna exeqüível plenamente se se realiza um, evento futuro, o qual pode suspender os seus efeitos ou resolvê-los. Se o evento é incerto, configura-se uma *condição;* se certo, um *têrmo.*

O estudo que temos em vista, porém, não é analisar a *eficácia* do contrato de trabalho sob êste aspecto; mas, sim, sob o plano mais restrito da *eficácia* de um contrato de trabalho embora *inválido* na sua constituição intrínseca. *Eficácia,* portanto, de um contrato inválido. E não a eficácia de um contrato sujeito à determinação de vontade acidentalmente feita pelas partes.

No esquema acima assinalamos uma primeira interrogação na palavra LEGITIMAÇÃO. Será ela elemento essencial à validade do contrato de trabalho? Trata-se de vocábulo tomado de empréstimo ao direito processual. Para alguns autores em direito material a *legitimação* constituiria uma espécie de *capacidade especial* do agente para outros, se identificaria a uma *idoneidade específica de objeto.* Nessas condições seria elemento essencial do contrato.

Entretanto, levar a *legitimação* ao extremo de equipará-la à capacidade da pessoa adquirir e exercer direitos, encerraria um exagero que redundaria numa "capitis deminutio" para certas categorias de pessoas que, segundo o Direito do Trabalho, estão apenas proibidas de se colocarem na posição de devedores da obrigação de trabalho, em relação a certas atividades reputadas por lei insalubres ou perigosas. É o que ocorre com as mulheres e os menores. É também o que se passa com certas pessoas que não podem exercer determinadas profissões regulamentadas em lei, por lhes faltar o diploma: químico, farmacêutico, enfermeiro, sociólogo etc. É ainda a mesma a situação do estrangeiro, que está impedido, entre nós, de exercer certas atividades como a de jornalista. Em todos êsses casos há, simplesmente, uma *incompatibilidade* do sujeito com determinado gênero de trabalho, mas não para todo trabalho. Assim, a mulher, o menor, o enfermeiro prático, o estrangeiro podem celebrar qualquer atividade remunerada, exceto aquelas que a lei expressamente proíbe. Não quer dizer que essas pessoas são incapazes ou que o objeto da prestação seja ilícito, não, apenas elas não estão

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 34 29/06/2018 15:35:45

juridicamente legitimadas para prestar certo gênero de atividade. Trata-se, ademais, de uma legitimação de direito material, que não admite sequer a *representação* por outra pessoa, como, em oposição, ocorre na "legitimatio ad-processum" do direito processual.

Fizemos, ainda, no *esquema* uma segunda interrogação. A FORMA do contrato de trabalho não constitui, em verdade, elemento essencial para a sua *validade.* Nenhuma disposição da legislação trabalhista, de caráter genérico, prescreve a forma especial para a sua celebração, sob pena de nulidade; sendo, portanto, informal ou destituído de forma vinculante na quase generalidade dos casos. Apontaríamos a *forma* como elemento essencial à sua validade apenas nos contratos Celebrados pelos tripulantes das embarcações mercantis (marítimos), que devem ser matriculados nas Capitanias dos Portos, mediante um *ato administrativo* (MALVAGNI, TORRENTE), o qual reveste o ato de solenidade especial, que se impõe também para *distratar,* em caso de desligamento com o proprietário da embarcação. Apenas nestes casos a *forma* do ato jurídico constitui elemento essencial à sua validade, é "ad substatiam negoti" e não "ad probationem". Mas os marítimos constituem uma categoria numericamente insignificante no conjunto dos trabalhadores subordinados.

Feitos êsses reparos preliminares concluímos que a *legitimação e forma* não são elementos essenciais à validade do contrato de trabalho; consequentemente, podem deixar de existir e a sua falta não conduz à nulidade ou anulabilidade do contrato referido.

Vejamos agora os *pressupostos* do contrato de trabalho.

2 - AGENTE CAPAZ. Segundo o nosso Código Civil, são *absolutamente incapazes:* a) os menores; b) os loucos de todos os gêneros, e c) os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade São relativamente incapazes: a) os maiores de 16 e menores de 21 anos; b) os pródigos, e c) os silvícolas, os quais poderão reabilitar d capacidade pelo processo civilizador.

Assim, se fôssemos aplicar literalmente ao Direito do Trabalho essas regras sôbre capacidade civil, resultariam que os menores de 16 anos; os psicopatas e tôda gama de alienados e os surdos-mudos que não podem exprimir a sua vontade são *agentes absolutamente incapazes* para celebrar o contrato de trabalho. Mas o Direito do Trabalho subverte várias regras da velha dogmática civilista, dentre elas as que versam sôbre a capacidade das pessoas, derrogação que dá origem a uma das condições para justificar a *autonomia científica* dêste novo ramo do Direito. As regras de capacidade aplicáveis ao Direito do Trabalho devem, segundo justa observação de RIVA SANSEVERINO, conciliar duas finalidades dignas de relêvo: de um lado, a necessidade de ampliar a capacidade do indivíduo de dispor do próprio trabalho, que é meio de subsistência; e de outro, a necessidade de limitá-la, para evitar deploráveis abusos. Para que a inexperiência ou a insanidade não sejam motivações para levar os ladinos e inescrupulosos a abusarem de menores ou outras pessoas incapazes no ato da celebração ou no curso da execução de

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 35 29/06/2018 15:35:45

contratos desvantajosos. Daí G. BOLT, G. CAMERLYNCK, P. HORION, A. KAYSER, M. G. LEVEN BACH e L. MENGONI resumindo num volumoso e extraordinário livro intitulado "Le Contrat de Travail dans le Droit des Pays Membres de la C.E.C.A.", escreverem que a capacidade reveste um caráter de direito público mais do que de direito privado, sendo inspirada por um desejo de proteger além de uma das partes a própria saúde pública[(2)].

Vai daí que enquanto para o Direito Civil os menores compreendidos na faixa etária dos 12 aos 16 anos são *absolutamente* incapazes e os que estão entre os 16 e os 21 anos são *relativamente* incapazes, para o Direito do Trabalho são *absolutamente* incapazes os menores que estão na faixa etária inferior a 12 anos, e *relativamente* incapazes os que estão entre 12 e os 18 anos de idade. Vemos, assim, que o Direito do Trabalho ampliou a capacidade das pessoas, reduzindo a idade do absolutamente incapaz para 12 anos e, por outro lado, antecipou a plena capacidade, reduzindo de três anos a tradicional capacidade civil, que passa para os 18 anos, idade em que o menor emancipa-se para a realização de todos os atos relativos às relações de trabalho; seja a capacidade de direito material, seja a de direito processual. Podemos dizer, então, que há uma *maioridade civil* ao lado da *maioridade trabalhista,* sendo esta de aquisição antecipada.

Ocorre, ainda, que em Direito Civil o *absolutamente incapaz,* isto é, os que contam menos de 16 anos são *representados* pelos seus pais ou tutores, podendo essas pessoas realizarem qualquer ato jurídico em seu nome; ao passo que o *absolutamente incapaz* em Direito do Trabalho não pode ser *representado* pelo seu pai ou representante legal, pôsto que a legislação trabalhista proíbe o trabalho ao menor de 12 anos. Por outro lado, o menor *relativamente capaz* em Direito do Trabalho, isto é, os que estão entre os 12 e 18 anos, portanto deveriam ser *assistidos* segundo as tradicionais regras civilistas, podem independentemente dessa *assistência* do pai ou tutor praticar certos atos jurídicos, quando, por exemplo, passa o recibo de quitação do salário com fôrça liberatória da obrigação fundamental do empregador, vale dizer, o pagamento do salário (art. 439 da CLT). Não poderia o menor, entretanto, nesta faixa de relativamente capaz quitar o empregador da obrigação relativa ao pagamento de indenização de antigüidade, aviso prévio ou férias. Também o pai ou tutor não poderiam celebrar o contrato de trabalho do *relativamente capaz* sem a sua presença e participação de sua vontade, pois as energias de trabalho representam um *bem* indisponível por terceiros como observam CARLO SEGA e CARNELUTTI [(3)]. Para êsses autores faltaria aí uma *legitimação* de direito material; enquanto que para J.M. VERDIER a intervenção do menor relativamente incapaz no ato da celebração se justifica em razão do caráter pessoal mais do que patrimonial do contrato, daí o menor *consentir pessoalmente,* embora com a autorização do representante legal[(4)].

---

(2) EUROLIBRI, Dalloz et Sirey, Paris, pág. 52.

(3) C. SEGA, "La Capacità Lavorativa e la sua Tutela Giuridica", "Milano, Dott. A. Giuffrè - Editore, 1948, pág. 33; CARNELUTTI, "Legitimazione al Contratto di Lavoro", in Foro Italiano, 1938, pág. 73.

(4) J.M. VERDIER, Librairie Dalloz, Paris, 1970, pág. 61.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 36 29/06/2018 15:35:45

Sendo o empregador de *menoridade* segundo as leis civis não pode celebrar vàlidamente o contrato de trabalho, pôsto que as regras imperativas sôbre capacidade incidem apenas sôbre o trabalhador subordinado. Ressalvados os casos de emancipação, estabelecimento com economia própria, diplomação em instituições de ensino oficial e emprêgo público o empregador com menos de 21 é relativamente incapaz, e com menos de 16 é absolutamente incapaz. Mas êsses casos são de pouca relevância jurídica, pois se alguém como empregador contrata empregado para trabalhar em sua emprêsa, está estabelecido com economia própria; e se não é própria a economia porque a emprêsa é de propriedade do pai do menor, presume-se a autorização daquele, estando o empregado trabalhando sem objeção alguma do responsável pelo menor empregador contratante. Não haveria aí invalidade do contrato de trabalho com fundamento na incapacidade do agente.

Mas, no caso de um trabalho prestado por menor de 12 anos a invalidade do contrato seria absoluta, nulo seria "pleno jure", pois segundo a regra tradicional "quod nullum est, nullum producitur effectus". Esta regra entretanto não pode ser aplicada ao rebelde contrato de trabalho. E aí teremos uma das mais importantes derrogações pelo Direito do Trabalho aos princípios tradicionais de capacidade e obrigações. A regra prevalente universalmente é a de trabalho prestado salário ganho. Mesmo o menor absolutamente incapaz que prestou trabalho ilícito deve ser remunerado. Embora nulo o ato por incapacidade do agente, a *eficácia do negócio* deve ser reconhecida pelo Direito, porque a não ser assim haveria um locupletamento sem causa A fôrça de trabalho é irreversível uma vez prestado, e a aplicação pura e simples da teoria das nulidades beneficiaria apenas ao empregador. Independentemente de recurso à técnica civilista do enriquecimento ilícito ou da repetição do indébito para justificar o pagamento do salário por um trabalho prestado por pessoa absolutamente incapaz, o Direito do Trabalho construiu a sua própria teoria firmando a regra da *irretroatividade dos efeitos da nulidade* aplicáveis às relações de trabalho. Assim, o Direito do Trabalho sanciona a *eficácia* de um contrato nulo em têrmos de sua validação quanto à execução em forma específica, pela contingência material da irreversibilidade da prestação de trabalho.

3 - OBJETO DA PRESTAÇÃO. Para que haja validade de um contrato de trabalho êste tem que. versar sôbre objeto lícito, moral e possível. A *idoneidade de objeto* representa, pois, um elemento extrínseco essencial à sua validade. Além de *lícito* deve ser *moral* e *possível* o objeto do contrato de trabalho. A moralidade e a possibilidade do contrato de trabalho dizem respeito à prestação devida pelo empregado, sendo difícil de se configurar êsses defeitos em relação ao objeto da prestação devida pelo empregador. Seria *ilícito* o objeto da prestação se o empregador pagasse a remuneração do empregado apenas com a utilidade alimentação ou habitação. A lei estatui que tais prestações "in natura" não podem exceder a setenta por cento dos salários. O contrato seria nulo; mas como a nulidade, no caso, corresponde também a uma violação de norma imperativa,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 37 29/06/2018 15:35:45

a cláusula nula seria automaticamente substituída, salvando-se a *eficácia* de um contrato incompleto ou defeituoso na determinação da vontade das partes.

Já quanto ao objeto da obrigação afeta ao empregado esta seria ilícita se fôsse ajustada uma atividade que contraria a ordem pública, os bons costumes ou de impossível execução material. Assim, seria inválido o contrato de trabalho para a prática do terrorismo, do cangaceirismo ou do jôgo de azar. Ou se a prestação ofende ao sentimento de moralidade reinante em determinada época e meio social. Pouco importando que a imoralidade seja unilateral ou bilateral, prevalece sempre a tradicional regra do "nemo auditor propriam turpitudinem allegans". O exemplo clássico é o trabalho em caso de tolerância, em prostíbulos ou a corretagem matrimonial [(5)]. Finalmente, o objeto deve ser possível, pois "ad impossibilia nemo tenetur". Não seria reconhecível a validade de uma prestação e do contrato que a convolasse para alguém ser astronauta (claro, sem o fornecimento de recursos materiais), ou com um vidente para prever o bilhete premiado da loteria federal, da esportiva ou para as oscilações de valor das ações na Bolsa de Valôres. Em todos êsses casos o contrato seria nulo por inidoneidade material do objeto. Entretanto, sendo o objeto simplesmente imoral ou ilícito casos há em que há de produzir algum efeito, aplicando-se a regra acima referida da irretroatividade da nulidade. O trabalho em casa de tolerância ou para o jôgo do bicho se não for remunerado, aproveitará ao empregador exatamente a parte mais responsável na imoralidade ou na ilicitude, pois foi êle o organizador da emprêsa ilícita ou imoral para explorar o trabalho de outrem.

4 - CONSENSO. O contrato de trabalho para a sua validade requer o consentimento puro das partes, e êste *requisito* aliado à *causa* formam os elementos intrínsecos essenciais à sua perfeição.

Se entendido o vocábulo *consentimento* no sentido de declaração de vontade de cada parte, - restritivamente, portanto - dirigida a outra parte, o *contrato* resultará da integração das duas vontades declaradas. Forma-se, pois, pelo acôrdo de *vontades* dos que a declaram com a intenção séria de concluí-lo, aperfeiçoando-se *solo consensu.* A. declaração de vontade de cada parte, além de livre, de boa fé e séria, deve ser emitida em relação ao conteúdo típico do contrato, representado pela troca das duas prestações básicas que o caracterizam. No contrato de trabalho, a declaração recepticia da vontade de cada parte pode ser *verbal* ou *escrita, expressa* ou *tácita.* O modo mais comum de consentir para a formação do contrato é o verbal. De regras, as duas declarações são feitas entre presentes, consumando-se, pois, com a *emissão,* que, nesses casos, coincide com a *recepção.* Quanto à hipótese do contrato de trabalho concluído *por correspondência,* a jurisprudência francêsa considera que o momento e o lugar de formação do contrato são condições de fato, variáveis segundo as circunstâncias do caso: em geral, é o momento em que

[(5)] GREGOIRES J. TZARANO, "Etude sur la Règle: Nemo auditor propriam turpitudinem allegans", L.J.A.M., Paris, págs. 59 e sgts.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 38 29/06/2018 15:35:45

a oferta é definitivamente aceita que será tomada em consideração e o lugar em que esta aceitação foi manifestada. No direito luxemburguês leva-se em conta o momento em que o emissor da declaração recebe a aceitação da outra parte[6]. Quando a oferta de emprêgo é feita pela *imprensa,* a fôrça obrigatória desta oferta decorre dos princípios de direito civil; depende de sua enunciação e precisão e do ponto de saber se se dirige a uma pessoa determinada ou ao público em geral, neste caso pode haver recusa de acolher os candidatos que se apresentem.

O consentimento, no contrato de trabalho, tanto pode ser *expresso* como *tácito,* no sentido objetivo que se atribui a essas expressões. Forma-se, com efeito, quer por palavras que exprimem inequivocamente a *vontade* de contratar, quer através de fatos concludentes. Para os que aceitam a distinção entre *declaração tácita* e *declaração presumida*[7], o contrato de trabalho pode também resultar de uma declaração dêste último tipo, como, por exemplo, se o empregador autoriza o pagamento de salário a quem se incorporou à sua emprêsa sem a sua ciência. Nas emprêsas de médio *e* grande porte, o consentimento da parte que se obriga a trabalhar toma a forma de pura e simples *adesão.* É que as condições de trabalho nessas emprêsas se acham ordinàriamente predeterminadas, em caráter uniforme, quer por uma *convenção coletiva,* quer por um *regulamento de emprêsa.* O pretendente ao emprêgo vê-se, pois, na contingência de aceitá-las em bloco. Contudo, nas pequenas emprêsas o contrato ainda se forma nos moldes clássicos.

O modo pelo qual é dado o consentimento do candidato ao emprêgo pode influir sôbre a interpretação das cláusulas do contrato. Entende-se, com efeito, que as disposições de um regulamento de emprêsa não podem estar sujeitas ao mesmo critério de *interpretação* empregado na exegese de cláusulas de um contrato estipulado por um acôrdo no qual não há preponderância da vontade de uma das partes Assim, admite.se que o juiz tem o poder de declarar inoperantes as disposições regulamentares que lhe pareçam lesivas aos interêsses do empregado, ou desnecessárias à boa marcha do estabelecimento. Realmente, a declaração de vontade, no *contrato de adesão,* não é livre como no contrato em que as condições são discutidas pelas partes. A necessidade jurídica de aceitação global das cláusulas insertas num regulamento leva o empregado a concordar com certas condições de trabalho, que não aceitaria se tivesse a liberdade de discuti-las. Daí dizer-se, hoje, que se aplica ao Direito do Trabalho a velha regra do *favor debitoris,* tal como se encontra no atual Código Civil italiano: "As cláusulas inseridas nas condições gerais do contrato ou em modelos ou em formulários predispostos por um dos contraentes *interpretam-se,* em caso de dúvida, em favor do outro".

Mas, se o empregador é pessoa jurídica, é válido apenas o consentimento manifestado pelos que estão autorizados nos estatutos ou no contrato social a admitir empregados. Todavia, se prepostos da direção da emprêsa estipulam, em seu nome, um contrato de trabalho, admitindo determinado empregado,

---

(6) EUROLIBRI citado, pags. 55 e 56.

(7) ENNECERUS, KIPP e WOLFF, "Tratado de Derecho Civil Alemán", t. I, pág. 147.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 39 29/06/2018 15:35:45

produzirá êle efeitos desde que não tenha havido concerto ou fraude entre o preposto e o trabalhador, como ensina DE LITALA[8].

De parte do empregador, o consentimento nem sempre se manifesta com absoluta liberdade. Se por disposição de lei ou de convenção coletiva está obrigado a só admitir empregados filiados a determinado sindicato, estará impedido de contratar quem queira. Há, pois, uma limitação extensiva de seu poder de escolha, uma restrição à sua vontade de contratar. Excepcionalmente, tem-se admitido até que seja obrigado a admitir na emprêsa determinados empregados, por exemplo, aprendizes e menores (art. 429 da CLT). Os chamados contratos coativos ou "imponibile di mano d'opera" ou "requis civil" só podem derivar de uma disposição legal, nunca de um ato administrativo da autoridade pública (G. D'EUFEMIA); mas as *convenções coletivas* em alguns países podem sancionar a medida, como acontece no México coro a chamada "cláusula de exclusão de ingresso" ou nos Estados Unidos com as cláusulas ditas de segurança sindical, denominadas "closed shop", "union shop" e a "Preferential shop"[9], que suprimem a iniciativa do empregador em contratar ou manter empregados, pois êstes são indicados pelo sindicato.

5 - VÍCIOS DO CONSENTIMENTO. O consentimento pode ser falseado por vícios que maculam o contrato, tornando-o suscetível de anulação. O sujeito da relação não dá o seu consentimento com espontaneidade, mas o faz levado por uma causa estranha, que pode ser o *erro,* o *dolo* ou a *coação.* Ocorrendo qualquer dêsses vícios o contrato é suscetível de anulação. Entretanto, os vícios do consentimento não são pràticamente relevantes em face da maior facilidade que tem a parte de *rescindir* o contrato do que em promover a ação de anulação. Ademais os efeitos da ação anulatória com a sentença, são desinteressantes, e mais complexa a prova para obtê-la. Todavia, pode ocorrer a conveniência de ser promovida a ação de anulação nos *contratos por tempo determinado.* Como se sabe, o contrato sujeito a um *têrmo final* extintivo obriga as partes ao seu cumprimento até final execução, podendo não ser conveniente a qualquer das partes pagar a indenização prevista em lei, para os casos de rescisão "ante-tempus", que quase sempre é onerosa. Ora, havendo êste vínculo real entre as partes, a ação anulatória pode produzir os efeitos práticos desejados, pois esta ação tem efeito retroativo e as partes podem se desligarem em linha de fato enquanto tem curso a ação.

Vicia o consentimento o *erro* sôbre a *pessoa,* no entanto, só tem relevância quando a consideração da pessoa com a qual se quer contratar é a causa principal da convenção, segundo ensina DE LITALA[10]. Na prática, porém, observa o mesmo autor, os casos de anulabilidade por erro se verifica muito raramente. De

---

(8) DE LITALA, "El Contrato de Trabajo", B. Aires, 1946, pág. 115.

(9) XAVIER BLANC JOUVAN, "Les Rapportes Collectifs du Travail aux États Unis, 1957, Paris, págs. 223 e sgts.; idem SPIROPOULOS, "La Liberté Syndical, 1956, Paris, LGDI, págs. 251 e segts.

(10) Ob. cit., pág. 113.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 40 29/06/2018 15:35:45

fato, não seria erro quanto a pessoa a alegação do empregador de que o empregado se apresentou como pessoa culta e competente, e depois verificou que não possui êsses predicados, já que devia tomar as devidas precauções com a prova ou período de experiência. O mesmo ocorre com os antecedentes criminais do empregado, pois o empregador deveria se certificar deles antes da assunção. No entanto, pode configurar-se um erro sôbre a pessoa, quando esta foi contratada a distância, por correspondência, apresentando qualidades e títulos especiais, mas posteriormente veio a se verificar que era desprovido das qualidades em virtude das quais foi dado o consentimento.

Quanto ao vício por *dolo,* o exemplo acima pode ilustrar a hipótese, se acrescenta o detalhe de que os *títulos* exibidos não são autênticos, mas fraudulentamente obtidos. ALMOSNY apresenta ainda dois exemplos de dolo: a) por parte do empregador, quando, para obter o consentimento de quem quer empregar-se, apresenta cifras falsas de seus negócios, para induzir o candidato ao emprêgo a crer numa remuneração incerta por meio de participação nos lucros; b) por parte do empregado, quando apresenta credenciais falsas de sua qualificação profissional, afim de por êsse modo conseguir o emprêgo[11].

Quanto ao vício da *coação* DE LITALA formula o seguinte exemplo: alguém que aproveite o conhecimento de delitos cometidos por outro contratante, violentasse o consentimento, com a ameaça de denúncia, caso recusasse aceitar o seu trabalho. Poderíamos, também, apresentar o caso de ser o empregador forçado a admitir um empregado, sob o fundado temor de ameaça por outros empregados, ou pelo sindicato, de danos à sua propriedade ou à sua pessoa.

Em todos êsses casos, a anulação do contrato para se operar *necessário* se torna que seja o fato levado ao conhecimento do Tribunal, pois tratando de nulidade relativa pode ser convalidada, até mesmo com o silêncio da parte a quem aproveita a decretação de nulidade.

6 - A CAUSA. A causa em Direito é um dos conceitos mais polêmicos e de difícil formulação. Um autor chega a dizer que a causa no contrato é o quarto ângulo ou o quarto lado do triângulo (GIORGI), ou uma espécie de quadratura do círculo. Procura-se a causa e se acaba confundindo-a com o objeto: outras vêzes com o consenso e não raro com o móvel individual de quem trata, que é completamente alheio ao processo volitivo. O certo é que, muitos códigos e autores incluem a *causa* como elemento essencial do contrato, classificando-a como requisito, ao lado do consenso; classificação esta que é suficiente para não identificá-la com êste.

O contrato de trabalho é um instrumento jurídico de que dispõem os homens para a legalização das suas relações de produção. Encarado na sua função econômica, pertence à categoria jurídica dos *negócios de atividade,* por sua vez, se incluem na classe dos negócios de troca (que se caracterizam Belo intercâmbio

(11) Contrato de Trabajo, pág. 45.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 41 29/06/2018 15:35:45

de prestações patrimoniais). Com a atribuição patrimonial, isto é, a vantagem que cada parte proporciona ao patrimônio da outra, visam os contratantes uma *finalidade usual do comércio jurídico,* que constitui a CAUSA do negócio jurídico. STOLFI define-a como sendo "a razão econômico-jurídica do ato, no sentido de que é o escopo típico pelo qual o negócio é titulado pela lei" [(12)].

No contrato de trabalho, uma das partes presta serviços contínuos à outra em troca da remuneração. Êste é o escopo prático, a função econômico-social que a lei regula, tipificando o negócio, que não é inominado ou atípico.

Mas a conceituação *objetiva da causa,* pela qual se apresenta como o fim típico, a função prática do contrato, afastaria a possibilidade de considerá-la um dos *requisitos* ou elemento intrínseco do negócio jurídico. Por outro lado, classificá-la como elemento extrínseco seria confundi-la com o conteúdo específico do contrato. Daí a tendência doutrinária para completar a conceituação objetiva com a subjetiva, segundo a qual a CAUSA se define como o motivo típico do contrato: integrando-se a causa-função no processo volitivo das partes contratantes (GALVÃO TELES). O motivo típico é o fim que atua sôbre a vontade para determinar a conclusão de certo contrato. Êste *fim* não é o móvel individual, aquilo que cada parte tem em mira quando se dispõe a contratar, mas o *fim imediato,* aquele que todos podem alcançar com a realização de determinado contrato.

Quando, pois, duas pessoas celebram um contrato de trabalho para um *fim* que não pode ser obtido por êste instrumento específico da vida econômica, porque inadequado à sua consecução, ou para assegurar interêsse que a ordem jurídica condena, a lei invalida êsse negócio por ter *falsa causa,* na primeira hipótese, e *causa ilícita,* na segunda.

Difícil será exemplificar um caso de contrato de trabalho nulo por inadequação de causa. Se as partes têm por fim estipular um contrato de trabalho, mas utilizam as recíprocas prestações de um contrato de parceria, ou de sociedade; o contrato de trabalho seria nulo ou inexistente por inadequação da causa, ou por *falsa causa,* visto que não seria êste o esquema do contrato regulado por lei, para cumprir uma função econômico-social no campo da produção. Do mesmo modo, se o esquema armado pelas partes fôsse a permuta de prestações repudiadas pela moralidade reinante no meio social; como se alguém, a título de contrato de trabalho, contratasse uma concubina cuja única prestação fôsse a troca por remuneração do coito mercenário. O contrato seria nulo por ter causa imoral, e a hipótese não é inverossímil, pois no exercício de nossa judicatura já tivemos um caso análogo.

Saliente-se, finalmente, que em todos os casos de invalidade absoluta ou relativa do contrato de trabalho, se houve execução com a prestação de trabalho, a nulidade será sempre decretada com efeitos "ex nunc" pois a regra dominante é a da eficácia do contrato nulo ou anulável, como ostensiva exceção à regra tradicional da retroatividade das nulidades.

---

(12) Teoria del Negozio Giuridico, Padova, Cedam, 1947, pág. 31.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 42 29/06/2018 15:35:45

O PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA E A JUSTIÇA DO TRABALHO *

ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA
Juiz do Trabalho Substituto
Professor da Universidade Federal do Pará
Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo

SUMÁRIO:

1 - O princípio da sucumbência e seu fundamento.
2 - O projeto de lei nº 95/73.
3 - O caráter especial da processualística do trabalho.
4 - A Justiça do Trabalho no Brasil: ligeiro escorço.
5 - O problema dos honorários advocatícios e o Código de Processo Civil.
6 - O anteprojeto RUSSOMANO.*
7 - A posição da Ordem dos Advogados em face do problema.
8 - A realidade brasileira e em particular a da região amazônica.
9 - Honorários de advogados na Justiça do Trabalho.
10 - Conclusões.

1 - O PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA E SEU FUNDAMENTO:

Segundo o magistério de GIUSEPPE CHIOVENDA, incumbe ao Estado a mantença das condições ideais de paz, de tranqüilidade, de respeito às instituições, de modo que o indivíduo se sinta resguardado nas suas aspirações mais legítimas.

Ocorre, por vezes, que esse clima de tranqüilidade é subvertido, truncado, rompido **ex abrupto**, forçando o prejudicado a procurar os órgãos jurisdicionais do Estado, em busca da reposição do direito ameaçado ou esbulhado ao **status quo ante**.

Apesar de os ideais da processualística moderna preconizarem a administração da Justiça de modo a atender às partes com rapidez, presteza e economia, nem sempre isto se observa na prática cotidiana. E demandar em Juízo, contra todos os prognósticos, torna-se lento, emperrado e... caro.

Para tornar efetivo seu direito subjetivo ameaçado ou turbado, deve o indivíduo efetuar gastos materiais, que na maioria das vezes, lhe trazem pesados incômodos.

---

* Publicado na Revista TRT-8ª Região, Ano VII, n. 13, p. 351-371, jul./dez./1974.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 43 29/06/2018 15:35:45

Impõe-se a necessidade de receber tudo quanto despendeu para tornar efetivo o seu direito. Logo que o juiz, como órgão estatal encarregado da aplicação da lei aos casos concretos, lhe assegure a vitória na demanda.

Acolhendo a pretensão das partes, mediante a decisão definitiva, o Estado dirime as controvérsias individuais. O comando emanado da decisão produz inúmeros efeitos, como por exemplo a formação da coisa julgada e a sucumbência do vencido. Vale dizer, a parte vencida fica submissa ao que determinou o Estado, por intermédio da sentença.

Qual o fundamento do princípio da sucumbência?

Ainda é CHIOVENDA quem nos dá a lição: "O fundamento dessa condenação é o fato OBJETIVO da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante"[(1)].

Quer dizer, o sucumbimento nada mais é do que um gravame para a parte perdedora. Dá-se tal GRAVAME "quando existe diversidade prejudicial para a parte, tendo em vista o que ela pediu e aquilo em que foi atendida pela decisão que impugna"[(2)].

2 - O PROJETO DE LEI Nº 95/73.

Relevante é a função do Parlamento na estruturação da vida nacional. Pedra angular do regime democrático deve refletir tanto quanto possível todos os anseios, aspirações, desideratos da coletividade a que representa.

Apesar da verdadeira revolução processada no mundo atual, no que respeita à mudança das atribuições tradicionalmente confiadas ao Poder Legislativo, continua este a realizar a sua função específica, isto é, a produzir as leis necessárias para normatizar a vida nacional.

Partindo dessas premissas, foi apresentado ao exame do Parlamento brasileiro o projeto de lei número 95/73, instituindo o princípio da sucumbência nos dissídios individuais trabalhistas, no que concerne aos honorários advocatícios.

É seu autor o ilustre Senador NELSON CARNEIRO, jurista de conhecidos méritos, autor de diversas obras de elevado cunho científico.

Sem que nossa posição possa constituir desapreço à solidez cultural do festejado jurista baiano e representante do povo guanabarino na Câmara Alta, temos que o referido projeto de lei não deve merecer aprovação do Poder Legislativo brasileiro, em face das implicações de caráter negativo, que poderá ocasionar para as reivindicações operárias.

---

(1) "Instituições de Direito Processual Civil". Vol. III, pág. 207.

(2) ADOLFO SCHONKE, apud JOSÉ FREDERICO MARQUES: "Instituições do Direito Processual Civil". Vol. IV, pág. 14.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 44 29/06/2018 15:35:45

No decorrer deste trabalho despretensioso, ditado tão-somente pelo princípio da livre manifestação do pensamento e pelo amor ao debate, ao diálogo, cadinho formador das mais altas decisões, traremos à colação elementos de variegados matizes, procurando alicerçar nossa opinião derredor do assunto.

3 - O CARÁTER ESPECIAL DA PROCESSUALÍSTICA DO TRABALHO

Não se discute mais a propósito das repercussões causadas no mundo jurídico pela chamada Revolução Industrial, cujo primeiro capítulo foi escrito na Inglaterra.

As invenções privilegiadas de JOHN KAY (1730), com a lançadeira volante, tanto quanto a máquina de fiar de JAMES HARGREAVES (1764), ou a fiandeira hidráulica patenteada por RICHARD ARKWRIGHT (1769), ou ainda o fuso mecânico de SAMUEL CROMPTON (1779), aliadas à descoberta do tear mecânico de EDMUND CARTWRIGHT (1784) e da máquina a vapor de MATHEW BOULTON e JÃMES WATT (1785) contribuíram decisivamente para a mudança radical no sistema da produção até então utilizado pelo ser humano.

Desde essa época, as manufaturas passaram a produzir em série, diminuindo seus custos e oferecendo maiores opções de lucros para os capitalistas.

O êxodo dos campos em busca das pequenas comunidades urbanas foi a conseqüência do atendimento à demanda de mão-de-obra. Multidões de camponeses acorreram às pequenas cidades, provocando a saturação da capacidade de atendimento. Inúmeras foram as crises que desde então se sucederam.

Este o fato econômico, que determinaria o surgimento do Direito do Trabalho.

Mas o nascimento do **novum jus** iria ser profundamente marcado pelo movimento político revolucionário, ocorrido em França, nos idos de 1789.

As causas dessa perturbação podem ser encontradas nas reivindicações de economistas e filósofos do século XVIII, tais como os enciclopedistas e mui especialmente JEAN-JACQUES ROUSSEAU.

Desmandos do reinado de Luís XV levaram o povo a perder a confiança e o respeito para com a instituição monárquica. De nada valeram os esforços isolados de TURGOT e NECKER, ministros de Luís XVI, tentando reformar basicamente a vida econômica, social e política da França. Necessário se fazia completa reviravolta na situação vigente naquele país.

A 5 de maio de 1789, reuniram-se em Versalhes os Estados Gerais, logo a seguir transformados na Assembléia Nacional. Trinta e três dias depois da instalação da grande assembléia, o povo investia contra a vetusta fortaleza da Bastilha, derrubando-a (14 de julho).

Uma nova era se instaurava para a humanidade. Com a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" (agosto de 1789), extinguiram-se os privilégios feudais. Instalava-se o ideal da liberdade, igualdade, e fraternidade.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 45 29/06/2018 15:35:45

No campo jurídico, fizeram-se vitoriosas as idéias individualistas, consagradas pelo Código Civil francês de 1804. Obra imorredoura, fruto de uma época indelevelmente marcada pelos anseios libertários, redigida por uma Comissão de que faziam parte TRONCHET, BIGOT DE LA PRÉAMENEAU, MALEVILLE e PORTALIS, sob a supervisão pessoal de NAPOLEÃO BONAPARTE.

Liberalismo econômico e individualismo jurídico provocariam a grande crise do mundo capitalista. Para suprir as necessidades cada vez mais crescentes de mão-de-obra para as manufaturas, vieram dos campos famílias inteiras, instalando-se na periferia dos pequenos burgos europeus, como já se disse um pouco antes.

O princípio da autonomia da vontade, regra suprema do direito obrigacional, trouxe consigo maléfica conseqüência. "Miséria, servidão e ignorância são os frutos sociais que produz o industrialismo combinado coma legislação individualista", leciona RUSSOMANO [3].

Pertence ainda ao ilustre jurista a seguinte conclusão: "Empolgados pelo sonho da liberdade e da igualdade, os homens se perderam porque tinham esquecido, desde os dias sangrentos do Terror, uma palavra que a Revolução Francesa propôs, mas não soube realizar: fraternidade.

Esquecidos da fraternidade, os homens levantaram as guilhotinas onde se escreveu o epitáfio dos que, na véspera, eram os ídolos populares; esquecidos igualmente, da fraternidade, os homens levantaram as poderosas fábricas, que absorveram as pequenas oficinas concorrentes e que chamaram, para volta de si, todos os miseráveis, todos os falidos, todos os que não tinham outra chance de sobrevivência" [4].

Por isso consideramos a Revolução Francesa de 1789 a causa imediata do aparecimento histórico do Direito obreiro, quanto ao aspecto político.

Este regime de liberdade iniciado com a vitória dos revolucionários de 1789, estratificado nos postulados do Código Civil francês de 1804 viria provocar uma crise sem precedentes na Europa.

O regime da livre concorrência, transposto para o campo da ciência jurídica, serviu para o aumento exagerado de miseráveis, pobres, gente despida de fortuna, de um lado. Do outro, verifica-se o acúmulo dos bens materiais nas mãos de uns poucos.

Por outras palavras, constituiu-se em mito a propalada liberdade de contratar. Como poderia o fraco impor sua vontade, ou sequer discutir condições menos onerosas, diante das pressões da lei da oferta e da procura?

Vem à balha o ensinamento de GEORGES RIPERT. Disse o venerando mestre da Universidade de Paris, a propósito desta situação curiosa: "É uma igualdade civil, isto é, de condição jurídica, mas não uma igualdade de forças. O erro do liberalismo em sua própria doutrina é de dizer que todo contrato se

---

[3] MOZART VICTOR RUSSOMANO: "O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro", vol. I, pág. 14.

[4] Idem, op. cit., páginas 14/15.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 46 29/06/2018 15:35:45

forma e se executa sob o regime da liberdade. Se os dois contratantes não estão em igualdade de forças, o mais poderoso encontra no contrato uma vitória mais fácil"[5].

Para atender aos reclamos da legião dos proletários, assim chamados aqueles indivíduos possuidores de prole numerosa e sem a menor qualificação profissional, apareceram as primeiras leis de proteção ao trabalho.

Inicialmente, a própria Inglaterra instituiu leis protetoras dos operários de suas fábricas, após as lutas sociais desenvolvidas pelos movimentos ludista e cartista. Depois surgiram leis francesas no mesmo sentido. Agora, o movimento mais significativo desta fase inicial dar-se-ia na Alemanha. Preocupado com os socialistas, BISMARCK conseguiu no Reichtag a promulgação da célere Ordenança Industrial, de 21 de junho de 1869, criando o seguro obrigatório.

Já no século XX, duas constituições foram decisivas para o estabelecimento do Direito do Trabalho nas democracias ocidentais: a mexicana de 1917 e a de Weimar, de 1919. Isto sem esquecer o Tratado de Versalhes, cuja parte XIII, disciplinou institutos da maior relevância para o direito trabalhista contemporâneo: proibição de mercadejar a força operária, instituição da jornada de trabalho de oito horas, igualdade salarial, repouso semanal, inspeção do Trabalho pelo Estado, disciplina jurídica do trabalho de mulheres e menores, sindicalismo e salário-mínimo.

Como se viu anteriormente, os direitos dos trabalhadores resultaram de intensa luta, de reivindicações seculares. Não cometeríamos exagero, se parodiando Sir WINSTON CHURCHIL, concluíssemos que as vitórias operárias nasceram de muito sangue, suor... e lágrimas.

Vê-se, portanto, a natural reserva com que os trabalhadores vislumbraram a possibilidade de que seus direitos subjetivos esbulhados ou apenas ameaçados pudessem ser examinados pelos tribunais comuns.

Também ali aparecia o espectro do capitalismo. A desigualdade permanecia. Apenas o rico poderia demandar em Juízo. Contratar patrono, fazer argumentação dialética de suas pretensões. E o proletário? Continuaria a gama de sofrimentos, frustrando suas aspirações mais legítimas, em detrimento das garantias legalmente asseguradas.

O jurista MÁRIO DEVEALI aponta três causas determinantes do aparecimento de tribunais especializados em matéria trabalhista:

a) a desconfiança no funcionamento da Justiça Comum, "demasiadamente formalista, lenta e custosa";

b) as aspirações de um Juízo de equidade, "em que o juiz não estivesse demasiadamente preso às normas do direito tradicional, rígido e inadequado";

c) o desejo dos trabalhadores de participarem da aplicação do novo direito, através de tribunais paritários, assegurando assim a exata observância das normas de proteção ao trabalho[6].

---

[5] GEORGES RIPERT, citado por EVARISTO DE MORAIS FILHO: "Introdução ao Direito do Trabalho", Edição LTR, pág. 48.

[6] MÁRIO DEVEALI, apud DÉLIO MARANHÃO: "Direito do Trabalho", pág. 390.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 47 29/06/2018 15:35:45

O estabelecimento de uma justiça especializada para aplicação das leis estabelecidas para normatizar a vida operária foi uma das metas defendidas com veemência pelo notável processualista uruguaio EDUARDO COUTURE. Para o Professor da Universidade de Montevidéu, os conflitos individuais nascidos das relações de trabalho possuem complexidade, necessidades próprias, enfim, devem ser entregues à consideração de magistratura especializada, sem os empeços naturais da magistratura comum.

Ainda COUTURE pugnou pela necessidade da autonomia do processo do trabalho. Suas idéias foram, afinal, vitoriosas e inúmeros países legislaram especificamente a respeito do Direito Judiciário do Trabalho.

O processo civil moderno possui determinados princípios, chamados informativos, que foram compendiados por MANCINI e CHIOVENDA, tais como:

a) princípio lógico - a procura e descoberta da verdade deve basear-se nas formas e atos mais aptos para atingir semelhante desiderato, de forma simples e sem prejuízo da segurança do decisório;

b) princípio jurídico - pelo qual deve-se garantir a igualdade das partes, seja na lide em si mesma, seja na justiça da decisão, ou por outras palavras, o direito de ação e o direito de defesa devem ser exercidos em igualdade de condições. Pelo princípio jurídico deve-se tornar completamente público o processo e prover à responsabilidade dos maus julgadores;

c) princípio econômico - não se justificam as demandas dispendiosas. Deve se reduzir ao máximo o número de atos e termos processuais, evitando-se dessarte tornar-se perdulário em matéria de esforços, tempo *e* dinheiro. Aos pobres deve-se estender o benefício da justiça gratuita;

d) princípio da economia do juízo - quer dizer, deve-se procurar o maior resultado processual com o mínimo de esforço despendido. É como chamam os autores, a aplicação da lei de menor esforço ao processo judiciário.

O direito judiciário do trabalho não se alheiou a tais princípios. Tratando de disciplinar conflitos de interesses, de natureza nitidamente alimentar, a ele mais do que outro deve-se aplicar a totalidade dos princípios informadores do processo moderno.

Não se veja nisto um desejo de que o processo especial do trabalho seja de índole paternalista, como sói acontecer com a legislação operária. Este *caráter* desnivelador assumido pela legislação do trabalho é reconhecido por RUSSOMANO:

"A lei trabalhista tenta então um desnivelamento jurídico, de proteção ao empregado, a fim de que se igualem pela força irresistível da lei, aqueles que são desiguais pela força da fortuna"[(7)].

Quer dizer, as leis de natureza trabalhista possuem substrato sociológico, consistente no desnivelamento jurídico das partes no contrato individual de

[(7)] "Fontes do Direito do Trabalho", in Revista do Trabalho, Setembro de 1948, página 05.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 48 29/06/2018 15:35:45

trabalho. Por tal razão, necessário se faz a existência de uma Justiça e de um processo, com características especiais.

Dentro desta ordem de idéias merece transcrita a decisão proferida pela MM 6ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal, nos idos de 1941:

"A Justiça do Trabalho, do mesmo modo que a Justiça Militar, tem um sentido, um espírito e um critério fundamentalmente distintos da Justiça comum. Na solução dos dissídios, compete-lhe precipuamente, ter em vista os interesses públicos, para salvaguarda dos quais ela foi criada. Resolver os dissídios trabalhistas com o critério puramente jurídico, que é da essência da Justiça comum, tendo em vista apenas os direitos individuais, seria desconhecer os graves interesses públicos que determinaram a criação dessa Justiça toda especial.

Na solução dos casos pessoais, não se poderá perder de vista o sentido social, pois, assim como a Justiça Militar, do mesmo modo a Justiça do Trabalho precisa salvaguardar os interesses gravíssimos da paz e da disciplina sociais". Ver "Jurisprudência", volume VI, página 220[8].

De tudo isto se chega à conclusão de que a aplicação do Direito Processual do Trabalho deve ter em mente o espírito especial da legislação operária.

Mudaram os tempos, porém, as idéias permaneceram as mesmas. Veja-se, para exemplificar, a recomendação aprovada pelo Seminário de Direito de Trabalho, realizado na Capital Federal, sob os auspícios da Comissão de Legislação Social da Câmara dos Deputados, em fins de 1972. No item II, intitulado "Direito Processual do Trabalho", consta o seguinte:

"O caráter tutelar do Direito do Trabalho há de se refletir no Processo do Trabalho na medida em que, atendendo à posição desigual do trabalhador, frente ao empregador, se pretenda obter a igualdade das partes no processo"[9].

4 - A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL: LIGEIRO ESCORÇO:

WALDEMAR FERREIRA, investigando os primórdios do Direito brasileiro, vislumbrou nos Tribunais Rurais, criados no Estado de São Paulo, através da lei estadual número 1.869, de 10 de outubro de 1922, os primitivos tribunais especializados em matéria trabalhista neste país.

Compunham-se do Juiz de Direito da Comarca e mais dois membros, indicados pelo locador e locatário de serviços, respectivamente. Sua competência restringia-se à execução de contratos de locação de serviços com os colonos alienígenas.

Apesar da precariedade destas cortes e de haverem passado praticamente despercebidas, não resta dúvida, estivessem muito mais avançados do que o sistema utilizado em Franca, com os Conselhos de Prud'Hommes, criados por NAPOLEÃO BONAPARTE, em 1806, e formados apenas por representantes das classes conservadoras.

---

[8] Citado em parecer do Dr. ANTÔNIO CLÁUDIO DE LIMA VIEIRA, publicado em "OAB - ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO - GB", de 15/4/74, páginas 4/5.

[9] Revista LTR, nº 37, página 23, janeiro/73.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 49 29/06/2018 15:35:45

Embrião da Justiça do Trabalho, na justa observação de ORLANDO GOMES, podem ser apontadas as Juntas de Conciliação e Julgamento e as Comissões Mistas de Conciliação, cuja disciplina jurídica foi dada pelos Decretos números 22.132 e 21.396, ambos de 1932. As Juntas deveriam dirimir as controvérsias de natureza individual e as Comissões tratariam dos dissídios coletivos. Característica desses dois órgãos era sua integração ao Poder Executivo, despidos de poderes para executar as próprias decisões. Assim, a parte vencedora munia-se da decisão favorável e requeria sua execução perante a Justiça comum. Já se vêem os inconvenientes do sistema, obrigando o empregado a seguir duplo caminho na busca do mesmo objetivo.

Em 1º de maio de 1941, pode-se dizer, instalou-se a Justiça obreira, como órgão distinto, possuindo então o poder de determinara execução das decisões proferidas. A Constituição outorgada em 1937 manteve o sistema esdrúxulo de não enquadrar a Justiça do Trabalho entre os integrantes do Poder Judiciário, como deveria fazê-lo.

Desfazendo este lamentável equívoco, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter judiciário da Justiça do Trabalho. Depois disso, o decreto-lei número 9.797, de 09 de setembro de 1946, concedeu aos juízes togados do judiciário trabalhista todas as prerrogativas e garantias previstas para os magistrados comuns.

Finalmente, a partir da Constituição de 18 de setembro de 1946, as coisas foram definitivamente ajustadas, passando a Justiça do Trabalho a constituir um dos membros do Poder Judiciário da União, como se conservou nas Cartas Magnas posteriores.

5 - O PROBLEMA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:

Discute-se há bastante tempo a possibilidade ou necessidade de incluir no exame dos dissídios individuais de natureza trabalhista os honorários de advogado.

Em defesa dessa prerrogativa batem-se os bastonários da corporação dos advogados, com denodado esforço, sem que até agora hajam obtido qualquer êxito.

Não se pense que o autor seja partidário da situação existente ao tempo do Direito Romano, quando a Lei Cíncia vedava ao **procurator** a percepção de qualquer vantagem de natureza econômica, exercendo seu munus público, sem remuneração de qualquer espécie. Ou pior ainda, que retornemos ao tempo da situação vexatória existente na Roma do Imperador Augusto, quando por disposição do supremo mandatário da urbe, viam-se obrigados a devolver as quantias porventura recebidas no exercício profissional, em quádruplo.

Mesmo exercendo trabalho relevante de auxiliar da administração da Justiça, deve o advogado perceber a remuneração que se fizer necessária em decorrência do volume de trabalho despendido, ao zelo profissional empregado na defesa dos interesses de seu constituinte, etc.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 50 29/06/2018 15:35:45

Legítimo é o direito de o advogado receber remuneração correspondente ao trabalho efetuado na defesa dos interesses de seu cliente. O próprio Doutor Angélico, na "Summa Theologica", justifica:

"Embora a ciência do direito seja um bem espiritual, contudo o seu emprego importa um ato corpóreo. Portanto, como recompensa desse ato, é legítimo receber dinheiro, do contrário nenhum artífice poderia auferir lucros de sua arte".

Relativamente ao problema dos honorários advocatícios, podemos concluir que o direito brasileiro evoluiu bastante, ultrapassando presentemente a terceira fase do processo evolutivo.

A primeira fase é instaurada pelo Código de Processo Civil, cujo artigo 64, estatuía: "Quando a ação resultar de dolo ou culpa, Contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários da parte contrária". Nesse regime, apenas deveria ser condenado aquele réu, que no decorrer da demanda procedesse com dolo ou culpa.

Esta norma do vetusto Código Nacional de Processo viria receber nova redação por intermédio da Lei número 4.632, de 1965. Este diploma legal extinguiu a timidez do legislador de 1939 e determinou expressamente que a sentença definitiva condenaria o vencido ao pagamento dos honorários advocatícios de seu **ex-adverso**.

Finalmente, o novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei número 4.869, de 11 de janeiro de 1973, alterada pela de número 5.925, de 1º de outubro do mesmo ano, disciplinou a matéria em seu artigo 20. Basicamente, manteve o princípio já existente. Apagou apenas o princípio da moderação, que a lei anterior impunha ao magistrado na decretação do princípio da sucumbência.

E se lermos a Exposição de Motivos do Exmo. Sr. Ministro ALFREDO BUZAID, constataremos que "Do Plano da Reforma", capítulo IV, o ilustre processualista fez inserir no inciso III, intitulado "Das Inovações", a alínea "a", subordinada ao título "Das Inovações Constantes do Livro I", a afirmativa de que o projeto adotava o princípio do sucumbimento, de acordo com o qual o vencido suporta os ônus decorrentes das custas processuais e honorários advocatícios do vencedor.

Verifica-se, sem necessidade de maiores indagações, que o legislador brasileiro filiou-se ao ensinamento de GIUSEPPE CHIOVENDA, contido em transcrição feita anteriormente, neste trabalho.

Segundo o magistério de PONTES DE MIRANDA, "hoje não há qualquer especialização de ações para que incida o artigo 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva positiva ou negativa, condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja perdente. O artigo 20 é **jus cogens**"[10].

Como se sabe, no regime anterior, os tribunais do país negaram aplicação do princípio de sucumbimento em honorários advocatícios, nos casos de mandado de

---

[10] "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo I, página 416.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 51 29/06/2018 15:35:46

segurança, em processos tipicamente falimentares, no executivo fiscal e também nos processos da chamada jurisdição graciosa.

Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, para qualquer decisão deve o juiz prolator fixar o valor da verba honorária, observando o percentual, que oscila entre 10 a 20%.

Note-se, a propósito deste assunto, a opinião contrária do inolvidável mestre JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR:

"Convém refletir que os honorários dos advogados são efeitos da generosidade das partes e, por isso, não devem entrar na indenização devida pelo vencido; somente as custas e emolumentos são efeitos da litiscontestação devidos pelo vencido"(11).

MONIZ DE ARAGÃO, comentador de nossa mais recente lei processual civil, manifesta-se contrário à inclusão dos honorários advocatícios no decisório, afirmando:

"A regulamentação do valor desses honorários no próprio Código de Processo Civil constitui, anomalia resultante de influências regionais nada científicas, que lograram incrustar na lei corpo estranho.

O critério diretor da inclusão dessa matéria teria servido, também, para tentar regular o vencimento dos juízes, a remuneração dos peritos e assim por diante"(12).

6 - O ANTEPROJETO DE CÓDIGO JUDICIÁRIO DO TRABALHO:*

A dinâmica da vida moderna, modificando hoje conceitos que ontem obtinham inteira validade, influiria decisivamente no direito positivo das nações.

Desde 1942, quando a Itália fascista reformulou seu sistema legislativo, unificando o Direito Privado, por razões até hoje ainda não totalmente justificadas, o mundo ocidental vem assim assistindo à gradativa reforma de sua legislação. Para exemplificar, basta que citemos a Alemanha, reformando sua lei das sociedades anônimas (1956); a Franca, criando verdadeiro código para as sociedades comerciais (1966); Portugal, igualmente apresentando a revisão de seu Código Civil.

O Brasil não poderia ficar à margem desse processo revisional.

Em 1961, pouco depois de assumir o governo da República, JÂNIO QUADROS desfraldou a bandeira da reforma geral dos códigos brasileiros. Pela primeira vez neste país pensou-se na reformulação global de sua legislação, provando assim que a lei se achava em mora com o fato, com a vida social.

Foi nomeado para o Ministério da Justiça o Sr. PEDROSO HORTA, designando o Sr. ALBERTO ROCHA BARROS coordenador-geral da codificação.

---

(11) "Direito Judiciário Brasileiro", página 349.

(12) "Comentários ao Código de Processo Civil", volume II, página 323.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 52 29/06/2018 15:35:46

"A possibilidade de se estender a reforma legislativa nacional à Consolidação foi estudada, segundo parece, pela primeira vez, em São Paulo, numa reunião promovida na Faculdade de Direito, sob a Presidência do Prof. GAMA E SILVA, à qual compareceu o Sr. ROCHA BARROS, fazendo ampla exposição das finalidades da reforma e dos seus métodos de trabalho.

Nessa ocasião, tivemos ensejo de justificar nosso ponto de vista sobre a conveniência da reformulação das leis trabalhistas, de modo a ajustá-las melhor à realidade do Brasil" (13).

Poucas semanas após a dita reunião, o Ministro MOZART VICTOR RUSSOMANO foi convidado oficialmente pelo governo brasileiro para elaborar o Anteprojeto do Código Judiciário do Trabalho.

A inesperada renúncia do Presidente QUADROS desnorteou em parte o enorme trabalho da reforma legislativa, que se vinha processando. Passaram pelo Ministério da Justiça, sucessivamente, os Srs. ALFREDO NÁSSER, CÂNDIDO OLIVEIRA NETO e JOÃO MANGABEIRA, os quais não arrefeceram o ânimo do trabalho encetado.

Em março de 1963, apresentava o Ministro RUSSOMANO ao Ministro da Justiça o Anteprojeto devidamente elaborado e dentro do prazo assinado, para esse cometimento.

Já em 13 de maio de 1963, instalava-se a Comissão Revisora do Anteprojeto, formada da seguinte maneira: EVARISTO DE MORAIS FILHO, como Presidente e ARNALDO SUSSEKIND e o próprio autor do Anteprojeto, servindo também de Relator.

A entrega do Anteprojeto do Código Judiciário do Trabalho ao Exmo. Sr. Presidente da República deu-se em 28 de agosto de 1963, estando presente o Exmo. Sr. Ministro do Trabalho.

Grandes inovações contém o Anteprojeto. Diz o autor:

"Na parte relativa ao processo do trabalho, o Anteprojeto avançou, com audácia contida pela prudência, sobre o terreno das grandes novidades jurídicas.

No confronto entre as formas processuais históricas e as forma-atuais do processo trabalhista, tendo por norte os princípios gerais do Direito Judiciário, o Anteprojeto manteve uma posição sintética do equilíbrio, conseguindo cristalizar, em novos preceitos, recomendações da doutrina ou do direito estrangeiro sobre o problema da solução jurisdicional dos conflitos entre empregados e empregadores" (14).

Dentre as inovações pertinentes ao tema a que nos propomos examinar vale ressaltar que o Ministério Público do Trabalho passaria a funcionar perante a primeira instância, promovendo assistência aos incapazes em geral, aos trabalhadores, que não possuam advogado constituído e sejam remunerados a menos do que o dobro do salário-mínimo regional.

Cria, por outro lado, a condenação do empregador em honorários.

(13) RUSSOMANO: "A Pré-História do Código Judiciário do Trabalho", página 15.
(14) RUSSOMANO, op. cit. página 57.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 53 29/06/2018 15:35:46

7 - A POSIÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL EM FACE DO PROBLEMA

Inúmeras têm sido as investidas da corporação dos advogados na defesa intransigente de suas prerrogativas, no que concerne à obrigatoriedade do patrocínio das partes na Justiça do Trabalho.

O grande processualista italiano GIUSEPPE CHIOVENDA justifica a intervenção obrigatória dos procuradores no decurso da lide, por seu mais aprofundado conhecimento dos tecnicismos processuais, pela correção e precisão na defesa dos interesses das partes e pelo mais fácil entrosamento com os tribunais(15).

A opinião do mestre peninsular encontrou acolhida entre os doutrinadores de nosso país, como se passará a expor.

ANTÔNIO LAMARCA nos dá este testemunho: "A nossa experiência como juiz nos tem demonstrado a absoluta ineficácia da regra contida no art. 791 da Consolidação. Suas conseqüências têm sido catastróficas. Não raro o pedido é inepto, os erros grosseiros, a formulação péssima. Se o juiz togado intervém, para colocá-lo SOB FORMA E FIGURA DE JUÍZO, pode ser acusado de ter perdido a necessária IMPARCIALIDADE. Se não o conserta (a palavra é esta), dificulta-se a defesa da outra parte, que, assim, logo de início, requer absolvição de instância.

Compreende-se que a Justiça do Trabalho seja democrática, mas não devemos descer a ponto de DESCAMISÁ-LA. Não ignoramos que o patrocínio do advogado seja caro e injustificado, por exemplo, em reclamações de pequeno valor. Contudo, aí estão os serviços de assistência judiciária das associações profissionais, entre os deveres destas (CLT, art. 514, letra "b"). A lei estabelece uma série de regalias aos sindicalizados (idem, arts. 540 e seguintes); deveria, ao revés, proibir o acesso à Justiça do Trabalho aos que não o fossem, ou pelos menos, exigir a obtenção, preliminarmente, da assistência judiciária, nos termos da Lei nº 1.060. Continuar como está é que não é possível: a Justiça do Trabalho se desprestigia"(16).

WAGNER GIGLIO remata: "É fora de dúvida que a intervenção de advogado é proveitosa para melhor ordenação e celeridade do processo. A faculdade de requerer sem intermediação de advogado, outorgada às partes, visou *a* poupar-lhes os gastos com honorários advocatícios, considerando principalmente a insuficiência econômica do trabalhador. Justificam-se, assim, os entraves criados ao bom andamento processual pela atuação, sem auxílio de advogado, de litigantes jejunos em direito"(17).

Vejamos o sentir do Juiz AMAURI MASCARO NASCIMENTO: "O desejo de simplificação do processo trabalhista, a constituição paritária dos Tribunais Trabalhistas e as raízes históricas vinculadas ao procedimento administrativo, fazem com que às próprias partes seja assegurado o direito de

(15) CHIOVENDA: "Instituições de Direito Processual Civil", volume II, página 274.
(16) "Ação na Justiça do Trabalho", páginas 81/82.
(17) "Direito Processual do Trabalho", página 95.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 54 29/06/2018 15:35:46

exercer e praticar diretamente, sem a intermediação do procurador, os atos do processo trabalhista. A prática não tem revelado bons resultados quanto a essa experiência. Se a ausência do advogado deixa o juiz mais à vontade para reduzir as exigências formais do processo e simplificar o seu andamento, por outro lado a comunicação com o juiz torna-se muito mais difícil. As petições são mal redigidas e ao meio de sua longa redação, defeituosa, não apenas sob o prisma técnico, mas também estritamente gramatical, estende-se um DESABAFO SENTIMENTAL pouco produtivo ou um ataque ferino ao adversário, quando não são esses os argumentos que convencerão o juiz, muito menos essa é a forma de transmitir ao seu conhecimento os aspectos fundamentais da questão. O JUS POSTULANDI das partes é um dos aspectos que devem merecer a atenção do legislador, mesmo porque há uma contradição entre processo trabalhista perante órgão jurisdicional, tecnicista, portanto, e postulação leiga. Se há processo, deve haver advogado"[18].

Este atualíssimo tema foi objeto de acurado debate no Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, seção da Guanabara.

O Conselheiro EUGÊNIO R. HADDOCK LOBO apresentou proposição em que apoiava decididamente o Projeto número 95/73, de autoria do Senador NELSON CARNEIRO.

Por seu turno, o Conselheiro ANTÔNIO CLÁUDIO DE LIMA VIEIRA, em parecer submetido à elevada consideração daquele Conselho Secional, repudiando pura e simplesmente a implantação do princípio do sucumbimento e contrapondo a necessidade de se instituir o patrocínio obrigatório dos advogados na Justiça do Trabalho. Transcrevamos a conclusão: "A nossa conclusão é no sentido de que o Conselho manifeste ao digno autor do projeto. Senador NELSON CARNEIRO, sua opinião firme de que a classe deseja ver, consubstanciado em lei, o patrocínio obrigatório na Justiça do Trabalho, a teor, aliás, da recomendação aprovada pelo Seminário da Comissão de Legislação Social da Câmara dos Deputados.

No que tange ao Projeto nº 95, de 1973, sua aprovação, nos termos singelos em que foi apresentado, não nos parece conveniente.

Na discussão do projeto, deveriam ser introduzidas duas emendas indispensáveis, com caráter substitutivo. A primeira diria respeito à limitação da condenação em honorários àqueles casos em que se configura o litigante de má-fé, hoje disciplinados, excelentemente, nos artigos 14 a 18, do novo CPC. Seria excluída, porém, a hipótese do art. 17, inciso l, por isso que, deduzir pretensão ou defesa inovadora ao ângulo jurídico, na Justiça do Trabalho, constitui fator benéfico de evolução do Direito do Trabalho. A outra emenda seria no sentido de estabelecer-se a responsabilidade solidária do sindicato na condenação em honorários de advogado, princípio tanto mais pertinente e cabível, quando se considera que a atual lei 5.584, de 26 de junho de 1970, no seu artigo 16 já estabelece que os honorários, quando percebidos pelo empregado, revertem para o sindicato que o assistiu na reclamação"[19].

---

[18] "Elementos de Direito Processual do Trabalho", páginas 123/124.

[19] Parecer em "OAB - ÓRGÃO DE DIVULGAÇÃO - GB", de 15/4/74, páginas 3/4.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 55 29/06/2018 15:35:46

8 - A REALIDADE BRASILEIRA E EM PARTICULAR A DA REGIÃO AMAZÔNICA

Uma das razões que nos impelem contra a adoção do princípio da sucumbência em honorários advocatícios na Justiça do Trabalho é o só exame da realidade brasileira.

A gênese do povo brasileiro foi estudada por OLIVEIRA VIANA em sua célebre "Evolução do Povo Brasileiro". Mas em outra obra, não menos científica, a que intitulou "Populações Meridionais do Brasil" observa que a população brasileira colonial vai pouco a pouco se ruralizando, a ponto de os elementos dominantes na política dos dois Impérios, em sua quase unanimidade, constituir-se de pessoas de pura formação rural[20].

E com os tempos, apesar da radical transformação da vida nacional, principalmente a partir dos anos 50, ainda conservamos hábitos, costumes e tendências, que demonstram nossas raízes profundamente ligadas ao meio rural.

Estas premissas fazem de nós um povo ainda sem personalidade de base definida, como salientam os sociólogos.

Todos estes fatores trariam repercussões para o campo do nosso Direito do Trabalho. Todos os institutos de favorecimento da situação operária constituíram benesses do Poder Público. Quer dizer, as conquistas operárias em nosso país, foram outorgadas pelo governo. Não resultaram de reivindicações da comunidade.

No que respeita ao processo do trabalho, instituir a obrigatoriedade da verba honorária poderia levar ao estiolamento do direito de postular de grande parte de nossos operários.

E a região amazônica seria das mais atingidas. Grande parte das pequenas cidades deste imenso vale amazônico sequer possuem advogados.

Em suma, o caráter especial da Justiça do Trabalho faz com que se repudie a idéia da instituição do princípio da sucumbência nos honorários de advogado.

9 - HONORÁRIOS DE ADVOGADO NA JUSTIÇA DO TRABALHO:

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que "será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei" (art. 153, parágrafo 32).

Ainda no regime da Constituição de 1946, editou-se a Lei número 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, regulando a concessão da assistência judiciária gratuita aos necessitados.

Uma das conseqüências da concessão de assistência à parte necessitada era a obrigatoriedade de condenação da parte vencida nos honorários de advogado.

---

[20] OLIVEIRA VIANA: "Populações Meridionais do Brasil", volume I, página 38.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 56 29/06/2018 15:35:46

Na Justiça do Trabalho, dificilmente acontecia uma condenação nesse sentido, apesar de os reclamantes, via de regra, serem pessoas necessitadas, no sentido que a lei emprega este conceito.

Esta situação foi radicalmente modificada por intermédio da Lei número 5.584, de 26 de junho de 1970,

A partir do artigo 14, referido diploma legal disciplina a assistência judiciária, que será prestada pelos Sindicatos da categoria profissional do trabalhador, ainda mesmo que não esteja associado à entidade de classe.

Nos termos do que preceitua o legislador, a concessão da assistência judiciária na Justiça do Trabalho subdivide-se em:

a) obrigatória - para todo trabalhador, que perceber até o dobro do salário-mínimo regional;

b) facultativa - desde que o trabalhador perceba além do limite anterior e faça prova de que a demanda provocará dificuldades de manutenção própria ou da família.

Na segunda hipótese, o trabalhador procurará a autoridade local do Ministério do Trabalho, requerendo seja comprovada sua situação econômica, em diligência sumária não excedente de quarenta e oito horas. Para as localidades onde não houver repartições do Ministério do Trabalho, deve recorrer aos Delegados de Polícia.

Atendidos os pré-requisitos, e desde que o reclamante obtenha ganho de causa, o juiz condenará o vencido nos honorários de advogado. Estes reverterão, sempre, para os cofres do sindicato assistente.

10 - CONCLUSÕES:

1 - O espírito da Justiça do Trabalho, instituída para nivelar partes desiguais, repudia a implantação do princípio da sucumbência, pura e simplesmente;

2 - Deve o legislador acolher a tese do Anteprojeto RUSSOMANO, e manter a sistemática instituída com a Lei número 5.584/70;

3 - Nada há que impeça o patrocínio obrigatório através de advogado na Justiça do Trabalho.

BIBLIOGRAFIA

"Instituições de Direito Processual Civil" - GIUSEPPE CHIOVENDA
"Instituições de Direito Processual Civil" - JOSÉ FREDERICO MARQUES
"A Revolução Industrial" - PHYLLIS DEANE
"A Revolução Industrial" - T. S. ASHTON
"O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro" - MOZART VICTOR RUSSOMANO
"Introdução ao Direito do Trabalho" - EVARISTO DE MORAIS FILHO
"Direito do Trabalho" - DÉLIO MARANHÃO
"Revistado Trabalho" - setembro de 1948
"Revista LTR" - janeiro de 1973

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 57 29/06/2018 15:35:46

"Curso de Direito do Trabalho" - ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK
"Comentários ao Código de Processo Civil" - PONTES DE MIRANDA
"Código de Processo Civil Comentado" - SÉRGIO SAHIONE FADEL
"Direito Judiciário Brasileiro" - JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR
"Comentários ao Código de Processo Civil" - MONIZ DE ARAGÃO
"A Pré-História do Código Judiciário do Trabalho" - MOZART VICTOR RUSSOMANO
"Ação na Justiça do Trabalho" - ANTÔNIO LAMARCA
"Direito Processual do Trabalho" - WAGNER D. GIGLIO
"Elementos de Direito Processual do Trabalho" - AMAURI MASCARO NASCIMENTO
"Populações Meridionais do Brasil" - OLIVEIRA VIANA

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 58 29/06/2018 15:35:46

PESSOA HUMANA E TENDÊNCIAS DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL (*)

ROBERTO A. O. SANTOS
Juiz Togado do TRT 8ª Região
Prof. Titular da Universidade Federal do Pará

SUMÁRIO:

1. Limitações da consciência jurídica.
2. Direito e desagregação social.
3. O **homo pugnax**.
4. Em busca de um novo conceito do homem. A Atuação Humanística. O Homem na História.
5. Direito e futuro.
6. A socialização do Direito e seu significado histórico.
7. Tendências atuais do Direito Brasileiro do Trabalho. Que é uma tendência? Tendências significativas no Brasil atual.
8. Avaliação crítica das tendências brasileiras.

1. Limitações da consciência jurídica

Tem-se admitido que o fundamento último do Direito do Trabalho reside na dignidade da pessoa humana, enquanto titular de um inalienável **direito ao trabalho**. Em notável relatório à V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1974, o jurista brasileiro Evaristo de Moraes Filho mostrou como os chamados direitos sociais ampliaram - em certo sentido transformaram - a tradição das franquias individuais esboçadas na Inglaterra desde a Magna Carta e retomadas no constitucionalismo americano de 1776 e na Revolução Francesa, ao mesmo tempo em que se forjava a idéia do Estado de Direito(1).

Ser dotado de razão, digno em si mesmo, independentemente de qualquer reconhecimento de Estados particulares ou de leis positivas, o homem

(*) O presente trabalho foi escrito em outubro de 1977, para compor os **Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. A. F. Cesarino Jr.**, obra coletiva oferecida ao catedrático recém-jubilado pela Universidade de São Paulo. Vai agora publicado com autorização da Comissão de Homenagens nomeada pelo Instituto dos Advogados de São Paulo e composta dos Profs. Mozart Victor Russomano, Rui de Azevedo Sodré (+ 1978) e Cássio Mesquita Barros Jr. (Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 11, n. 21, p. 33-61, jul./dez./1978)

(1) EVARISTO DE MORAES FILHO, **O direito ao trabalho**, V Conf. Nac. da Ordem dos Advogados do Brasil, sobre **O Advogado e os Direitos do Homem**, 1974, Tese nº 4.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 59 29/06/2018 15:35:46

é, com efeito, não só o fundamento inteligível do Direito do Trabalho, mas de todo o Direito. Ao proclamá-lo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, provou que a consciência jurídica atingira, na humanidade, seu ponto culminante.

O fato de o Governo norte-americano ter erguido agora a bandeira dos "direitos humanos" não torna o tema uma coisa sua. Como disse Martin Ennals, da Anistia Internacional, na década dos cinqüenta o termo "paz" ficou sendo também uma espécie de palavrão, porque a União Soviética liderava uma campanha política a respeito - e nem por isso a paz deixou de ser um objetivo desejável.

Intento, porém, pedir atenção para este fenômeno conhecido: embora proclamado oficialmente, o direito ao trabalho não se consumou concretamente na generalidade dos países. E mais: direitos humanos tão importantes quanto ele, sobretudo os de conteúdo político, estão longe de se realizar na prática de quase todas as nações.

Isso mostra que um elevado grau de consciência jurídica, condição certamente **necessária**, não é suficiente para a realização histórica do Direito; (ou, se quisermos evitar controvérsias sobre nomes, para a realização histórica dos ideais do Direito). E precisamente naquilo que se considera básico e inalienável, que são os direitos fundamentais.

Quisera propor algumas reflexões sobre essa ineficácia relativa da consciência jurídica. Que fatores a têm condicionado?

Em primeiro lugar, há um motivo imediato ou óbvio, mas de baixa importância explicativa: é que a consciência jurídica "oficial", que se atualiza nas Declarações de Direitos e pactos semelhantes, não corresponde ainda ao nível de consciência das populações representadas pelos Estados signatários. Ela é compartilhada apenas por uma vanguarda de indivíduos com visão humanista, sem impregnar o conjunto da cultura dos grandes sistemas vivos. Os próprios Estados, que se fazem representar naqueles pactos - entendido o Estado aqui no sentido próprio de titular imediato do poder público, que se resume afinal nas pessoas detentoras desse poder, mais as normas de hierarquia e organização que as vinculam - são freqüentemente movidos por desígnios puramente políticos ou demagógicos ao consentirem nas Declarações, não lhes atribuindo maior importância que a um discurso cheio de promessas mais ou menos irresponsáveis.

Um segundo motivo, tão mais importante que até explica o primeiro, reside na dependência do Direito relativamente aos demais fenômenos sociais. Para começar o Direito não é a única regra de funcionamento da sociedade. Inúmeras relações sociais lhe escapam; e mesmo as que se lhe subordinam também se acham sujeitas a outras motivações e estímulos. O próprio nascimento de uma regra positiva de Direito obedece a um complicado processo em que atuam e se chocam interesses e pressões diversas, reunidas por Ripert sob o sugestivo nome de "forças criadoras do Direito". Nesse processo, "o mais forte sai vencedor de um combate cujo prêmio é a lei", diz Ripert, embora depois disso "o jurista

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 60 29/06/2018 15:35:46

declare gravemente que a lei é a expressão da vontade geral"[2]. Racionalizações de interesses econômicos, sentimentos nacionalistas, preocupações religiosas, reivindicações sociais, amor, ódio, devoção, eis alguns dos fatores que operam a gênese do Direito. A pura consciência jurídica pode ser interior a uma parte deles, mas dificilmente estaria presente em todos. Além disso, a reação ou ajuste de cada um desses fatores à consciência jurídica difere de grupo para grupo e até de pessoa para pessoa envolvida na formação das leis. A educação dos indivíduos com relação ao senso de justiça raramente foi similar, de maneira que o nível da consciência jurídica - ainda que fosse decisivo num processo tão complexo de estímulos - nunca é uniforme nos núcleos que elaboram o Direito.

Poderíamos aprofundar a pesquisa genética para incluir, por exemplo, as distinções de riqueza, tradições, valores e graus de civilização dos vários países. Mas o que temos em mão é já bastante para compreender o quanto os ideais do Direito podem ser drasticamente limitados pela prática social e pelo ideário vigente em cada nação particular. Aí reside a grande contingência da consciência jurídica, a qual só muito lentamente se universaliza, só parcialmente se converte em regras imperativas de Direito e raramente se torna uma inspiração dominante - se é que se tornou algum dia - na conduta das massas. Ela é essencialmente evolutiva, imperfeita, e encontra sempre pedras no caminho.

2. Direito e desagregação social

Apesar disso, o Direito positivo é considerado, e em certo sentido ele o é de fato, um dos pilares da convivência social. Tendo desenvolvido uma técnica de controle razoavelmente eficiente sobre os indivíduos e grupos, através da organização da força, do monopólio das coações e de um método de distribuição de recompensas e punições, ele logra, em condições normais, induzir comportamentos mais ou menos ajustados à coexistência.

É verdade que em certas sociedades ele funciona mal, suas normas têm um caráter mais declamatório ou retórico do que efetivamente imperativo. Mas, naquelas em que se implantou quase perfeitamente o Estado de Direito, não há dúvida quanto ao sucesso relativo do Direito em ordem a um mínimo de convívio coletivo.

Nem por isso podemos dizer que o padrão da convivência dos homens melhorou muito desde a Revolução Francesa. O tipo de coexistência garantido pelo Direito tem comportado regressões notórias à barbárie, guerras de extermínio, instituição oficial da espionagem, cuja atividade inclui muito freqüentemente a mentira, o assassinato, a violação da intimidade privada, etc. O terror organizado contra inocentes, tanto por parte de certos Estados como por iniciativa de grupos privados, a ascensão da violência, da criminalidade urbana, o caráter sangrento das

[2] GEORGES RIPERT, **Les forces créatrices du Droit**. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. Paris, 1955, p. 81: "Ela não é nunca senão a expressão da vontade de alguns".

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 61 29/06/2018 15:35:46

lutas raciais, da África aos Estados Unidos, o permanente desafio entre nações - tudo isso mostra que as promessas do Direito não são em rigor satisfatórias.

Parece legítimo concluir que o Direito positivo, conquanto útil à coexistência, é incapaz de assumir sozinho os problemas mais profundos da convivência humana. Ele não promove em forma ativa a aliança real entre os homens. E nem se importa com isso, porque seu pressuposto de operação é a luta de interesses; sua especialidade, o antagonismo, a discórdia. Ele cuida de prevenir ou solucionar conflitos, impondo, freqüentemente à revelia dos sujeitos, suas regras de ação. Em condições normais, isso faz dele um instrumento poderoso para impedir a **desagregação**, mas nunca o torna a **fonte de coesão**. Mais precisamente, **ele evita a descoesão mas não suscita a coesão**, salvo em medida muito medíocre. Não conduz os homens a uma simpatia recíproca. Na verdade, a lei envolve comumente, com raríssimas exceções, a idéia de oposição, de luta, de distribuição estrita ou confinada, de rivalidade. Um direito subjetivo é sempre afirmado **contra** alguém ou **contra** todos.

Essa característica do Direito - de repartir para uns contra os outros, e portanto de separar, diria até, abusando da expressão, de desunir - responde a uma necessidade de ordem **prática**. Evidentemente, o Direito não poderia obrigar ninguém a simpatizar com seu semelhante, nem a ser bondoso ou compassivo, leal e veraz. Mas ela é tão decididamente forte, que levou grandes vultos do Direito moderno a elaborarem uma concepção especial do homem. Assim como a Economia erigira, para seus raciocínios normatizadores, a abstração do **homo oeconomicus**, as ciências do Direito criaram, para seu próprio tratamento, o que eu chamaria o **homo pugnax**, o homem em constante antagonismo, movido apenas pelo interesse pessoal. Eis aí que uma necessidade de ordem **prática** passou a encarar-se como uma necessidade **lógica**, deduzida da nova noção de homem.

A nova noção, por isso que encerrava o indivíduo no seu interesse, implicava um homem irreal, não-moral, agindo mecanicamente sob o impulso de estímulos vitais e econômicos apenas. Uma vez transposta do campo das ciências do Direito e da Economia para outros domínios da reflexão, da política e das escolas, ela impregnou profundamente a cultura moderna, na qual os motivos não utilitários de ação tipicamente são tratados com desdém.

3. O "homo pugnax"

Dentro da moderna Filosofia do Direito, Kant foi certamente um dos que elevaram á culminância o conceito do homem antagonista, em relação com a missão do Direito na História. Isto se pode conferir no pequeno ensaio que ele publicou em 1784, **Idéia de uma História Universal de um ponto de vista cosmopolita**[3]. Contemplando a História dos homens, Kant foi tentado a

[3] O ensaio de Kant se acha reproduzido na antologia de Patrick Gardiner, **Teorias de História**, trad. port.. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1974, pp. 28-40.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 62 29/06/2018 15:35:46

sentir "certa repugnância", tamanha a dose de "loucura, de vaidade pueril, muitas vezes infantil maldade e sede de destruição" da espécie humana. As disposições naturais do homem, destinadas ao uso da sua "razão", só virão a desenvolver-se plenamente na espécie, e não no indivíduo, "de tal forma que só as últimas gerações venham a ter a felicidade de habitar o edifício para o qual uma longa série dos seus antepassados trabalhou". O "meio de que a "natureza" se serve para levar a cabo esse desenvolvimento é o "antagonismo dentro da sociedade", na medida em que "este antagonismo acaba por se tornar a causa de uma ordenação regular dessa mesma sociedade".

É fácil, assim, entender por que Kant, o grande moralista-lógico da **Crítica da Razão Prática**, seria levado a nada menos que um elogio ao mal histórico que ele próprio, no fundo, certamente detestava: "Louvada seja, pois, a natureza, pela insociabilidade, pela vaidade que provoca a emulação invejosa, pela insaciável ânsia de riqueza ou de poder! Sem elas, todas as excelentes disposições naturais da humanidade permaneceriam eternamente adormecidas e atrofiadas. O homem quer concórdia, mas a natureza sabe melhor o que é bom para a sua espécie e quer discórdia".

É do Direito que a "natureza" lança mão a fim de conduzir a espécie ao pleno uso da "razão", em meio aos antagonismos e inclinações egoísticas. "O maior problema da espécie humana (...) é o estabelecimento de uma sociedade civil, que administre universalmente o direito. Porque só na sociedade - e nomeadamente naquela que tenha a maior liberdade, e portanto um antagonismo geral de seus membros", a natureza atinge os seus mais elevados fins.

Vemos, pois, que para Kant o antagonismo é um pressuposto prático e lógico do Direito, que em certo sentido deve ser abençoado, já que necessário ao progresso da espécie.

Para Hegel, o antagonismo também constitui um passo iniludível e se resolve pela incorporação do homem ao Estado totalitário. A "Consciência de si" do indivíduo tem sua "liberdade substancial" no Estado, como "sua essência, fim e produto de sua atividade". "O Estado é o **racional em si e por si** (...); o indivíduo mesmo tem objetividade, verdade e ética somente como membro do Estado, pois o Estado é o Espírito objetivo"[(4)].

A concepção do Direito de Ihering nato deixa igualmente de enraizar-se na de antagonismo, embora quiçá mais temperada que em Kant. O motor da mecânica social é o egoísmo, "pelo chamariz do prazer, se o homem obedece; pela ameaça da dor, se transgride ou descura suas leis"[(5)].

[(4)] "O desenvolvimento do Estado como monarquia constitucional é a obra do mundo moderno, no qual a Idéia substancial adquiriu a forma infinita". Estes e outros momentos do mais radical totalitarismo HEGEL os desenvolveu na famosa **Filosofia do Direito**. (**Filosofia del Derecho**, trad. argent., Editorial Claridad, Buenos Aires, 4a. ed., 1955, §§ 257, 258 e 273).

[(5)] RUDOLPH VON IHERING, **A evolução do Direito** (Zweck im Recht), trad. bras. Progresso Editora, Salvador, 1950, § 15.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 63 29/06/2018 15:35:46

Que acrescentar ao que já criticamos no **homo pugnax**, essa abstração ou caricatura do verdadeiro homem? Bem, tal como o **homo oeconomicus**, ela conta uma parte da verdade, conquanto deixe de fora o mais relevante - já o veremos. Elaborada em sistemas gerais, ela correspondia parcialmente a certos propósitos ideológicos da burguesia industrial da Europa no final do século XVIII e durante o XIX. Alguns dos grandes economistas do liberalismo clássico tinham aberto a senda aos juristas, com obras ao molde de **A Riqueza das Nações** de Adam Smith em 1776, o **Princípio da População** de Malthus em 1798, ou os **Princípios** de Ricardo em 1817[6] - todas elas mergulhadas na atmosfera cultural do capitalismo nascente, em busca de maior liberdade de movimentos, de justificação para a impiedade das usinas, a exploração brutal dos trabalhadores e o individualismo grosseiro como regra de vida. O espetáculo à frente de Kant na Europa e de Ihering no mundo, já pela segunda metade do século XIX, constituía uma tentação grande demais para *não* separar vida econômica (e jurídica) de outras decisivas dimensões da vida humana - a afetiva ou amorosa, por exemplo.

Kant sabia bem que o homem, mesmo o individual, não se reduz a uma bateria de interesses egoísticos. Seu próprio sistema de ética é a mais acabada fórmula de prescrição do **desinteresse** como norma básica da vida moral. E entretanto, para salvar a reputação da "natureza" ou "Providência" em meio aos erros da humanidade, ele entendeu de isolar o egoísmo e elevá-lo à condição de motor visível do projeto oculto da História.

O mesmo ou quase o mesmo valeria para Ihering. Ao concluir seu célebre trabalho sobre o objetivo do Direito, ele dissera com clareza: "Os dois móbeis egoístas - salário e coação - que a sociedade emprega para levar os indivíduos a concorrerem para os seus fins não constituem os únicos estímulos. Há um outro mais nobre. Chama-se ele a **Moralidade**"[7]. Mas não consta que jamais se haja empenhado, por exemplo, em reintegrar a noção de moralidade no Direito.

Note-se bem, não se tratava de apenas fazer incidir o Direito sobre o "lado mau" do homem, ressalvando que o "lado bom" subsiste e constitui mesmo um dos motivos capitais do combate jurídico ao "lado mau". Os juristas e filósofos utilitaristas - embora menos que os economistas - foram atraiçoados por seus próprios métodos. Porque eles mesmos ou seus seguidores, uma grei inumerável, passaram a ensinar, para todos os efeitos didáticos e políticos, que o homem real, o-homem-que-de-fato-faz-a-sociedade, é o **homo pugnax**; e que, portanto, é o "lado mau" do homem somente, não o "lado bom", que deve ser tomado em linha de conta na Economia e no Direito.

---

[6] ADAM SMITH, **Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones**, trad. esp., Aguilar, Madri, 1956, cap. II do Livro I. THOMAS ROBERT MALTHUS, **Ensayo sobre el principio de la población**, trad. mex., Fondo de Cultura Econômica, México, 1951, especialmente cap. 2 do Livro III. DAVID RICARDO, **Princípios de Economia Política e do Imposto**, trad. bras., Atena Editora, Rio, 1937, passim.

[7] IHERING, obr. cit., § 228.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 64 29/06/2018 15:35:46

A separação radical das camadas que formam o ser humano e a complexa sociedade humana iria refletir-se na teoria "pura" do Direito, de Kelsen. Tal qual os teóricos da Economia "pura", à la Walras e Pareto, Kelsen teve a pretensão de "libertar" a ciência jurídica "de todos os elementos que lhe são estranhos", e esse era, declaradamente, o seu princípio metodológico fundamental[8].

À proporção que as práticas sociais e as instâncias de reflexão se empolgavam com o interesse, a competição e a rivalidade, extensa gama de valores sensitivos se espalharam pelo mundo. Não admira, assim, que, apesar do brilhante sucesso da tecnologia e das ciências, o processo de convivência se haja paradoxalmente tornado tão ameaçador para o homem.

Como disse Sorokin, "dentro do marco da cultura, da sociedade e do homem contemporâneo (sensuais), não é possível suprimir, nem sequer atenuar as tensões de grupos nacionais e internacionais (...) Tudo nela está impregnado do espírito, **ethos** e **pathos** da rivalidade, da competição e do desejo de vitória sobre os contendores em todos os campos da atividade sócio-cultural, desde a ciência, o futebol, as belas artes e o comércio, até a superioridade imperialista das religiões, com suas divindades e adoradores respectivos (...) Similarmente, as instituições básicas da sociedade contemporânea estão impregnadas da mesma belicosidade, provocando incessantemente conflitos interindividuais, civis e internacionais. A **propriedade privada**, com sua diferenciação inevitável entre excessivamente ricos e excessivamente esbulhados, origina uma criminalidade persistente, assim como antagonismos de classes e guerras da mesma índole. O **Estado** com seu descarnado poder policialesco e sua maquiavélica **raison d'état**, constitui uma instituição abertamente belicosa, não refreada por qualquer das normas éticas que são obrigatórias para a conduta privada". O mesmo cabe afirmar, continua Sorokin. dos partidos políticos, do padrão de luta das **organizações trabalhistas** e também da **família**, "na medida em que tem inculcado as crianças o culto do egotismo familiar, enquanto o afã de poder e 'êxito' exterioriza o mesmo espírito belicoso".

Nessas condições, "a guerra em suas diversas formas, e sobretudo a guerra desencadeada para a obtenção de valores sensuais, constitui o **ethos**, o coração e a alma" da cultura contemporânea[9].

4. Em busca de um novo conceito do homem

A prática social se transforma com a ação. Entretanto, as idéias exercem um papel saliente sobre os motivos da ação e, naturalmente, em determinados desenvolvimentos das práticas particulares. Cumpre, pois, perguntar se não

---

[8] HANS KELSEN, **Teoria Pura do Direito**, trad. port.. Armênio Amado Ed., Coimbra, 1974, 3a. ed., p. 17.

[9] PITIRIM SOROKIN, **Sociedad, cultura y personalidad; su estructura y su dinámica; sistema de sociologia general**, trad. esp., Aguilar, Madri, 1960, cap. XXXIII, seção III, pp. 791-794.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 65 29/06/2018 15:35:46

haveria uma concepção de homem mais integrada que a do **homo pugnax**, suposta na moderna teoria do Direito. Uma concepção mais completa, mais realista, e por isso em mais estreita correspondência com a realidade da vida social. Consequentemente, mais capaz de ajudar uma convivência amiga entre indivíduos e grupos sociais.

Acredito que sim e tentarei agora apresentá-la. Ressalvo, porém, que a concepção não é minha, em termos de autoria intelectual. Embora eu nela comprometa minha razão e em certo sentido meu coração, diria antes que constitui um patrimônio universal, cujas raízes *e* origens dificilmente eu saberia identificar com justiça.

4.1- A Atuação Humanística

Desde a pré-história, *a* espécie humana trazia em si um sinal de igualdade. Em todas as latitudes e longitudes em que povoaram a terra, homens de diferentes graus de civilização, quaisquer que fossem seus atributos secundários, logravam reconhecer-se como homens. Mesmo quando, em função de objetivos de dominação política e escravização, a igualdade foi negada, a longo prazo não pôde deixar de prevalecer e se afirmar.

Essa igualdade básica subentende uma **realidade humana** que é comum a todos os homens, não tem como ser desmentida validamente, e se acha presente nos seres humanos independentemente do lugar, da etnia, do estado de suas técnicas e conhecimentos, da complexidade de sua organização social, da posição de fortuna ou miséria de cada um, do sexo, da idade, das qualidades e erros, da santidade ou crime, da saúde ou doença, da profissão ou falta de profissão. Ela também não é jamais perdida, em sociedade ou fora da sociedade, ainda que o homem transgrida regras fundamentais de convivência e se torne agente dos maiores crimes.

No fundo da realidade humana há um **potencial de lealdade, confiança, conhecimento, amor, trabalho e criação**. Trata-se de um potencial livre, referido a atos livres, e pode além disto estar entorpecido, ou ser apenas obscuramente percebido, seja em razão do caráter da cultura do grupo ou por circunstâncias individuais de doença, invalidez, loucura ou deformação interior.

A realização dinâmica, incessante, sem fim marcado, e livre - conscientemente escolhida - desse potencial constitui o maior valor da espécie humana. Está acima de todos os valores humanos, inclusive o do domínio técnico da natureza e o do desenvolvimento econômico. Através dela, o homem pode abrir-se para outros universos inteligentes que acaso existam fora do planeta e nutrir simpatia por outras formas de vida conhecidas.

Com efeito, o **potencial** é um conjunto de impulsos interiores, que movem um homem em direção a outro, ou em direção a objetos, ou ainda em direção a si próprio, e sempre relacionado com interesses fundamentais do gênero humano. Mas só ao libertar os impulsos, objetivando-os dinamicamente em atos concretos, é que o homem transforma seu potencial em energia radiante e lhe

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 66 29/06/2018 15:35:46

confere significado prático. A realização dinâmica é, pois, como uma **atuação** do potencial. Chamá-la-ei de **Atuação Humanística**.

O caráter dinâmico da Atuação Humanística reside em que, por um lado, a prática de atos concretos não esgota a fonte de energia interior; e, por outro, no fato de a realização estar sujeita a condicionantes tanto internos quanto externos, necessitando de constantes reajustes, retomadas, aperfeiçoamentos e lutas. Essas tensões e oscilações desenvolvem-se no meio social e no coração do homem simultaneamente.

A Atuação Humanística não constitui, evidentemente, o único impulso das ações humanas. Os estímulos ligados à autoconservação, a fome, a libido, o desejo de riqueza, poder e prestígio, o medo, o temor, o ódio, a vingança, a crueldade e toda uma série complexa de motivações estudadas pela Psicologia podem estar presentes na urdidura da conduta. E, concomitantemente com esses motivos internos, operam também os condicionantes mais caracteristicamente sociais, contingenciando a liberdade, a formação e as decisões humanas; estão neste grupo, por exemplo, os fatores de ordem técnica, os sistemas de propriedade, a distribuição de riquezas, as formas de regulação da economia, os processos de cooperação, os processos de competição por vantagens econômicas e financeiras, os fatores bio-sociais referentes à integridade física e à saúde das populações, associados portanto ao meio-ambiente e sua interação ecológica com a espécie humana; os fatores educacionais, artísticos e religiosos; a presença e os processos das microestruturas sociais (famílias, empresas, sindicatos, escolas, associações diversas).

Aí está por que a Atuação Humanística - a realização dinâmica do potencial humano - se vê sujeita a mil e uma vicissitudes e, em certos períodos da História, aparenta ter perdido sua capacidade realizadora. Na verdade, ela pode ser facilitada ou desfavorecida pelas estruturas sociais existentes; como também pelo próprio indivíduo isoladamente; e, ainda, pela combinação do indivíduo com as estruturas, interagindo ou cooperando[10].

---

[10] Há uns tantos requisitos individuais da Atuação Humanística, conforme se depreende da herança do mundo antigo e de algumas contribuições da ética medieval. Talvez pudéssemos resumir em quatro esses elementos propulsores, que treinam o indivíduo na realização do seu potencial de lealdade, veracidade, trabalho e amor: a **sagacidade espiritual**, aptidão prática que o indivíduo conquista para distinguir em si mesmo e nós dados objetivos as inclinações e valores verdadeiramente humanísticos dos anti-humanísticos; **o espírito de justiça**, que os romanos consideravam a vontade constante de dar a cada um o que é seu; o **desprendimento**, que capacita o indivíduo a ser moderado, tanto na avaliação de si mesmo (humildade), como na indignação, para não se tornar violento ou rancoroso; na aplicação da justiça, de modo a ser generoso e, se possível, compassivo; moderado no uso das coisas, para não cair no fetichismo; também no consumo das mil e uma situações agradáveis da vida, de modo a não comprometer permanentemente sua lucidez e atuação; e a **força interior**, capaz de realimentar constantemente a fé humanística, a crença na capacidade transformadora da bondade, do amor, da verdade e do trabalho.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 67 29/06/2018 15:35:46

4.2 - O homem na História

Sendo a História o conjunto sucessivo dos eventos humanos, necessariamente implica ou abrange as transformações das estruturas sociais e suas articulações com a Atuação Humanística.

Tem a História um sentido? Não poderei, neste trabalho, dedicar muitas linhas ao problema. Intensa discussão lavra sobre o assunto desde 1725, com a publicação da **Ciência Nova** de Giambattista Vico, e cruzando os séculos através das visões de Kant, Herder, Condorcet, Hegel, Comte, Buckle, Marx, Spengler, Collingwood. Mais recentemente, Arnold Toynbee e a Sociologia Histórica de Pitirim Sorokin representaram os mais importantes esforços para responder à indagação em bases empíricas ou pretendidamente empíricas. Mas os teóricos da História prosseguem ainda no debate sem chegar a um acordo; muitos deles até mesmo evitam o tema e preferem dedicar-se a questões de metodologia histórica.

Direi apenas que, qualquer que seja o sentido da História - admitindo provisoriamente que tenha um sentido - ele não pode ser apreendido pela Lógica. Não posso crer que a História se desenvolve **logicamente** (exigida por uma **necessidade** absoluta ou ao modo de uma necessidade absoluta), porque, sobre não haver demonstração a respeito, uma crença desse tipo me levaria a desacreditar na liberdade humana. Se a História fosse o reino da necessidade, então não poderia dar jamais lugar u liberdade. O modelo de Hegel, em Filosofia da História, confundindo deliberadamente lógica com realidade e vice-versa, só poderia conduzir, politicamente, ao sacrifício da liberdade, ao totalitarismo. O modelo de Marx, embora mais refinado que o de Hegel e no qual as articulações dialéticas da História ainda reservam certo papel à liberdade, exige também um tipo de fé que não consigo ter.

Isso não significa creditar validade às teorias opostas, principalmente às de autores imobilistas do padrão de Karl Popper, interessados primordialmente na preservação do sistema capitalista[(11)].

Como quer que seja, um dos modos, não o único, de conceber a História pode tomar para ponto de partida a Atuação Humanística. Tenho a convicção de que é uma perspectiva extremamente fecunda, quer sob o ponto de vista intelectual, quer especialmente sob o ponto de vista político. Nessa perspectiva, a História encarar-se-ia igualmente como um campo de luta, mas já agora não

---

(11) KARL POPPER discutiu o problema do sentido da História em seu brilhante livro **A sociedade democrática e seus inimigos**, de 1945. Ver trad. bras. da Itatiaia, Belo Horizonte, 1959. Entretanto, ainda no artigo sobre **Previsão e profecia nas Ciências Sociais**, surgido na antologia de Patrick Gardiner (**supra**, nota 3), pequenos resumos de suas idéias básicas se podem encontrar. Como ali se vê, Popper é "historicista" a seu modo, apesar do libelo que faz contra o "historicismo" e o que chama a "teoria conspirativa da História"; só que seu esquema historicista desemboca **para todo o sempre**, no capitalismo, o qual, em sua opinião, não pode (= não deve) elevar os "lucros reais da população operária" num momento dado e talvez nem sequer garantir o pleno emprego, por causa da inflação.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 68 29/06/2018 15:35:46

mais a luta pelo prevalecimento de interesses egoísticos, e sim pela realização do potencial humano de lealdade, confiança, conhecimento, amor, trabalho, criação.

Esse gênero de luta tem muito a ver com o que Maritain chamou a **lei de ambivalência da História**(12). A reflexão sobre os dados da História nos mostra que a humanidade não caminha numa direção única, pois é solicitada tanto pelo antagonismo ou a brutalidade, como pela bondade ou o trabalho, por tendências anti-humanísticas e por tendências humanísticas.

Se a nossa torcida é pela vitória das tendências humanísticas em cada período histórico, nada melhor do que considerar como eventos vitalizadores da História a todos aqueles que operem nessa direção; e como **eventos debilitadores** da História, ou simplesmente **desniveladores históricos**, àqueles que atuam na direção contrária.

Assim, são vitalizadores da História as estruturas, valores, processos, mudanças sociais e quaisquer eventos, mesmo de indivíduos, que aumentem, ou contribuam significativamente para aumentar, a massa de amor, veracidade e compreensão entre os homens. Não apenas as ações dos chamados grandes vultos ou personagens, mas também os atos livres e conscientes de pessoas perdidas no anonimato urbano ou rural. Do mesmo modo, os hábitos que intitulamos, linhas atrás, de "requisitos individuais da Atuação Humanística", quando praticados em correspondência com eventos vitalizadores, dever-se-ão considerar também vitalizadores.

No outro pólo, teremos os desniveladores históricos - estruturas, valores, transformações e quaisquer eventos, mesmo de indivíduos, que dificultem demasiado ou decisivamente se oponham à realização dinâmica do potencial humanístico.

Há, no entanto, eventos complexos, nos quais valores humanísticos estão misturados com valores anti-humanísticos. Por exemplo, as práticas do jornalismo mundial envolvem algumas vezes inveracidade e vícios; mas a liberdade da imprensa é uma condição praticamente insubstituível da liberdade de pensar.

Em certas épocas da História, o impulso dos vitalizadores prevalece sobre os desniveladores, o que predispõe os homens ao mútuo reconhecimento, ao respeito pela veracidade, à tolerância e aos métodos pacíficos de solução dos conflitos de interesses. Torna-se então mais fácil o progresso da consciência moral e obviamente o da consciência jurídica. Em outras épocas, pelo contrário, prevalece o ímpeto dos desniveladores históricos, há como uma degradação do tipo de convivência, aumenta a massa de violência e desconfiança mútua no mundo. A personalidade individual se ressente, e o avanço da consciência moral diminui de ritmo(13).

---

(12) Poderíamos também aproximá-la do que o filósofo francês chama o "duplo progresso contrastante". Ver JACQUES MARITAIN. **Sobre a Filosofia da História**, trad. bras.. Editora Herder, São Paulo, 1962, cap. 2.

(13) Entre os obstáculos à Atuação Humanística que então ganham posição nas condutas individuais, deveríamos citar: (a) **a rejeição moral da igualdade humana**, pela

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 69 29/06/2018 15:35:46

Não há notícia, todavia, de uma época em que só um tipo de eventos haja dominado por completo, com exclusão do outro. E, apesar da doutrina do progresso, de Condorcet, não há previsão científica de que no futuro a humanidade tem garantia de uma convivência sem eventos desniveladores. Quanto ao presente, embora a sociedade mundial atravesse um período de crise, no qual os desniveladores históricos se tornaram bastante ameaçadores, vale registrar que talvez nunca houve, em escala planetária, tamanha ânsia por mudança, tanto desejo coletivo de veracidade - como se tem visto na autocrítica da Igreja Católica ou na "lavagem de consciência" dos norte-americanos - tantos protestos em favor do meio-ambiente, tanta fé eficaz nos meios pacíficos de ação política (Gandhi, M. Luther King), tão grande sentimento de que falta amor. Se o mundo fosse aniquilado hoje por uma bomba poderosa, ainda se poderia dizer que a explosão apanhara a humanidade numa situação de ambivalência histórica: no coração de cada homem havia uma parte de bom e uma parte de mau; na cultura, embora prevalecessem os valores de antagonismo e sensitivismo, havia também sinais de revitalização e reespiritualização, até certo ponto mais profundas e sinceras do que, por exemplo, no século XIX.

Não quero dizer que vitalizadores e desniveladores históricos hão de necessariamente estar-se enfrentando no futuro remoto. Pretendo é que a ciência nada nos pode assegurar a respeito. Mas creio que um homem verdadeiramente engajado na História é aquele que toma partido ao lado dos eventos vitalizadores. E trata de influir, com os meios idôneos ao seu alcance, no sentido de tornar mais freqüentes esses eventos, prestigiando os de longa duração ou já acontecidos, reforçando os que estão em curso e preparando o advento de outros. Ao mesmo

---

qual, em casos concretos, tratamos a certos indivíduos como se fossem inferiores à espécie ou a ela não pertencessem (índios, certos criminosos, inimigos de guerra, pessoas de etnia diferente, ou de outra classe social); (b) **hostilidade à natureza**, que leva o indivíduo a postular-se, consciente ou inconscientemente, como um estranho à natureza, em vez de um participante dela, dando origem a atitudes predatórias, atividades poluidoras do meio-ambiente, etc.; (c) **o desejo de ter muito**, pelo qual o indivíduo compromete no amor às coisas o seu potencial de amor aos outros, predispondo-se ao egoísmo, à defesa em grupo das desigualdades sociais existentes, ao mundanismo, ao elitismo; (d) **a crueldade**, pela qual o indivíduo, mesmo reconhecendo intelectualmente a igualdade de outro, submete-o a grande sofrimento físico ou moral, com o objetivo de obter da vítima uma declaração determinada, ou o silêncio, ou um dado comportamento, ou a entrega de dinheiro, ou a adesão a certo ideário; (e) **o sacrifício do inocente**, pelo qual alguém, com o desígnio de ferir a certa pessoa ou grupo, atinge propositadamente ou irresponsavelmente a outros; (f) **a ânsia de matar**, pela qual o indivíduo, acobertado ou não pela impunidade, tira prazer do aniquilamento do seu semelhante, ou se diverte com o presenciamento desse ato; (g) em geral, **a crença nos meios bárbaros de atingir a fins humanísticos ou pretensamente humanísticos**, pela qual, a pretexto de apressar o aperfeiçoamento humano, o indivíduo é levado a lançar mão da violência, da intimidação, da supressão da liberdade alheia, de recursos cruéis, da mentira e da morte como processos válidos, sem lembrar que tais processos são em si mesmos anti-humanísticos.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 70 29/06/2018 15:35:46

tempo, cumpre-lhe tornar clara para os demais a sua opção vitalizadora e denunciar - para dificultar-lhes a ação - os eventos desniveladores atuantes.

5. Direito e futuro

Suponhamos que o futuro reserve para o homem, não digo a abolição total da oposição vitalizadores-desniveladores, mas um padrão de convivência em que os eventos vitalizadores predominem amplamente sobre os desniveladores históricos. Numa tal sociedade, o amor e o dom de si ter-se-ão tornado o principal critério de ação da maioria das populações. Trata-se, sem dúvida, de uma possibilidade perfeitamente razoável, suscetível de ocorrer, mesmo num período tão curto quanto duzentos anos - o tempo que nos separa de Kant.

Caso isso venha a acontecer, que será do Direito?

Dentro da concepção de um homem livre, o Direito ainda permanecerá. Porque, livre na doação e no amor, livre na veracidade, o homem ainda continuará contingente, podendo cometer erros e originar conflitos de interesses. Nestes momentos, caberá ao Direito interferir. E ele não poderá interferir se não existir.

Significa isso que haverá leis, sim. Mas, já então, seguramente com importância social incomparavelmente menor que a da pesada estrutura institucional e todo o aparato hoje existente.

Por outro lado, o clima cultural da sociedade, seus valores, produção econômica, produção artística, critérios de participação nos benefícios sociais, oferecimento para trabalhar, etc., tudo há de ter outro espírito, outra inspiração, e a própria natureza dos problemas será diferente. É possível até conjecturar que a base dos poucos conflitos surgidos deverá ter essência profundamente distinta da dos hoje ocorrentes. (Por exemplo, no setor do Direito que agora chamamos de "Penal", os crimes vulgares de assassinato praticamente não existirão; a chamada "morte piedosa" ou eutanásia é que poderá constituir-se um problema em certos casos.) E como se os próprios conflitos se "espiritualizassem"[14].

Dentro dessa sociedade conjectural, constituirá para o indivíduo algo de crucial o bem de seu semelhante, salvo exceções (provavelmente encaradas pelo povo com uma piedade adulta, mais ofensiva que um castigo corporal). Daí a dificuldade, cada vez maior, nessa sociedade, de distinguir o campo do Direito e o campo da bondade. Haverá algo da grande aspiração judaica nesse mundo. Não cantava Davi num salmo que "a misericórdia e a verdade se encontraram; a justiça e a paz se oscularam?"

A simples possibilidade de vir a configurar-se na História uma sociedade fundada em tais padrões nos traz de volta ao presente com novas questões sobre o

---

[14] A questão da morte consentida e programada na sociedade futura - não como fuga suicida ou eutanásia mas como um prêmio - é apresentada de modo pouco convincente em obra admirável do marxista independente ROGER GARAUDY, **Parole d'Homme**, Éditions Robert Laffont, Paris, 1975. Nesse livro, uma inteligência poderosa se interroga sobre alguns dos problemas fundamentais do ser humano e da sociedade futura.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 71 29/06/2018 15:35:46

Direito positivo moderno. E uma delas consiste em saber se, desde agora, o Direito pode assimilar em seus textos disciplinadores alguns critérios não-tradicionais, como que reforçando ou facilitando a ocorrência de eventos vitalizadores, independentemente dos marcos do interesse e acima da própria idéia de justiça.

6. A socialização do Direito e seu significado histórico

Esse problema, que se formula ao nível da Filosofia do Direito, não pode ser respondido apropriadamente no mesmo nível, pois faz apelo à posse de certos dados técnicos. É, pois, num domínio mais técnico que se tentarão algumas indicações a respeito.

De certa forma, a assimilação de critérios não-tradicionais pelo Direito já começou. O chamado processo de socialização do Direito constitui um sintoma eloqüente. Até aqui, a socialização tem dado margem à prevalência, em certos textos legais, do "interesse social" sobre o "interesse individual". Trata-se de uma tendência realmente invasora, porque interveio nos mais variados campos do Direito. Não poupou mesmo o Direito por excelência, o Direito Civil, fonte e modelo dos demais. Pela mesma razão, a justiça comutativa se viu ultrapassada em diversos pontos. Foi em nome do "interesse social" que se expandiu o Direito Administrativo, face às novas funções atribuídas ao Estado, de prover a inúmeros cuidados com o bem-estar e a educação das massas populares. Como super-especialização do ramo administrativo, emergiu o Direito Tributário com o desígnio novo de promover transferências de renda entre grupos ou regiões ricos e os congêneres pobres, etc. Mas foi com a formação do Direito do Trabalho que se verificou o mais típico dos avanços socializadores. Alguns autores, lançando mão de uma antonomásia feliz, chegaram a batizá-lo o **Direito Social**[15]. Basta passar em revista os princípios do novo ramo do Direito, para logo compreender a distância a que ele deixa as velhas inspirações individualistas do liberalismo clássico. Segundo Américo Pla Rodriguez, uma lista desses princípios inclui[16]:

---

[15] Todos sabem o quanto nosso homenageado deste livro, o Prof. CESARINO JR., se bateu por essa denominação, cf. **Direito Social Brasileiro**, Freitas Bastos, Rio, 5a. ed. 1963, caps. I, II e III. E o seu ilustre opositor na questão terminológica, EVARISTO DE MORAES FILHO, apesar de admitir o nome hoje generalizado, sempre reivindicou para o Direito do Trabalho um conteúdo quase tão amplo como o proposto pelo Prof. Cesarino, ao abranger os contratos trabalhistas, o direito coletivo do trabalho, a tutela trabalhista, o processo especializado, o direito administrativo do trabalho, os acidentes do trabalho e doenças profissionais, a segurança social, e o direito internacional e comparado do trabalho. V. EVARISTO, **Tratado elementar de Direito do Trabalho**, Freitas Bastos, Rio, 1960, vol. I, §§ 1 a 26, especialmente pp. 66-67. Só depois é que, no Brasil, a doutrina se decidiu em má hora, por separar Direito do Trabalho de Previdência Social e Acidentes do Trabalho.

[16] AMÉRICO PLA RODRIGUEZ, **Los princípios del Derecho Laboral**, editora da revista "Derecho Laboral", Montevidéu, 1975. Se menciono apenas a opinião de Pla Rodriguez, é porque sua obra parece ser o único tratado sistemático sobre os princípios

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 72 29/06/2018 15:35:46

(1) o princípio de proteção dos trabalhadores;

(2) o princípio da irrenunciabilidade dos direitos;

(3) o princípio da continuidade da relação de trabalho, incluindo a estabilidade no emprego e a permanência do contrato quando há sucessão de empresa;

(4) o princípio da primazia da realidade, pelo qual os fatos prevalecem sobre documentos.

Ora, a expressão "interesse social" recobre, na verdade, algo distinto da soma de interesses individuais - se é que esta soma corresponde a alguma coisa real. Resquício de, ou concessão a, preconceitos utilitaristas, o nome tem servido para aninhar realidades bem mais vastas. O que a socialização do Direito significa, historicamente, é a assimilação progressiva, pela doutrina jurídica e por determinados segmentos da legislação, de uma concepção mais próxima do **personalismo** do que do **individualismo**. O personalismo, que encontramos em Maritain ou Mounier, é uma afirmação da pessoa humana plenamente compatibilizada com o bem-comum; ao passo que o individualismo, no sentido mais admitido da expressão, é uma afirmação do **homo oeconomicus**, um núcleo ou feixe individual de interesses. A reivindicação característica do individualismo é a liberdade burguesa no domínio do contrato e da regência da propriedade - evidente racionalização ou ideologização de interesses econômicos. A reivindicação característica do personalismo é a do respeito à dignidade humana, dignidade presente em **todos** os homens, não privativa de uma dada classe social, oponível aos abusos do Estado - capaz, portanto, de por em xeque, simultaneamente, o sistema capitalista e as ditaduras políticas. Nesta perspectiva, o personalismo é essencialmente anti-burguês mas democrático[17].

De acordo com a visão personalista, o bem-comum se comunica ao todo social e reflui sobre as partes componentes (que são também um **todo**, cada uma delas, nota Maritain). Daí sua comunicabilidade e reversibilidade, totalmente distinta das noções sujeitantes e anti-democráticas da razão-de-Estado. Mas daí também a sua incompatibilidade com comportamentos anti-sociais, com a ânsia excessiva de enriquecimento e de lucros, com o confinamento do bem-

do Direito Trabalhista; e, principalmente, pela especificidade de conceito que o jurista uruguaio atribui aos princípios, os quais "estão acima do direito positivo, na medida em que lhe servem de inspiração; mas não podem tornar-se independentes dele" (p. 21).

[17] O nexo da democracia com o liberalismo burguês nunca foi de natureza lógica ou necessária. Justamente a confusão entre o individualismo e o personalismo é que conduzem ainda a essa ilusão. DANIEL COELHO DE SOUZA observa com justeza: "No fundo desse funesto equívoco, que pretende impor a desordem econômica do liberalismo como inevitável corolário dos princípios teóricos da democracia, está simplesmente a falsa sinonímia que se tem estabelecido entre personalismo e individualismo. Se a democracia é personalista, pelo alto apreço em que estima a personalidade do homem, daí não decorre que deva ser individualista, transformando o ambiente social em arena de competições inspiradas no egoísmo e na vontade de domínio". **Interpretação e Democracia**, tese de cátedra, Belém, 1946, p. 207.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 73 29/06/2018 15:35:46

estar material em certas classes e regiões. Na palavra de Lebret, "ele é um bem comum a irmãos que dele comungam, que o procuram em conjunto, realizam-no conjuntamente e conjuntamente o recebem. E um bem que se escolhe e deseja em comum, que se proporciona a todos em comum, que reverte de modo comum sobre cada qual" [18].

O desenvolvimento da concepção política de bem-comum na prática social não importa em suprimir a justiça comutativa. Está claro, não obstante, que importa em corrigi-la, cada vez mais ultrapassando a dicotomia entre justiça comutativa e justiça social, de modo a se chegar a uma síntese, uma **justiça humana**, na qual indivíduo e sociedade estejam um com o outro na mesma proporção em que a pessoa humana está para o bem-comum.

Em todo caso, se o Direito já começou a absorver tais preocupações, está longe de as assumir por completo. Uma condição importante para que isso ocorresse seria estender, com as adaptações necessárias, a determinados campos da legislação, certos princípios do Direito do Trabalho, em particular o princípio da **primazia da realidade**. O princípio da realidade retiraria do âmbito dos contratos civis, por exemplo, o ranço de excessivo formalismo e hipocrisia associado ao cumprimento das obrigações privadas. Em todos os setores nos quais certos grupos sociais são notoriamente dominados por outros, face à concentração do poderio econômico, caberia aplicar o **princípio de proteção** do mais fraco e, para certas situações, o **princípio da irrenunciabilidade**. (Penso, em especial, nas condições da enorme multidão de posseiros agrários e pequenos proprietários das nações subdesenvolvidas, face à poderosa minoria de latifundiários ou de grandes empresas capitalistas que os expulsam da terra. A terra do posseiro ou do pequeno proprietário assemelha-se ao trabalho do operário industrial protegido pelo Direito Trabalhista, pois é fonte de subsistência para ele.)

Estamos vendo, no entanto, que a socialização e demais avanços prometidos pela renovação atual do Direito continuam a entroncar-se na justiça. Á legislação supera aos poucos - muito mais lentamente do que o desejável - a velha inspiração do interesse individual e vai-se deixando penetrar pelas exigências do bem-comum. Assim mesmo, persiste em voltear em torno do justo, do "a cada um o que é seu". Retomemos, pois, o problema da possibilidade concreta de o Direito moderno ir além do justo.

---

[18] L. J. LEBRET, **Découverte du bien commum. Économie e Humanismo**, Paris, 1947, 23. As idéias do personalismo foram desenvolvidas principalmente por autores de inspiração tomista, salientando-se JACQUES MARITAIN em todas as obras principais e também na conferência **Reflexiones sobre la persona humana y la filosofia de la cultura**, publicada em **La defensa de la persona humana**, ed. Stvdivm, Buenos Aires, 1949. EMMANUEL MOUNIER aportou também notáveis e provocantes contribuições, cf. **O personalismo**, trad. port.., Morais Editora, Lisboa, 1964. Para um contacto preliminar com o pensamento tomista acerca da pessoa humana e do Direito, v. nosso ensaio Introdução ao Direito Natural, Imprensa Oficial, Belém, 1958.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 74 29/06/2018 15:35:46

Que é o **justo**? Em termos radicais, e também os mais genéricos, justo é o que corresponde aos requisitos da dignidade humana. Por questões de brevidade, identifiquemos com tais requisitos os Direitos do Homem aprovados pela Declaração de 1948. É ocioso acrescentar que, para cada direito ali constante, há deveres correspondentes, por parte de cada homem individualmente e da sociedade como um todo: cada um é responsável por todos e vice-versa.

Ora, a grande maioria dos Direitos do Homem, por paradoxal que pareça, não pode ser providenciada pelo Direito. Sem a reorganização do sistema econômico mundial e a liberalização da maior parte dos regimes políticos, a Declaração de Direitos continuará contendo apenas um sonho - um sonho bom e factível, é verdade, mas um sonho. Ainda mais: em vista do que expusemos anteriormente, as mudanças econômicas e políticas requeridas dependem da difusão, absorção generalizada e convencimento acerca dos valores da bondade, da veracidade, do trabalho, do conhecimento e da criação - e de sua eficácia a longo prazo para a edificação de um mundo novo. A própria Declaração de Direitos recomenda que os homens "devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (art. I).

Postas as coisas desta forma, não é o **bom** que depende do **justo**, mas o **justo** que depende do **bom**[19]. Sem veracidade, boa-fé e um mínimo de amor efetivo, parece impossível realizar o Direito **justo**. Mesmo na sociedade conjectural que há pouco supusemos estabelecer-se no futuro, o Direito haverá de ser apenas justo, e não um Direito **bondoso**. O que se pode esperar é que, numa sociedade de homens bondosos, a fronteira do justo - "a cada um, o seu" - seja deslocada para a frente; que o justo já não seja o mínimo necessário à salvaguarda da dignidade humana, e sim um requisito ainda mais exigente, uma vez que então o mínimo terá sido alcançado, na totalidade ou quase totalidade dos casos.

Isto nos leva a uma conclusão importante para o tempo presente do Direito: não há que cogitar de um Direito bondoso; mas há, sim, que trabalhar por um Direito justo desde logo. E esse trabalho terá que desenvolver-se em duas frentes - a da socialização do Direito, para a maior aproximação possível com o bem-comum, e a dos demais eventos vitalizadores da História, para obter a mais rápida realização possível da Atuação Humanística dos homens. Na primeira frente, os Direitos do Homem se convertem num tema capital de atividade. Na segunda, ganha destaque uma concepção lúcida e integrada do homem que, como vimos, é o enérgico ponto de partida para transformação de certas estruturas sociais com clareza de objetivos. Em ambas as frentes, a honestidade dos meios é condição da pureza dos resultados da ação.

---

[19] A afirmação não deve ser absolutizada. Sobretudo, deve-se afastar a teoria de que a bondade substitui ou supre a justiça, tão ao gosto da filantropia e da falsa bondade. Como dizia DEL VECCHIO, embora em outro contexto, "o momento da juridicidade não é eliminável da ética, conforme sustentado certas vezes em nome de um moralismo unilateral". **La Justicia**, trad. argent., Depalma, Buenos Aires, 1952, p. 172, n.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 75 29/06/2018 15:35:46

7. Tendências atuais do Direito Brasileiro do Trabalho

À luz dos postulados teóricos que vimos de desenvolver, tentemos agora proceder a uma avaliação crítica das mudanças mais recentes do Direito do Trabalho no Brasil.

Não se trata de mergulhar em pormenores técnico-jurídicos, expondo descritivamente a evolução da legislação trabalhista brasileira, mas de definir as grandes **tendências** dessa evolução, na perspectiva da Atuação Humanística; consequentemente, do ponto de vista da polarização entre vitalizadores e desniveladores históricos.

7.1 - Que é uma tendência?

Para esse fim, teremos que pisar em território empírico, pois, na acepção própria, tendência de um conjunto de regras jurídicas é algo que não se refere ao sentido transcendente dessas regras ao seu fundamento básico ou ético, e sim à força imanente que as solicita para seu objetivo histórico-concreto. Em outras palavras, é sua motivação teleológica visível, na qual interfere uma massa de fatos econômicos, políticos e culturais. O diagnóstico de tendências, em tal caso, constitui uma tarefa positiva, no sentido comteano da expressão. Sem embargo, o juízo sobre a tendência faz apelo a elementos tanto positivos como filosóficos.

A identificação de tendências requer certos cuidados sistemáticos. A tendência é sempre um fenômeno **durável, coerente e significativo**. Um subsistema de leis que surja hoje *e* desapareça em breve, sem deixar maiores vestígios, sem ter exercido qualquer influência séria na vida nacional, não constitui indicador idôneo de uma tendência - ainda que tenha tido a mais clara motivação. Uma certa duração, que permita ao subsistema marcar os padrões do comportamento social, seja no sentido de preservá-los, seja no de alterá-los, é necessária para que a motivação se considere uma tendência, em vez de uma intromissão episódica. Além disso, a motivação tem de ser coerente consigo mesma ao longo do tempo. Se um bloco de regras serve hoje a determinada motivação, e passado um tempo a uma segunda, mais adiante a uma terceira, é evidente que não se configura uma tendência única nessas motivações diferentes.

Finalmente, cada conjunto coerente e durável de motivações selecionado como tendência tem que mostrar-se significativo dentro de um quadro teórico mais geral; sem o que, perde interesse para a análise, por sua irrelevância.

Diria, portanto, que tendência empírica de um sistema ou subsistema de regras jurídicas é a motivação finalística imanente (histórico-concreta), significativa, dotada de certa estabilidade e perfeita coerência no tempo, desse subsistema.

Duas observações se impõem, todavia, A primeira é que o requisito de coerência só se refere a cada tendência em particular, o que significa que, num mesmo sistema legal, pode estar presente mais de uma tendência, por vezes uma em oposição a outra. A segunda é que a existência de uma tendência central comporta a ocorrência de leis estranhas à tendência, mas impotentes para desfigurá-la ou fazê-la mudar de direção. É assim que dois ou mais subsistemas de

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 76 29/06/2018 15:35:47

leis, que respondem a tendências firmemente estabelecidas, podem caminhar lado a lado com outras leis, mais recentes ou mais antigas, sem que isso comprometa necessariamente a continuidade daquelas tendências.

7.2 - Tendências significativas no Brasil atual

Não me ocuparei das tendências tradicionais do nosso Direito do Trabalho. De modo geral, elas se ajustavam, como é sabido, ao movimento mundial pela socialização do Direito. Com mil e uma falhas, é certo. Mas sempre foi evidente, entre outros, o seu princípio básico de proteção do mais fraco.

Deter-me-ei sobre as tendências atuais. O primeiro passo nessa direção consiste em encontrar um marco temporal significativo. É difícil fugir à evidência de que esse marco se instala no ano de 1964, ano do advento do atual regime político brasileiro. Pode-se, pois, considerar como "tradicional" a legislação trabalhista anterior a abril de 1964, e como "atual" a que depois sobreveio.

O sentido das expressões "tradicional" e "atual" é, contudo, muito relativo. Ao estudarmos as tendências atuais, veremos que em muitos aspectos a recente legislação trabalhista brasileira retorna a uma tradição mais antiga no mundo do que os primórdios de nosso Direito do Trabalho.

A meu ver, são quatro as tendências mais flagrantes do atual Direito Trabalhista no país:

(1) tendência a subordinar os direitos sociais dos trabalhadores ao desenvolvimento econômico;

(2) tendência ao prevalecimento de razões-de-Estado sobre o direito de associação e defesa coletiva profissional;

(3) tendência - moderada - a ampliar e aperfeiçoar os sistemas administrativos de proteção previdenciária e assistencial;

(4) tendência de extensão do regime trabalhista, modificado, ao funcionalismo estatutário do Estado, cujos órgãos se ampliam em número enquanto mudam de natureza jurídica.

Apresentemo-las uma a uma, para finalmente concluir comum juízo crítico sobre elas.

(a) Subordinação dos direitos sociais ao desenvolvimento econômico

Essa primeira tendência se refere ao direito ao salário-mínimo, agora contingenciado pelo combate anti-inflacionário; ao direito à liberdade de negociação coletiva, hoje fortemente restringido; ao direito à estabilidade, substituído pelo regime do Fundo de Garantia; e ao direito à participação nos lucros das empresas, que as opiniões oficiais consideram substituído pelo regime do Programa de Integração Social.

Pretende o legislador - é melhor dizer o Governo, porque toda a disciplinação da política social do país está hoje centralizada em mão do Executivo - que o tratamento infligido a esses direitos constitui uma exigência do desenvolvimento econômico. Terei ocasião de comentar o significado histórico envolvido aí.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 77 29/06/2018 15:35:47

Trata-se de ideário que conseguiu entusiasmar, inclusive, a certos círculos acadêmicos qualificados[20]. Com base nessa tendência desenvolvimentista, o Estado tratou de mobilizar todos os instrumentos ao seu alcance, para atingir a dois objetivos: o combate à inflação e o aumento acelerado do produto interno bruto. Foi assim que até a legislação do salário-mínimo vital passou a ser utilizada como arma de combate à inflação.

Toda a doutrina tradicional e a teoria vinculadas ao salário-mínimo vital sempre insistiram em conservar esse instituto como um ponto neutro na política de salários. Isto é, nunca se admitiu teoricamente - a não ser nos poucos meios resistentes ao próprio instituto - que o salário-mínimo vital fosse usado, quer como instrumento de contenção do processo inflacionário (rebaixamento), quer como instrumento de redistribuição da renda (aumentos superiores às necessidades vitais). O fato de constituir uma remuneração **vital**, de sentido fisiológico e protetor da espécie humana, punha-o a salvo das oscilações da política econômica. Como lembrava Lloyd Reynolds num Simpósio do I.I.E.T. da Organização Internacional do Trabalho, "a política salarial **não** deveria ser usada como um meio para regular o nível geral de preços. Este pertence claramente ao domínio dos controles fiscais, monetários e cambiais... Nos países menos desenvolvidos, onde os instrumentos de política são mais primitivos (do que nos desenvolvidos), seria altamente irrealístico conceber como úteis, para fins de estabilização de preços, os controles salariais"[21].

No entanto, a legislação nova não recuou diante do bom-senso. E o resultado foi o que as estatísticas vieram a revelar de modo indiscutível. Enquanto o país enriquecia, o trabalhador de salário-mínimo empobreceu, tanto em termos proporcionais como em termos absolutos. Cumpri em 1973 *a* triste obrigação de constatar "Mais que isso: o nível absoluto de vida, medido pelo salário (mínimo)

---

[20] Em sua tese de docência, OCTÁVIO BUENO MAGANO firmava uma posição então nova entre os juslaboralistas brasileiros, ao demonstrar sua aprovação à tendência desenvolvimentista: "A proteção do trabalhador contra a prepotência do empregador vai aos poucos deixando de ser a nota dominante do Direito do Trabalho. A principal força a impelir o Direito do Trabalho para novos rumos reside na ânsia pelo desenvolvimento econômico, que, nos últimos tempos, galvanizou a imaginação dos povos, em todas as partes do mundo". **As novas tendências do Direito do Trabalho**, Edições LTr, São Paulo, 1973, p. 183.

[21] LLOYD G. REYNOLDS, **Objectives of Wage Policy in Developing Countries**, doc. apresent. no Simpósio do Instituto Internacional de Estudos do Trabalho (OIT), 1967, em Wage Policy Issues in Economic Development, edit. por Anthony D. Smith, Macmillan, Londres, 1969, p. 220. No mesmo sentido, a opinião de MÁRIO MURTEIRA: "... numa conjuntura inflacionista, a necessidade de, pelo menos, manter o nível de vida das classes trabalhadoras, levará a garantir uma adequação de salários mínimos às elevações no custo de vida. Neste caso, porém, outros instrumentos da política econômica deverão ser utilizados para combater a inflação, ou a política de salários mínimos falseará os seus objetivos". **Economia do Trabalho**, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1969, p. 242.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 78 29/06/2018 15:35:47

real, tanto piorou em relação ao ano de 1960 por exemplo, como regrediu a um ponto inferior ao que teve no fim da II Guerra, em 1945, quando o Brasil era indubitavelmente bem mais pobre e a legislação social ainda estava nos começos de sua implantação no país".

Quanto à negociação coletiva, o artigo 623 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao fim do progressivo avanço executado pelo legislador para controlar os salários, desde a Lei 4.725/65, foi alterado para os seguintes termos: "Será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acordo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços".

Ao mesmo tempo, a lei de reajuste dos salários de categorias profissionais determinou que a Justiça do Trabalho não ultrapassasse os índices de aumento salarial fixados pelo Governo. Hoje em dia, pela Lei 6.147, de 29 de novembro de 1974, ela deve ainda limitar-se simplesmente a aplicar os índices já de antemão fornecidos pelo Executivo. Esses índices, cumpre notar, são uniformes para todo o país, qualquer que seja a região geo-econômica ou a categoria profissional considerada. Não há debate sobre os diferenciais de custo de vida, sobre as distinções entre categorias, nem muito menos um diálogo criador entre empregados e empregadores.

O direito à estabilidade recebeu da nova legislação um golpe mortal, com o surgimento do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (Lei 5.107, de 1966). Ela criou, ao lado do sistema da estabilidade, um sistema de indenização que permitiria, como permite, às empresas, dispensar o trabalhador, independentemente do seu tempo de serviço, da prática de falta grave e de qualquer outro motivo sério ou banal. O sistema novo seria optativo em relação ao da estabilidade. Como previa o Prof. Cesarino Júnior, porém, a **soi-disant** opção logo se converteu em regra geral. Da parte dos trabalhadores em busca de emprego, porque o documento de opção lhes é dado para assinar no momento de serem admitidos, ao modo de condição para conquistarem o posto; e da parte dos empregados mais antigos, até mesmo os estáveis, porque sofrem pressão para optar. A própria lei criou uma série de atrativos imediatos, capazes de encher os olhos do trabalhador, levando-o a trocar o regime da estabilidade pelo do Fundo. "Aliás", dizia Cesarino, "a própria opção é contrária ao princípio fundamental do Direito Social, que proíbe a renúncia a direitos assegurados pela legislação social... Em verdade, a legislação do FGTS pretende substituir a estabilidade, que é por sua própria natureza insubstituível, por nada, ou talvez, melhor, apenas pelo desespero dos trabalhadores. É ela, praticamente, o começo do fim do nosso Direito Social"[22].

---

[22] A. F. CESARINO JÚNIOR, **Estabilidade e Fundo de Garantia**, Forense, Rio, 1968, p. 64.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 79 29/06/2018 15:35:47

É verdade que o sistema brasileiro de estabilidade, justamente por exigir um tempo muito longo para consumar-se o direito à permanência no emprego (10 anos), oferecia uma série de inconvenientes, originando discórdias a cada passo. Mas tudo se resolveria com o encurtamento desse tempo. Notou Russomano muito bem que "a **situação privilegiada** de quem trabalhou mais de dez anos, pois, é que constitui, psicologicamente, a causa determinante dos atritos que, na prática, soem agravar-se entre o trabalhador e o empregador. Se adotássemos - aperfeiçoando-os - os sistemas dos países europeus anteriormente referidos (...), a estabilidade não seria o privilégio de alguns, mas, sim, o direito da maioria, após o transcurso normal e tranqüilo do período de experiência, isto é, após seis ou doze meses de trabalho".

Além disso, continua Russomano, "todas as vantagens econômicas oferecidas ao trabalhador brasileiro pela lei do Fundo de Garantia **não são peculiares a esse sistema**. Poderiam, perfeitamente, ser outorgadas pelo legislador através do aperfeiçoamento das normas da Consolidação. Ele não o fez, apenas, para atrair o trabalhador, com tais vantagens, para o novo sistema"[(23)].

Pelo artigo 165, inciso V, da Emenda Constitucional de 1969, promulgada pelo governo provisório que sucedeu ao falecido Presidente Costa e Silva, o trabalhador seria detentor de direito à "integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei". Pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, o Estado instituiu o Programa de Integração Social, declarando-o destinado "a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas", mas silenciando sobre a participação nos lucros.

Não importa, aqui, discutir se a participação nos lucros é algo que interessa ou não interessa aos trabalhadores. Sem ouvir os próprios interessados, escusa debater sem fundamento real. Unicamente, pode **supor-se** que a eles interessaria muito mais um outro tipo de transferência de renda, que não a participação direta nos lucros, podendo esse tipo ser o esquema do PIS, ou não.

O caso é que a Emenda Constitucional de 1969 falara em "participação nos lucros", e já antes do texto de 1967 a Carta Magna de 1946 também aludira à "Participação direta e obrigatória do trabalhador nos lucros da empresa" (art. 157-IV). No entanto, a opinião do Governo, tanto ontem como hoje, é de que, com a instituição do Programa de Integração Social, cessou a obrigação do Estado de promover a participação nos lucros. A só existência do PIS cumpriria a Emenda Constitucional de 1969.

Que é o PIS? Diferentemente do que seu nome indica, não é um programa de atividades comunitárias, educacionais e democratizadoras, quer a nível de empresa, quer a nível de regiões. Consiste num sistema de depósitos bancários constituídos com dupla finalidade: (1) a curto prazo, reforçar os recursos financeiros para financiamento do capital de giro das empresas, principalmente

[(23)] MOZART VICTOR RUSSOMANO, **Temas atuais do Direito do Trabalho**, na revista LTr Legislação do Trabalho, n° 32, nov./dez. de 1968, pp. 663-717.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 80 29/06/2018 15:35:47

depois da união do PIS com o PASEP, um programa semelhante organizado para os servidores públicos; e (2) a longo prazo, com os mesmos depósitos, acrescidos de um módico rendimento real, constituir um patrimônio para o trabalhador. Esses depósitos são alimentados pelo próprio Governo e pelas empresas com recursos próprios, incumbindo sua administração à Caixa Econômica Federal.

Do ponto de vista econômico - clássico ou neo-clássico, keynesiano ou não keynesiano, ortodoxo ou heterodoxo, marxista ou não marxista - é, no mínimo, extremamente discutível a noção de **lucro da empresa** aplicada aos depósitos do PIS. Estou mesmo seguro de que, sem o respaldo de um renomado professor de Economia no Ministério da Fazenda, ao tempo da edição da Lei Complementar nº 7, a patrocinar aquele entendimento extravagante, poucos economistas se animariam a incorrer no risco da afirmativa. De qualquer forma, a declaração de um Ministro, ainda que economista, não muda a natureza das coisas. E, com a reunião do PIS ao PASEP ultimamente, talvez o próprio ex-Ministro hesitasse em ratificar que o PIS integra o trabalhador na vida da empresa, com participação nos lucros.

Não há negar que o PIS promove uma transferência de renda em favor do trabalhador e contribui à formação a longo prazo de um pequeno patrimônio seu. Como também se presta aos interesses das empresas mutuárias do Fundo. Mas o que cumpre reter da controvérsia sobre o PIS é o fato de um direito assegurado ao trabalhador por regra constitucional ficar suspenso, sem audiência da classe trabalhadora, do entendimento do Poder Executivo. Aliás, os trabalhadores não são representados na administração do PIS-PASEP.

(b) Prevalência de razões-de-Estado sobre o direito de associação e defesa coletiva profissional

A segunda tendência se refere ao direito à autonomia sindical e ao direito de greve.

Nos países latino-americanos, sem a tradição européia ou norte-americana de intensa associação e vida comunitária, a organização de sindicatos e sua livre atividade é, para além dos motivos estritamente trabalhistas, um fator de educação democrática, de exercitação de costumes altruísticos, etc. Mesmo em tempos de liberdade sindical, é conhecidíssima a queixa de dirigentes sindicais acerca da indiferença dos seus colegas pela vida associativa, seu pouco empenho em sindicalizar-se, em comparecer às assembléias, em participar das campanhas. Disso resulta que quaisquer restrições políticas à liberdade sindical engendram um efeito mais que proporcional sobre a vida e a ação dos órgãos de representação coletiva, os quais, intimidados, recolhem-se a um mutismo melancólico, tornando-se fracos diante das empresas, por vezes até servis.

Naturalmente, o problema se agrava depois que a prática de mais de doze anos mostra que o Estado ainda não se decidiu a relaxar os controles sobre a vida sindical. A competência excessivamente larga outorgada aos órgãos de informação e segurança, dentro do Estado, certamente em nada contribui para pôr à vontade os sindicatos.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 81 29/06/2018 15:35:47

Ora, face à nova redação dada pelo Decreto-lei nº 3, de 1966, ao artigo 528 da Consolidação das Leis do Trabalho, "ocorrendo dissídio ou circunstâncias que perturbem o funcionamento de entidade sindical, ou **motivos relevantes de segurança nacional**, o Ministro do Trabalho e Previdência Social poderá nela intervir, por intermédio de Delegado ou de Junta Interventora, com atribuições para administrá-la e executar ou propor as medidas necessárias para normalizar-lhe o funcionamento". Como o conceito de "motivos relevantes de segurança" não tem nenhuma definição legal precisa, segue-se que o árbitro da oportunidade de intervir é o Poder Executivo. E assim que a autonomia sindical se vê limitada por uma razão-de-Estado.

No tocante ao direito de greve, cumpre lembrar inicialmente seu caráter generalizado em todos os países democráticos. Não há dúvida de que o exercício desse direito constitui ou deve constituir um meio **excepcional** de defesa. Mas não deve ser o Executivo quem **a priori** determina o que é excepcional e o que não é. A lei é quem deve determiná-lo, já que, instrumento pacífico de pressão, a greve não é eliminável do Direito do Trabalho.

Em dado momento, o novo regime pareceu estar disposto a ceder a essa realidade. Foi regulamentado o direito de greve pela Lei 4.330, de 1º de junho de 1964, a qual continuou em vigor após a Constituição de 1967 e a Emenda de 1969 - esta última, também clara ao reconhecer esse direito (art. 165, item XX). Entretanto, a lei regulamentadora exigiu tamanhas cautelas e requisitos formais para legitimar uma greve, que na prática se deu um desencorajamento. Assim, por exemplo, nem sequer a totalidade dos trabalhadores de uma dada empresa pode decretar a greve, como permitia o Decreto-lei 9.070, dos tempos do Estado Novo getuliano: só um sindicato pode declarar a greve; e, ademais, o **quorum** para aprovar a greve não poderá ser inferior a 1/8 dos associados em segunda convocação, nas entidades sindicais que representem mais de 5.000 profissionais - reputando-se insuficiente a deliberação tomada por menos de 2/3 dos presentes na primeira convocação ou 1/3 na segunda. Sabemos que os membros associados de determinado sindicato não têm, para com problemas específicos de um subgrupo que trabalha em certa empresa, a mesma sensibilidade. Desta forma, torna-se praticamente inviável para a totalidade dos trabalhadores de determinada empresa (digamos, 400 operários) promover legalmente a greve, se sua categoria profissional contar com 5.000 membros representados.

Qualquer tentativa de invocar o direito constitucional de greve, mas que não cumpra esses requisitos formais, será obviamente tida como ilegal, dando ensejo a argumentos contra os dirigentes sindicais.

Por outro lado, mesmo que o sindicato se decida a patrocinar a greve dos trabalhadores de dada empresa, ou decretar uma greve própria, cumprindo rigorosamente todos os requisitos formais, sempre está nas mãos do Executivo apontar para o art. 528 da Consolidação e dizer que se configura motivo relevante de segurança nacional capaz de justificar a intervenção no sindicato. A simples ameaça de aplicar o art. 528 já tenderá a dissuadir uma parte dos dirigentes sindicais;

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 82 29/06/2018 15:35:47

e a outra parte, ou cede, ou tem que passar ao plano da resistência heróica - o que não é justo exigir nem realista esperar no comum dos casos. De onde se infere o cerceamento do direito social mencionado.

(c) Tendência (moderada) a ampliar e aperfeiçoar os sistemas administrativos de proteção previdenciária e assistencial

Os sinais mais claros dessa tendência, de vez em quando sujeita aos recuos inerentes à preferência economicista que caracteriza o regime atual, parecem ser os seguintes: extensão progressiva do seguro social aos trabalhadores rurais; implantação de um programa nacional de habitação popular, seguido da criação de uma agência governamental para alimentação e de uma central de medicamentos populares, além da especialização de um Ministério da Previdência e Assistência Social; estatização do seguro de acidentes do trabalho; medidas assistenciais especiais, como, dentro de certas condições, a do amparo previdenciário a maiores de setenta anos e a inválidos, ou o programa (limitado) de bolsas de estudos a trabalhadores; e a aplicação do seguro obrigatório para trabalhadores autônomos e empregados domésticos.

A extensão da previdência social aos homens do campo foi providência legislativa anterior ao regime atual (Estatuto do Trabalhador Rural, Lei 4.214, de 2 de março de 1963). Entretanto, foi já na vigência desse regime que, após uma série de oscilações e hesitações, se iniciou a efetivação do FUNRURAL.

O programa de habitação popular, alimentado com os recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tornou-se uma realidade brasileira bem conhecida, aparentemente irreversível. Mistura de virtudes e vícios, seu ponto mais negativo reside em que, mergulhado num sistema social em que o lucro se tornou exigência praticamente inarredável, o caráter popular inicialmente sonhado veio perdendo substância. O Banco Nacional de Habitação, que administra o programa, guia-se por critérios eminentes de rentabilidade e está obrigado, por lei, a impor um processo severo de correção monetária dos débitos dos trabalhadores, justamente num período em que os salários têm estado sob compressão. Daí o Banco preferir, muitas vezes, orientar seus financiamentos para residências não-populares(*).

A previdência social rural e o programa de habitação constituem, em todo caso, as duas realizações de maior abrangência em toda a política sócio-previdenciária do Governo. Entretanto, as demais acima relacionadas são também pontos positivos e salientes a assinalar. Os cuidados com a velhice, expressos na Lei 6.179, de 11 de dezembro de 1974, não tinham precedente no Direito brasileiro.

(*) No primeiro semestre de 1978, pude proceder a um estudo crítico mais desenvolvido do sistema do FGTS e dos resultados dos programas habitacionais no que se refere à classe trabalhadora. Minhas conclusões toram ainda mais pessimistas que as constantes deste artigo. Ver nosso **Estabilidade e FGTS no Brasil: repercussões econômicas e sociais**. Instituto de Direito Social, São Paulo, maio de 1978 (mimeo).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 83 29/06/2018 15:35:47

A incorporação dos autônomos e domésticos ao seguro social obrigatório, determinada pela Lei 5.890, de 8 de junho de 1973, e pela de nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, respectivamente, apresenta faces contraditórias. Que motivos estão por trás dessa incorporação? Arriscaríamos avançar que, mais do que o desígnio de aumentar a dose de segurança de dois grupos tão numerosos de trabalhadores, o que atuou foi o motivo fiscal ou financeiro - a necessidade de fortalecer a receita do Instituto Nacional de Previdência Social para fazer face a compromissos correntes. Dois indícios nos levam a essa conclusão. Primeiro, o fato de que um Estado, cuja tendência é de sujeitar direitos sociais ao desenvolvimento econômico, não iria tomar a iniciativa de, sem pressão de espécie alguma por parte de determinados grupos de trabalhadores, incluí-los num sistema de proteção. Segundo, a difícil situação financeira da Previdência Social até, pelo menos, o início desta década, aliada ao crescente aumento dos encargos do sistema. Basta notar que, em 1940, o sistema estatal de Previdência podia contar com 19 segurados ativos para cada aposentado; em 1950, com 16; em 1960, com 8; em 1970, com apenas 6.

Com a introdução das empregadas domésticas e dos autônomos, a Previdência deverá respirar aliviada durante bastante tempo. Isto é, enquanto as domésticas e os autônomos não começaram também a aposentar-se[24].

Desnecessário é notar que, em si mesma, a preocupação de resolver problemas de equilíbrio financeiro não contraria a tendência que se vem de expor.

(d) Extensão do regime trabalhista a servidores do Estado

Com vistas a obter maior flexibilidade de ação, o Estado brasileiro, contrariamente às suas tendências centralizadoras no domínio político, se empenhou grandemente numa obra de descentralização da estrutura administrativa. Embora os processos da administração continuem altamente centralizados, a estrutura começou a transformar-se, de modo que várias agências governamentais mudaram de natureza e de posição no organograma do Executivo; e às novas, que foram surgindo, o nicho indicado era ao lado, se não fora, do grupo de órgãos de administração indireta.

O diploma legal que mais incentivou essa mudança foi o Decreto-lei nº 200, de 1967, conhecido por Lei da Reforma Administrativa. Empresas estatais, fundações, empresas de capitais mistos surgiram em grande profusão, ora em resultado de transformação de antigas repartições ou autarquias, ora como criação nova. A forma legal assumida foi a de "empresas públicas", "fundações de direito público" e "sociedades de economia mista" - todas se regendo, ao menos no modelo formal, por normas de direito privado.

---

[24] Uma administração adequada dos recursos talvez evite crises futuras, embora a dimensão dos problemas da Previdência seja colossal. Com o título de **Problemas da Previdência Social** dediquei ao sistema previdenciário brasileiro um dos capítulos de meu livro **Leis Sociais e Custo da Mão-de-Obra no Brasil** (Editora da Universidade de São Paulo, coed. LTr, São Paulo, 1973). Confesso não saber em que medida o INPS conseguiu superar as formidáveis dificuldades de equilíbrio financeiro ali constatadas.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 84 29/06/2018 15:35:47

Não só para esses entes, mas também para autarquias, como ainda para certos segmentos das repartições centralizadas, a nova legislação determinou que as relações de trabalho fossem regidas pelo Direito Trabalhista. De modo que, hoje, o Direito do Trabalho no Brasil se ocupa também, permanentemente, de vastas faixas do que outrora se consideraria o funcionalismo público. (No passado, a legislação do trabalho só ocasionalmente e para relações pouco numerosas penetrava nesse domínio, conforme se pode ver pela Lei 1.890, de 13.6.53, e pelos artigos 23 a 28 da Lei 3.780, de 12.7.60).

Entretanto, a competência para julgar os dissídios entre a União e os seus empregados regidos pela lei trabalhista foi cometida, **ratione personae**, à Justiça Federal Comum, e não mais à Justiça do Trabalho (Emenda Constitucional de 1969).

8. Avaliação crítica das tendências brasileiras

Tentaremos agora reinterpretar as tendências estudadas, do Direito Brasileiro do Trabalho, com o propósito de uma avaliação ou julgamento. A reinterpretação processar-se-á, simultaneamente, em dois níveis, que se completam mutuamente - o de uma sociologia crítica e o de uma filosofia prática que parte da polarização de vitalizadores e desniveladores históricos em torno da Atuação Humanística.

O juízo será tanto mais completo quanto mais elevado for o teor de nossa compreensão sobre aquelas tendências. E o teor compreensivo ou explicativo cresce na razão em que se perceber que uma ou mais dessas tendências participa de uma estrutura de motivações históricas maior, mais abrangente. O universal simples é mais inteligível do que o particular complexo. Uma tendência dotada de larga significação geral, por suas imbricações numa rede de grandes tendências históricas universais, pode até ajudar a compreender as outras tendências de menor alcance.

Desse ponto de vista, a subordinação dos direitos sociais ao desenvolvimento econômico constitui, a meu ver, a mais significativa das quatro tendências atuais, pois acima de toda a dúvida ela se inscreve em um universo historicamente inteligível, o universo capitalista[25].

Sei bem que desenvolvimento econômico é uma expressão neutra. Há desenvolvimento econômico do tipo capitalista; há desenvolvimento econômico do tipo socialista-democrático; há desenvolvimento econômico em ditaduras socialistas totalitárias e altamente repressivas; pode haver desenvolvimento econômico em outra organização social factível (não pensemos que as medíocres formas de organização econômica no mundo de hoje esgotam a enorme capacidade de realização e imaginação do homem).

---

[25] Na análise a seguir, a tônica recai sobre as três primeiras tendências registradas, desprezando-se a quarta, referente à aplicação das leis trabalhistas a servidores do Estado. Parece claro, no entanto, que também essa tendência se articula com as preferências do regime pelo ideário capitalista.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 85 29/06/2018 15:35:47

Todos reconhecem, porém - e os grupos dirigentes brasileiros fazem questão de assinalar - que o desenvolvimento econômico do país é do tipo capitalista.

Ora, o tipo capitalista de desenvolvimento comporta diversos sub-tipos. Ensaiemos uma classificação, mesmo provisória, dos sub-tipos que tiveram ou têm curso no mundo moderno:

- desenvolvimento capitalista com democracia liberal, conhecido por capitalismo clássico, cuja réplica no plano político foi o Estado Liberal;

- desenvolvimento capitalista com intervenção estatal, sujeito a forte participação do grupo tecnocrata, mas basicamente democrático. Costuma-se chamá-lo neo-capitalismo ou sistema misto. Sua réplica no domínio político é o Estado Democrático Interventor;

- desenvolvimento capitalista com intervenção estatal, do gênero autoritário, com participação ainda mais decisiva do grupo tecnocrata. Pode-se chamá-lo de neo-capitalismo autoritário. Seu correspondente no plano político designar-se-ia por Estado Tecnocrático;

- desenvolvimento capitalista com Estado declaradamente totalitário, mas com importante participação do grupo tecnocrata. Seu correspondente mais típico no domínio político é a Ditadura Fascista.

Naturalmente, esses sub-tipos são abstrações, do gênero que um bom liberal como Max Weber consideraria "tipos ideais". Na prática, eles se encontram misturados em cada sociedade particular. Mas o "tipo ideal" weberiano constitui justamente um caráter, um modelo ou tendência, que retém o essencial de um conjunto complexo.

O desenvolvimento econômico brasileiro, sob o novo regime, tem sido do gênero autoritário, com participação decisiva do grupo tecnocrata, forte intervenção estatal em setores determinados da economia. Por conseguinte, o modelo de que ele mais de aproxima é o do Estado Tecnocrático.

Pois bem. O capitalismo, seja ou não cercado por instituições democráticas, comporte ou não intervenção estatal, jamais pôde desligar-se do espírito em que foi engendrado. O mito da riqueza material, o prestígio pessoal ligado ao dinheiro, a busca de poder através do lucro da atividade privada e um sentimento feroz de competição, que põe o homem como inimigo do homem - eis sua alma. Sua cultura é, portanto, sensitivista, sua ciência é pragmatista, sua tecnologia utilitarista, seu coração egoísta. Considerado sob este aspecto, o capitalismo, a despeito de suas inegáveis realizações, constitui um desnivelador histórico, um obstáculo à livre expansão do potencial de bondade, confiança e veracidade do homem. As realizações positivas do capitalismo, quando aceitáveis à luz da Atuação Humanística, podem sobreviver sem aquele espírito e poderiam ter surgido sem ele; não guardam com ele um nexo lógico ou necessário, mas meramente circunstancial ou contingente. O conhecimento humano e o potencial humano de fazer coisas (trabalho, criação), estes é que em definitivo deram nascimento às realizações atribuídas ao capitalismo. O espírito doentio do capitalismo simplesmente parasitou esse potencial e o usou em seu benefício.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 86 29/06/2018 15:35:47

Os que vivem sob o capitalismo são vítimas de um apelo insinuante e contínuo ao egoísmo, ao elitismo, ao prestígio e à desigualdade social bem definida. Porque o prestígio, mesmo nos casos de mérito justo, é uma desigualdade, de maneira que, quando vinculado ao poder econômico, o aumento de prestígio está na razão direta do aumento da desigualdade social.

Não admira, assim, que nossa mentalidade, trabalhada insistentemente pelos condicionamentos culturais do capitalismo, se torne tipicamente elitista, tendente a minimizar os problemas das massas, a nem sequer estudar cientificamente e diretamente esses problemas, e a desprezar toda tentativa de centrar rias necessidades populares o planejamento econômico-social.

"O tecnocrata se identifica em seu comportamento por uma certa insensibilidade aos aspectos mais humanos da questão social", diz Paulo Bonavides. "Fica-se com a impressão de que o seu raciocínio se encarcera em fórmulas matemáticas e o mundo que vive está morto para os seus cálculos. A economia pura e abstrata é o reino onde traça esquemas frios de planificação, que não raro vão espedaçar-se ao encontro da realidade irônica..."[26].

As exigências de redução de custos - em função do lucro e de novos investimentos - levam os beneficiários do capitalismo a encarar no trabalhador, não o seu aspecto fundamental de ser humano concreto, mas apenas um objeto com certo preço. Qualquer proteção institucional que se oponha a essa ótica mórbida é considerada um distúrbio, um erro, um pecado, uma violação aos cânones do desenvolvimento econômico. Daí a resistência dos defensores do capitalismo ao Direito do Trabalho, à estabilidade, à atividade dos sindicatos. Há mesmo economistas de certa fama no mundo contrários ainda ao salário-mínimo vital. Por um processo, já bem explicado na Sociologia do Conhecimento, de "racionalização" dos interesses econômicos egoísticos, surge então a defesa de maior "liberdade" nos contratos (sem interferência sindical), de maior "flexibilidade" na movimentação da mão-de- obra (extinção da estabilidade), etc.

O espírito do capitalismo nutre uma espécie de ódio à natureza. Ou por outra, a natureza só lhe interessa na medida em que pode render lucros privados. O mundo físico é estudado, observado, controlado em certa proporção e utilizado, tão somente, para aquele objetivo. Trata-se, pois de interesse que não leva em conta os resultados ecológicos a largo prazo. Aí reside outro caráter, conquanto secundário, do capitalismo: ele tende a ser predatório, poluidor do meio-ambiente, destruidor.

Ao mesmo tempo, sob o aspecto que diz respeito ao lucro privado, o capitalismo quer **ter** a natureza. Terrenos urbanos, campos, florestas, fontes de água, jazidas minerais - nenhuma forma sob a qual a natureza se apresente, podendo dar lucros, escapa à sua busca infatigável.

Ter, para o espírito capitalista, significa apropriar. E neste ponto nos encontramos com uma das instituições mais zelosamente defendidas no

[26] PAULO BONAVIDES, **Reflexões: Política e Direito**, Imprensa Universitária da Univ. Fed. do Ceará, Fortaleza, 1973, p. 33.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 87 29/06/2018 15:35:47

capitalismo: a propriedade privada. Privada, não porque seja necessária, ao resguardo da privaticidade da pessoa humana - que seria um motivo justo - mas privada para render lucros privado, para a especulação imobiliária e financeira, para a expansão do poderio material. Privada, porque o uso da propriedade deve obedecer a critérios de interesse egoístico, em vez de a critérios sociais. Privada, porque as grandes decisões sobre investir - onde, quanto, quando e como - devem consultar primordialmente ao agente capitalista.

A intensa fragmentação da propriedade individual em propriedade societária, com o recurso à reunião de capitais populares, foi adequadamente estudada por Berle e Means. Um economista do porte de Schumpeter chegou a falar da "volatilização da propriedade" como uma tendência do capitalismo mais avançado. Mas nos Estados Tecnocráticos de países subdesenvolvidos ela ainda mal começou com o apelo à reunião de capitais através da bolsa e do sistema privado de poupança popular - e, assim mesmo, com uma crônica nada alentadora em nosso país. De qualquer forma, a "volatilização da propriedade" jamais impediu a retenção do controle das decisões fundamentais por parte do grupo tecnocrata e das grandes empresas capitalistas.

Acabamos de ver um quadro muito sumário que resume as linhas mestras ou princípios do capitalismo, isto é, do capitalismo como "tipo ideal" e que, na prática das diversas sociedades onde atua, pode oferecer diferenças de fisionomia, sendo menos ou mais corrigido por esta ou aquela motivação humanística, menos ou mais destruidor da natureza, ou mesmo não destruidor (caráter secundário), menos ou mais sujeitante da pessoa humana, menos ou mais cruel, menos ou mais vencido por regras de convívio humano e de democracia[27].

No capitalismo do gênero autoritário, o Estado Tecnocrático costuma proceder, basicamente, como se fora uma agência do bom desempenho daqueles princípios, para a maior segurança dos investimentos privados e a preservação das instituições e do clima cultural que mantém os mesmos princípios. Evidentemente, não é isso só que o Estado Tecnocrático chama a si. Mas, no caso de uma opção fundamental - por exemplo, em se tratando de optar entre o revigoramento das inversões privadas e a continuidade do trabalhador em seu emprego, via estabilidade - podemos estar certos de que esse tipo de Estado optará voluntariamente pelo investimento privado. Ele não hesitará em cancelar um instituto já consagrado de Direito do Trabalho, em mudar instituições e romper com o passado.

Essa nota, de se dispor a romper com o passado e a tradição, mas para voltar a um regime ainda mais antigo e de tradição universalmente reconhecida má,

---

[27] Infelizmente para o gênero humano, o capitalismo não é o único regime em que a densa presença de desniveladores históricos põe em constante perigo a dignidade humana. O recente testemunho de Soljenítsin sobre a opressão da Ditadura Soviética mostra, uma vez mais, que, mesmo em outro contexto de princípios, o caráter geral da cultura contemporânea não mudou, persistindo o mito do antagonismo e a mística da força. Ver ALEXANDRE SOLJENÍTSIN, **Arquipélago Gulag**, trad. bras., Difel, São Paulo, 1975.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 88 29/06/2018 15:35:47

parece estar no âmago de uma ilusão, que põe o Estado Tecnocrático como uma força de renovação social. O desenvolvimento, que é a tônica emocional ligada ao crescimento material, reveste-se a si próprio de uma conotação de modernidade ou progressismo à la Condorcet, e no entanto, no Estado Tecnocrático, ele não passa de um afã capitalista de expansão, dirigido com melhor técnica e maiores rigores institucionais.

É claro que a eficiência dos princípios, a segurança dos investimentos e a preservação cultural - condições da elitização tentadora - requerem que as multidões não participem, efetivamente, da direção dos negócios sociais. Do contrário, o desenvolvimento capitalista estaria ameaçado, já que teria de ceder passo a critérios menos drásticos de concentração da riqueza, e mesmo que o produto e o consumo sociais continuassem a subir. Eis a razão principal - não digo única - que leva o Estado Tecnocrático a tornar-se autoritário, elitizando- se sempre mais e adiando continuamente o retorno ao Estado de Direito.

Ora, da elitização é fácil passar ao princípio repressivo: aquele que for além do papel político ou da função social que o Estado lhe prescreve, embora dentro de regras de absoluta reverência pelo convívio e o respeito humanos, fica sujeito à repressão. As técnicas de informação e segurança desenvolvidas, como a utilização de métodos modernos de propaganda, são os dois instrumentos de que o Estado lança mão para o mesmo fim: repressão e persuasão se completam.

Com isso, o Estado Tecnocrático se torna **poderoso**. Mas não lhe basta. Ele também quer ser **bondoso**, providencial, magnânimo. Por quê? Não sei. Resisto a pensar que ele o deseje apenas por autocontemplação narcisista, ou para apenas criar uma aura de respeitabilidade e grandeza em torno de si mesmo, ou mais vulgarmente para fins publicitários e demagógicos. Porque o Estado Tecnocrático é, afinal, um conjunto de homens, e eles, enquanto tal, não podem livrar-se de sua própria humanidade. Neles também opera a Atuação Humanística, e não somente a lógica dos princípios capitalistas. A natureza da motivação dos atos políticos, principalmente numa sociedade complexa, nunca pode ser por completo evidenciada. Quem ousaria, pois, negar decididamente uma parte de boa-vontade ao Estado Tecnocrático, ao lado de outros impulsos de ação?

Como quer que seja, o Estado se postula como **poderoso** e **bondoso**. **Poderoso**, na tendência a subordinar os direitos sociais ao desenvolvimento econômico e as liberdades sindicais às razões-do-Estado. **Bondoso**, na medida em que se auto-apresenta como concedente de melhor e mais ampla proteção providenciaria e assistencial. Justamente quando as massas não exigem, temendo o poder do Estado, é que lhe apraz conceder, aparentando magnanimidade.

No entanto, comentáramos atrás que o Direito não pode ser **bondoso** e que aspirará sempre a ser **justo**. Aquém cerceia minha liberdade não posso ser grato por me dar um pedaço de pão. O potencial genuíno de bondade do homem nada tem a ver com a previdência social, a qual existe em função de um ato de justiça coletiva. Bastaria lembrar que os recursos da previdência e todos os demais

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 89 29/06/2018 15:35:47

recursos, inclusive os tributos de que vive o Estado, originam-se do povo e são por este reproduzidos continuamente.

Mas o principal é que ser o Estado **poderoso** e **bondoso** não é algo que diga respeito apenas a ele, Estado. Não é uma escolha a ser feita por determinados grupos sem audiência dos demais pertencentes à nação. Aliás, à luz dos direitos dos povos, o próprio conteúdo tecnocrático e capitalista-autoritário com que se identifica o Estado brasileiro está sujeito a reexame democrático.

Por isso mesmo, a linha de revitalização histórica que imagino correta para o Direito do Trabalho no Brasil, ao mesmo tempo que centrada na restauração e desenvolvimento dos direitos sociais - em particular as liberdades sindicais - supõe o restabelecimento efetivo dos direitos individuais à participação política, à informação e à expressão, e de todas as garantias com que a doutrina constitucionalista cercou as liberdades políticas.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 90 29/06/2018 15:35:47

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO (*)

Lygia Simão Luiz Oliveira
Juíza Presidente da 3ª JCJ de Belém

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 1.1 - Fundamentos. 1.1.1 - Proteção do trabalhador. 1.1.2 - Autonomia coletiva. 1.1.3 - Codecisão na empresa. 1.1.4 - Defesa de interesses e paz laboral. 1.2 - Natureza jurídica. 2 - SÍNTESE HISTÓRICA DA ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL. 2.1 - Primitivas associações. 2.1.1 - Os colégios romanos. 2.1.2 - As guildas. 3 - AS CORPORAÇÕES DE OFÍCIO. 4 - LIBERDADE DE COALIZÃO E LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO. 5 - SINDICALISMO CONTEMPORÂNEO. 5.1 - Formas do sindicalismo à luz das principais doutrinas existentes. 5.2 - O movimento sindical no mundo - rápido relato. 5.3 - O sindicalismo na Inglaterra. 5.4 - O sindicalismo na França. 5.5 - O sindicalismo alemão. 5.6 - O movimento sindical na Itália, Espanha e Rússia. 5.7 - O movimento sindical norte-americano. 5.8 - O movimento sindical interamericano. 5.9 - O sindicalismo contemporâneo e principais correntes. 6 - SINDICATO - CONCEITO E NATUREZA. 7 - LIBERDADE SINDICAL. 7.1 - Direito de sindicalização. 7.2 - Autonomia sindical. 7.3 - Unidade e pluralidade sindical. 7.4 - Critérios de sindicalização. 8 - O SINDICALISMO NO BRASIL. 8.1 - Atividades associativas do período pré-republicano. 8.2 - As organizações profissionais após a República. 8.3 - O sindicato e as Constituições. 8.4 - Instituição e reconhecimento do sindicato. 8.5 - Prerrogativas e deveres das entidades sindicais. 8.6 - Características básicas do sindicalismo brasileiro. 9 - A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. 9.1 - Denominação. 9.2 - Origem histórica. 9.3 - Fundamento jurídico-doutrinário das convenções coletivas. 9.3.1 - Teorias civilistas. 9.3.2 - Teorias de transição. 9.3.3 - Teorias jurídico-sociais. 9.4 - A convenção coletiva e o direito positivo brasileiro. 10 - CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO E SOLUÇÕES. 10.1 - A greve. 10.1.1 - Posição da greve em face do direito. 10.2 - O lock-out. 10.3 - A conciliação como solução indireta de conflito. 10.4 - A mediação e a arbitragem. 10.5 - A solução jurisdicional. 11 - CONCLUSÃO. 12 - BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

RESUMO

Procurando focalizar, dentro dos limites de um trabalho como este, a matéria que se considera importante no tema escolhido, incluiu-se na parte

(*) Monografia premiada em 2º lugar no 1º Concurso de Monografias promovido pelo TST - Prêmio Oliveira Viana. (Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 12, n. 23, p. 59-97, jul./dez./1979).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 91 29/06/2018 15:35:47

inicial, sob o item Introdução, o que diz respeito à conceituação, fundamentos e natureza jurídica desse ramo inovador da ciência jurídica, que é o Direito Coletivo do Trabalho. Depois, pretendendo seguir uma ordenação que se tem por lógica e seqüencial, passou-se à abordagem da associação profissional, buscando na História os primeiros agrupamentos conhecidos, até chegar-se às Corporações da Idade Média.

Quanto ao Sindicalismo, vários são os aspectos tratados: a evolução do movimento em diversos países da Europa, bem como nos EE.UU. da América do Norte e no Brasil - em nosso país, com mais extensão, ferindo pontos tidos como essenciais; o Sindicato e sua posição diante da doutrina; liberdade sindical, com a discussão sobre o problema da unidade e pluralidade sindical, direito e critérios de sindicalização.

A Convenção Coletiva do Trabalho, como a melhor e mais útil das instituições do Direito Coletivo, mereceu apreciação no que há de mais relevante em seu estudo: definição, correntes doutrinárias que tentam explicá-la, origem histórica. Destacou-se, também, sua situação frente ao direito positivo brasileiro.

Por último, os Conflitos Coletivos de Trabalho e suas soluções, são objeto de explanação com a limitação decorrente da natureza do próprio trabalho, o qual se encerra pelas considerações pessoais constantes da Conclusão.

1 - INTRODUÇÃO.

Expressa KROTOSCHIN que todo estudo que tem por objeto o Direito do Trabalho deve começar - e comumente começa - tratando de superar uma grande dificuldade: a de definir a matéria.[1]

Na realidade, não é fácil lançar definições, sobretudo no campo da ciência jurídica. Os entrelaçamentos existentes entre os diversos ramos do direito, com as origens muitas vezes remontando aos mesmos fatos e as finalidades visando, também, em certos casos, a resolução de questões comuns, dificultam a delineação que se pretenda lançar através de uma definição.

O Direito Coletivo do Trabalho, denominação mais utilizada pela doutrina - os autores a preferem a Direito Sindical e Direito Coletivo Laboral, com muita razão - é uma das partes do Direito do Trabalho que tem por destinação regulamentar as relações entre grupos profissionais e empresariais, no que diz respeito ao estabelecimento de condições de trabalho, por meio de contratos, convenções, ou em solução a conflitos.

Enquanto o Direito Individual do Trabalho objetiva a relação individual de trabalho, estabelecendo normas relativas ao contrato laboratício, com os direitos e obrigações de seus sujeitos - empregado e empregador -, o ramo aqui focalizado destina-se, como referem ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK em "Curso de Direito do Trabalho", Forense, 3a. ed. pág. 451, "a estabelecer

[1] Citação feita por Allocati em "Derecho Coletivo Laboral", p. 3.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 92 29/06/2018 15:35:47

por método peculiar a proteção do **trabalho humano dependente** e, por conseqüência, a proteção à **pessoa humana**, na sua atividade profissional por **via indireta**, pela mediação do grupo social profissional reconhecido pela ordem jurídica." (Os grifos são dos autores).

Para HUECK-NIPPERDEY, Direito Coletivo do Trabalho é a parte do Direito do Trabalho relativa às associações profissionais de trabalhadores e de empresas, seus contratos, seus conflitos e a solução destes.[2]

GUILHERMO CABANELLAS ao conceituá-lo, diz que o seu estudo enfoca as relações jurídicas, os conflitos parajurídicos e outros aspectos das relações e negociações laborais, coletivamente, ou seja, se refere de modo primordial aos trabalhadores e aos empresários, como setores ou núcleos sociais, em suas coincidências ou oposições, em seu grupamento profissional, com os riscos próprios de suas atividades e com as responsabilidades que delas derivam.[3]

POZZO afirma que a existência das associações profissionais e sua ação por meio da negociação ou pela luta coletiva, está regulada pelo Direito Coletivo do Trabalho ou Direito das relações coletivas do trabalho, segundo denominações adotadas por diferentes autores. Isso não significa porém, continua o insigne juslaboralista argentino, que exista um Direito Coletivo do Trabalho contrapondo-se ao Direito Individual ou Privado do Trabalho. Ambos são aspectos do Direito do Trabalho que guardam uma estreita relação e, tanto é assim, que pode-se afirmar que em grande parte o Direito Privado do Trabalho surgiu e se desenvolveu como uma conseqüência da ação coletiva dos grupamentos sindicais que apareceram nos princípios do século XIX, decorrentes da nova organização industrial, fruto da máquina e do capitalismo.[4]

Em verdade, ainda que dirigido às organizações grupais de trabalhadores e empresários, a estes, como sujeitos das relações laboratícias a definir ou solucionar, é que se destina, em última análise, a regulamentação desse ramo do direito.

Contudo, é preciso repisar, que o seu conteúdo, os pilares sobre os quais se assenta, são as organizações profissionais e econômicas, com as convenções relativas às condições de trabalho a estabelecer e as soluções a dar aos conflitos entre essas classes.

1.1 - Fundamentos.

São unânimes os autores de que os princípios que informam o Direito Coletivo do Trabalho são: proteção do trabalhador; autonomia coletiva; codecisão na empresa; defesa de interesses e paz laboral. ALFRED HUECK e NIPPERDEY acrescentam mais, o entrelaçamento do Direito Coletivo com a Economia, o Direito Coletivo do Trabalho como direito privado e o estabelecimento constitucional de seus princípios mais importantes.

---

(2) Hueck-Nipperdey, "Compendio de Derecho del Trabajo", p. 243.
(3) Cabanellas, "Compendio de Derecho Laboral", II. p. 41.
(4) Pozzo, "Manual Teórico Practico de Derecho del Trabajo", II, pp. 1 e 2.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 93 29/06/2018 15:35:47

1.1.1 - Proteção do Trabalhador.

A garantia ao direito de coalizão, da livre associação para o efeito de negociação de melhores condições de trabalho, possibilitou aos trabalhadores uma eficaz proteção. Reunidos em associações profissionais, passaram a representar um poder econômico e social, impondo-se aos empresários e com eles celebrando convenções coletivas para o estabelecimento de salários mais favoráveis, a par de outras melhorias para a classe.

Não mais isolados para lutar diante da predominância do economicamente mais poderoso, vieram os trabalhadores com a união, alcançar posição infinitamente superior àquela de antes. Nos países onde se faz presente a representação obreira na empresa, por exemplo, nota-se uma certa influência da classe na própria direção, com reflexos sobretudo nos assuntos sociais.

1.1.2 - Autonomia coletiva.

Essa autonomia deriva de, nos limites traçados pelo Estado, poderem os próprios interessados estabelecer a regulamentação normativa relativa às suas condições de trabalho, assim como prestarem efetiva colaboração à administração pública e à Justiça especializada do Trabalho.

A respeito dessa autonomia é preciso que se destaque o importante papel desempenhado pela representação classista em nosso país: na administração, temos a participação de empregadores e trabalhadores no Conselho Consultivo do Departamento Nacional de Emprego e Salário; no Conselho Superior do Trabalho Marítimo há também a representação patronal e obreira, através de um empregado e de um empregador; a gestão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é desempenhada por um Conselho Curador em que está presente um representante das categorias profissionais; a inspeção do trabalho no Departamento Nacional do Trabalho e nas Delegacias Regionais, tem a colaboração de uma Comissão Sindical da qual fazem parte representantes sindicais; na área previdenciária, de relevância a participação das entidades sindicais, eis que junto ao Departamento Nacional de Previdência Social funciona um Conselho Fiscal integrado de oito membros, sendo dois dos empregadores e dois dos empregados, havendo ainda a mesma representação no Conselho de Recursos e, em número menor (um de cada classe), nas Juntas Regionais; por fim, no Conselho Administrativo do Programa Especial de Bolsas de Estudo, há a participação importante de dois representantes das Confederações Nacionais de Trabalhadores. No âmbito do Poder Judiciário, mais importante é essa participação, porquanto, em todos os graus de jurisdição da Justiça do Trabalho, compondo seus órgãos, encontram-se os representantes classistas.

1.1.3 - Codecisão na empresa.

Princípio que se assenta também na idéia de proteção, mas que tem significação mais profunda, uma vez que tem por objeto a comunidade de produção de empregadores e trabalhadores na empresa.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 94 29/06/2018 15:35:47

Reconhecem alguns autores que o trabalhador não é um vendedor da mercadoria força de trabalho, eis que sua função, vital ao desenvolvimento da empresa, o torna responsável, junto com o empregador, pelo curso normal da produção. Dessa responsabilidade conjunta surge a necessidade de sua participação na administração, tanto na parte referente à prestação do trabalho como na parte econômica, em todos os assuntos que lhe digam respeito.

Nações como a Alemanha asseguram a colaboração do obreiro na empresa, através da representação em Conselhos, com a participação ou codecisão em assuntos geralmente de caráter social. A codecisão, todavia, conforme a Lei Fundamental de Bonn (CG. art. 14), não conduz nem a uma nova orientação da relação de trabalho, no sentido de formação de uma organização societária, nem na mudança da forma empresarial baseada na propriedade privada. É que a estrutura organizativa atual da empresa, parte justamente do caráter obrigacional da relação de trabalho e da propriedade privada empresarial, do que, entre outras coisas, deriva em primeiro lugar, que as partes do contrato de trabalho não se vêem limitadas em sua liberdade contratual, pelo direito de codecisão.

1.1.4 - Defesa de interesses e paz social.

A defesa dos interesses traduz-se na possibilidade, por via convencional dos pactos coletivos, de as associações profissionais estabelecerem normas reguladoras de suas relações, observando as suas conveniências de classe, sem a interferência do Estado, que, aliás, deve abster-se de intervir nas negociações.

CABANELLAS, quando alude a tal princípio, inclui como medidas capazes de levar a essa proteção e defesa, a "limitada violência da greve e outras medidas de força reguladas."[(5)]

A paz laboral é finalidade inerente às convenções coletivas, as quais têm por propósito eliminar os conflitos laborais por todo o período de sua vigência.

Quanto aos acréscimos de HUECK-NIPPERDEY, cumpre referir que os autores entendem, com relação ao entrelaçamento entre o Direito Coletivo do Trabalho e a Economia, que tal se dá tendo em vista as faculdades concedidas ao trabalhador, que influem no desenvolvimento da vida econômica, tais como os direitos de auto-regulação e auto-administração estabelecidos no Direito do Trabalho, e o princípio de codecisão, acima relacionado como um dos mais importantes do Direito Coletivo. Sobre a posição desse ramo do direito no campo do Direito Privado, são de opinião que, com exclusão do arbitramento estatal, tudo o mais pode ser incluído dentro dessa parte da clássica divisão: as convenções coletivas, ainda que tenham eficácia normativa, são contratos privados, pois são celebradas entre associações privadas, na forma do Direito Privado e para a regulamentação das relações jurídicas privadas; também a estrutura da empresa e, nela, como parte mais importante, o pacto da empresa, pertencem ao Direito Privado; os procedimentos de conciliação e arbitragem são igualmente privados, uma vez que se regulam por um pacto feito entre as partes.

---

(5) Cabanellas, ob. cit., p. 45.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 95 29/06/2018 15:35:47

Finalmente, quanto ao Direito Coletivo e a Constituição, afirmam que a Constituição de Weimar, na parte dos direitos fundamentais, relativa à vida econômica, estabelece a garantia das instituições mais importantes do Direito Coletivo do Trabalho: liberdade de coalizão (art. 159); reconhecimento das organizações patronais e obreiras, assim como de seus pactos coletivos (art. 165, 1, 2); fixação programática da igual colaboração de trabalhadores e empregados com os empresários na regulamentação dos salários e condições de trabalho, assim como em todo o desenvolvimento das forças produtivas (art. 165, 1, 2). Mencionam ainda, que tais garantias foram igualmente asseguradas em algumas das Constituições dos "Lander" (Bremen, Bayern, Rheinland-Platz, Hessen, Berlim, Nordrhein-Wetsfalen).[6]

1.2 - Natureza jurídica

A conhecida divisão do direito em público e privado, se traz vantagens no sentido didático, não pode hoje ser considerada com a mesma rigidez conceitual de outrora, a fim de definir determinado ramo da ciência jurídica.

O Direito Coletivo do Trabalho, em razão da finalidade que tem, de colocar em destaque o direito dos trabalhadores e dos empresários frente ao Estado, e porque trata, essencialmente, das reivindicações das classes assalariadas junto aos empregadores, é catalogado por alguns tratadistas como Direito Público.

Observa CABANELLAS, no entanto, que se é certo que existem aspectos publicistas no ordenamento laboral coletivo, também os há de natureza privatista. Não podem, na verdade, as associações profissionais ter existência legal, com personalidade jurídica e gremial, sem ajustarem-se a uma regulamentação do poder público, ao qual é dada autoridade mais ou menos discricionária, para resolver sobre o reconhecimento de tais entidades. Mas, de outro lado, é forçoso admitir, a par da intervenção decisória do poder público, as convenções e sentenças que solucionam os conflitos laborais, vêm repercutir, na realidade, nas relações entre certos trabalhadores e certos empresários, em seus respectivos patrimônios, com vantagens e prejuízos.

Ainda fazendo referência ao aspecto privado desse ramo do direito, o autor cita HUECK-NIPPERDEY, os quais, quando da abordagem dos princípios fundamentais já expostos, enfatizam a natureza privada das associações profissionais e das convenções coletivas de trabalho. [7]

A conclusão a que se chega, em face dessa dualidade, é que o direito em questão é, por certo, de caráter misto.

2 - SÍNTESE HISTÓRICA DA ASSOCIAÇÃO PROFISSIONAL.

De relevância em um estudo do Direito Coletivo do Trabalho, o conhecimento da evolução histórica das associações profissionais com o enfoque necessário à liberdade de associação e de coalização que a doutrina distingue como direitos inconfundíveis.

---

[6] Hueck-Nipperdey, ob. cit., pp. 253-5.
[7] Cabanellas, ob. cit., p. 44.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 96 29/06/2018 15:35:47

É unanimemente aceita atese de que a primeira sociedade organizada foi a família, cujo processo demográfico constituiu o clã - um grupo estritamente solidário, homogêneo, igualitário, reunido com a finalidade de satisfazer suas necessidades primárias, como afirma Renan.

O mesmo autor assevera ter sido o aparecimento da propriedade rural o que veio provocar a substituição do clã por um outro tipo de organização. Ao invés da comunidade do sangue, a comunidade de interesses reuniu os homens. Dessa maneira formaram-se os "Nomos" no Egito, os "Demos" em Ática, os "Incas" no Peru.

2.1 - Primitivas associações.

Sem que se possa considerar como absolutamente verdadeira a afirmação, alguns historiadores apontam como grupamentos com características corporativas, os que teriam se formado na antiga índia - SRENI - de agricultores, pastores, barqueiros e artesãos, que seriam regidos por um Conselho e que teriam capacidade para contratar e comparecer em juízo. Também asseguram que o povo judeu, desde o reinado de Salomão, conhecia as organizações corporativas, e que a antiga civilização egípcia já tinha associações da mesma natureza, em que se agrupavam guerreiros, mercadores, agricultores, etc. Até movimento grevista há quem vislumbre no Egito antigo e na China, na reação oposta pelos trabalhadores oprimidos aos opressores, em questões de trabalho.

2.1.1 - Os colégios romanos.

Entretanto, realmente reconhecidos expressamente por texto de lei, com organização e força, atribuição e privilégios, foram os colégios romanos, formados, segundo Plutarco, no reinado de Servio Túlio, por Numa.

Diz SEGADAS VIANNA, em sua excelente obra sobre Direito Coletivo do Trabalho, que "o mais certo é dar origem às corporações, que precederam ao sindicalismo, na organização de algumas classes em Roma".[8]

Os colégios, que em seus primórdios eram compostos apenas de trabalhadores livres, sendo mais tarde integrados por libertos e alguns escravos, subdividiam-se em **collegia compitalitia**, de cunho verdadeiramente religioso e **collegia artificum vel opificum**, congregando artistas e artesãos, também com acentuado caráter místico, mas já com vistas à reunião, de acordo com os ofícios desempenhados por seus integrantes.

Foi de tal ordem a importância dos colégios romanos, que a sua participação na vida do próprio Estado é fato admitido, pacificamente, pelos historiadores. Sua organização parece ter sido muito democrática e a força que tiveram refletiu-se na influência exercida no Império Romano.

Contudo, como sempre acontece quando o poder de uma nova organização passa a repercutir intensamente nas deliberações de cúpula, a

[8] Segadas Vianna, "Direito Coletivo do Trabalho", p. 20.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 97 29/06/2018 15:35:47

repressão se faz sentir, e os **collegia** foram proibidos, com exceção dos oito criados por Numa Pompilio.

A reação a essa proibição, entretanto, fez surgir a **Lex Clodia**, pela qual foi reconhecido aos romanos o direito de associação. E, mais tarde, conforme refere MOZART VICTOR RUSSOMANO, em uma de suas mais recentes obras, "Direito Sindical - Princípios Gerais", citando J. Ballela: "A morte inesperada e trágica de JÚLIO CÉSAR em pleno Senado, modificou, ainda uma vez, o panorama político de Roma. Os Colégios voltaram a organizar-se espontaneamente e, no ano de 56 a. C., AUGUSTO editou a **Lex Julia**, que regulou, em definitivo, *o* direito de associação entre os romanos." (ob. cit. p. 16).

2.1.2 – As guildas.

As guildas já apareceram por volta do século VII da nossa era e muitas semelhanças apresentavam com os colégios romanos. Eram uma instituição germânica e anglo-saxônica e remontam a um dos mais antigos costumes da Alemanha primitiva: o convite.

Este costume, retratado por Tácito, consistia em se tratar à mesa, entre repetidas libações, de negócios graves e importantes, tanto em época de paz como de guerra: cada um dos convidados obrigava-se a defender seus companheiros de mesa, com sua espada no campo de batalha, ou com seu prestígio diante de terceiros. Elas formavam uma espécie de família artificial, cuja união originava o compromisso entre seus membros, de ajuda e defesa nas circunstâncias em que isso se fizesse necessário. Três eram as categorias em que se dividiam: religiosas e sociais; de artesãos; de mercadores.[9]

Se a princípio tiveram as guildas, por finalidade, o espírito de fraternidade, mais tarde, conservando embora essa marcante característica, foram acrescidas de outros interesses, passando a ter atuação na regulamentação da atividade profissional e, de modo secundário, na formação de aprendizes.

3 - AS CORPORAÇÕES DE OFÍCIO.

Alguns autores, como POZZO, enfatizam, ao referirem-se às corporações surgidas na Idade Média, não terem elas nenhuma semelhança com a associação profissional atual, de vez que os "companheiros" que trabalhavam sob as ordens dos patrões ou mestres, nenhum poder de reivindicação possuíam, subjugados que estavam às condições na organização corporativa.

Ainda que assim tenha ocorrido, não se pode deixar de assinalar que esses órgãos gremiais, que depois foram compensados com privilégios concedidos pelo Estado, se constituíram em função e para o exercício da profissão - arte ou ofício - transformando-se em força poderosa de arregimentação.

---

[9] Cabanellas, ob. cit., p. 68.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 98 29/06/2018 15:35:47

Na França e na Espanha, com as denominações de irmandades e confrarias, conservaram características religiosas, mas nos demais países da Europa por onde se estenderam, surgiram como associações laicas, com o nome de corporações.

Foi já no século XII, quando da época agrária em que vigorava o regime do colonato e da servidão à gleba, passou-se à era urbana, que apareceram as corporações de artesãos do mesmo ofício.

A mudança que se verificou com o surgimento de uma economia urbana decorrente da supressão da economia estritamente agrária, deu margem a que nas cidades se formassem esses grupos compostos, em posição hierárquica ascendente, de aprendizes, companheiros e mestres.

Explicam uns, em evidente esforço de relacionamento com as instituições anteriores, que as corporações procederam daqueles colégios de gente modesta que nos últimos séculos do Império tinham por objetivo principal, a segurança de funerais dignos. Outros defendem teoria diversa: teriam surgido através de uma geração espontânea, sem nenhuma ligação com o passado, sendo fruto da necessidade que obrigou os fracos a unirem-se em defesa de seus interesses, pondo termo às desordens e abusos de que eram vítimas.

Florença foi, sem dúvida, a cidade onde o crescimento desses grupos foi mais acentuado, cabendo destacar, que ali, no século XV, o número de fábricas têxteis chegou a 300, dando ocupação a 30.000 operários. As corporações eram verdadeiras entidades capitalistas, com o monopólio de fato sobre a produção e o trabalho. Os mestres eram poderosos patrões e os companheiros integravam a massa de míseros assalariados.

Um regime de tal modo rígido e aprisionante não poderia subsistir indefinidamente. Causa espécie tenha conseguido chegar ao século XVIII.

A evolução das idéias, a rebelião da classe oprimida ante a resistência dos mestres e a projeção negativa ao erário público decorrente do monopólio da produção, decretaram a decadência das corporações.

Os companheiros, desligados dessas entidades que não lhes davam oportunidade de acesso a melhores condições, resolveram grupar-se em associações que chamaram de **companhias** - na França as "associations compagnonniques", na Alemanha as "gesellenverbalden". Por outro lado, as invenções e o surgimento da necessidade de mão-de-obra pronta e eficaz para o trabalho das fábricas, propiciou a que a subversão se instalasse nas corporações, com a exigência da suspensão do período de aprendizagem de sete anos e o desrespeito aos estatutos. Faltava apenas o estabelecimento da liberdade de trabalho, o que veio a ser proclamado na França, no fim do século XVIII.

O Edito de Turgot, aprovado pelo Parlamento em 1776, reconhecendo o direito do homem ao trabalho, com liberdade de escolha da profissão e da espécie de comércio a exercer, lançou a sentença de morte das corporações.

Finalmente, a Lei Chapelier, de 1791, apontada por muitos como o fator decisivo no aparecimento do Sindicato, deu o golpe extremo aos grêmios

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 99 29/06/2018 15:35:47

corporativos, pois, não só reprimiu essas agremiações, como proibiu as associações profissionais de qualquer espécie.

4 - LIBERDADE DE COALIZAÇÃO E LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO.

Já Aristóteles, com a clarividência que o caracterizou, observava em "Política", "que é o homem ser social por natureza; mais que a abelha e que todos os animais que vivem juntos. A vida social é um imperioso mandato da natureza. O primeiro que fundou uma associação política presenteou a humanidade com o maior dos benefícios; porque, se o homem, aperfeiçoado pela sociedade, é o primeiro dos animais, é também o último quando vive sem leis e sem justiça".

Realmente, isolados, não podem os homens obter as melhorias que lhes são necessárias. Para que possam atingir seus objetivos, enfrentando toda a força que se lhes oponha, mister se faz se congreguem em associações.

Com a Lei Chapelier, como se viu, ficou proibido na França todo tipo de associação, medida que foi seguida pelos outros países da Europa e também pelo nosso Continente.

Na história das associações, portanto, três períodos podem ser destacados: o de repressão, em que se constituía essa instituição figura delituosa, fase iniciada com a citada Lei; um período de tolerância, em que deixou de ser delito mas não tinha ainda existência legal; um terceiro período, em que passam as associações profissionais a ser regulamentadas em lei e, inclusive, previstas constitucionalmente. Isso ocorreu a partir de 1871, com o "Trade Unions Act", que regulamentou os Sindicatos na Inglaterra.

Convém assinalar a distinção que os doutrinadores fazem entre coalizão e associação.

Para os alemães, conforme se vê de sua legislação, a coalizão está garantida de forma efetiva e melhor do que a associação. Para eles, é a coalizão a organização que congrega, para defesa e garantia de interesses de classe, empregados ou empregadores. E a liberdade de coalização é um direito constitucional fundamental. Já a liberdade de associação, que não está limitada somente aos trabalhadores e empresários, atinge qualquer espécie de associados, que podem reunir-se com intenção permanente, constituindo ou não pessoa jurídica devidamente regulamentada.

Entre nós, coalizão tem outro significado, pelo que se verifica da doutrina. CARLOS ALBERTO GOMES CHIARELLI, in "Teoria e Prática do Sindicalismo Brasileiro", esclarece, concordando nas linhas fundamentais com a definição de PÉREZ BOTIJA-BAYON CHACON, que o caráter circunstancial, a estruturação para um fim específico, a extinção uma vez conseguido o objetivo ou impossibilitado o seu alcance, a falta de organização interna, são pontos distintivos da coalizão, (ob. cit. p. 17)

Associação tem caráter mais estável e pode ser compreendida como uma organização grupal permanente visando a um determinado fim. A associação

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 100 29/06/2018 15:35:47

profissional diz respeito ao grupo formado em razão da profissionalidade e, no Brasil, é considerada como a primeira fase do sindicalismo.

A liberdade de associação é determinante do Sindicato nos regimes democráticos. Consiste em obter do Estado o reconhecimento à faculdade de unirem-se os indivíduos para a aprendizagem e exercício da profissão ou indústria, sem coações. E tem por origem a própria liberdade individual.

5 - SINDICALISMO CONTEMPORÂNEO.

Do que foi exposto até aqui verifica-se que, ao lado das convenções coletivas e conflitos coletivos de trabalho, são as associações profissionais parte integrante do conteúdo do Direito Coletivo do Trabalho. Daí a abordagem da matéria, que deve se dirigir, tanto quanto possível, a todos os aspectos que pareçam importantes no sindicalismo contemporâneo.

Nos subitens abaixo, para melhor ordenação, serão enfocados esses aspectos.

5.1 - Formas do sindicalismo à luz das principais doutrinas existentes.

O aparecimento de doutrinas inspiradas em cor política, social ou religiosa, levou a diferentes formas de sindicalismo: o revolucionário, o reformista, o cristão, o comunista e o socialista ou de Estado.

O sindicalismo revolucionário tem por propósito, através de movimentos de força de natureza geral (greve), a destruição do regime capitalista; o segundo da discriminação visa, especialmente, a obtenção das medidas reivindicatórias para a melhoria da classe trabalhadora; o sindicalismo cristão tem por embasamento a Encíclica "De Rerum Novarum" e preconiza uma forma de ampla colaboração social, que reconheça a legitimidade e direitos das organizações obreiras, mas sem impor transformações de base no regime da propriedade e no sistema de exploração industrial; o sindicalismo comunista tem por objetivo a utilização da força sindical para a implantação de idéias reputadas como próprias de uma revolução universal, que se destina à absorção pelo Estado de todas as fontes de produção; afinal, o sindicalismo nacionalista ou de Estado, cuja pretensão se resume em manter-se estritamente no campo sindical, distante de qualquer orientação política.

5.2 - O movimento sindical no mundo - rápido relato.

Para chegar-se à feição que assumiu o sindicalismo atual, há que fazer-se uma incursão, ainda que sucinta, nos fatos que impulsionaram o movimento sindical nos diversos países do mundo, começando, como não poderia deixar de ser, pelo sindicalismo inglês.

Recorrendo a GALLART FOLCH, é preciso que se diga que o sindicalismo não é um princípio absoluto, mas uma realidade social e, portanto, historicamente

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 101 29/06/2018 15:35:47

condicionada, já que se desenvolve em um meio humano caracterizado por circunstâncias econômicas, políticas e geográficas determinadas, que devem ser consideradas na devida conta quando se pretenda verificar os episódios da vida e desenvolvimento desse movimento, nos diferentes países.

O ponto de partida terá de ser o aparecimento da industrialização na vida econômica de cada um desses países, industrialização que dá lugar, na evolução social dos mesmos, a um fenômeno demográfico novo: o surgimento do proletariado. Os grupamentos anteriores, já aqui antes referidos e expostos, constituem a pré-história do movimento sindical obreiro, eis que, somente com a Revolução industrial tornou-se realmente acentuada a diferença de classe na vida do trabalho.(10)

Segundo MARIO DE LA CUEVA, foi nas fábricas que dezenas ou centenas de homens, em conversações em surdina sobre os acidentes que ocorriam causados pelas máquinas, tomaram consciência da injustiça de que eram vítimas. E foi então que tiveram a idéia de unir-se para lutarem por melhores condições humanas para a prestação do trabalho.(11)

5.3 - O sindicalismo na Inglaterra.

É afirmado pela doutrina que a Grã-Bretanha foi o berço do sindicalismo moderno. Ali teriam se iniciado, em decorrência da formação de enormes centros industriais onde se concentravam os trabalhadores com as piores condições de vida, os movimentos reivindicatórios visando a modificação dessas condições de trabalho.

As "Trade-Unions" - associações profissionais de trabalhadores, que hoje em dia constituem os sindicatos obreiros ingleses, reunindo os exercentes de u'a mesma profissão - encontrariam sua origem em uma associação de mestres-alfaiates que congregava mais de 7.000 trabalhadores da profissão, formada em 1720. Sua finalidade foi o pleito, junto ao Parlamento britânico, de maior salário, com a redução de uma hora na jornada diária de prestação de serviço.

Assinalam alguns autores que os grandes progressos que se verificaram naquele país, no setor técnico, na indústria têxtil, na mineração, e depois, na metalurgia, deram margem a essas reivindicações, que se estenderam, progressivamente, por todo o Reino Unido, lançando as raízes do sindicalismo contemporâneo. E mais importante é destacar, que todas essas reivindicações sempre tiveram por desiderato, as modificações do contrato de trabalho.

A associação operária, forma embrionária das "trade-unions", constituíram-se a princípio com a finalidade de socorro mútuo, pois só assim poderiam ter existência legal, uma vez que, desde 1799, estavam proibidas na Inglaterra, as associações profissionais e as organizações gremiais.

(10) Gallart Folch, "Tratado de Derecho del Trabajo" Deveali, V, p. 728.
(11) Mario de La Cueva, "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", p. 13.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 102 29/06/2018 15:35:47

Somente a partir de 1824 voltou a permitir-se o direito de livre associação, sendo que, pela Lei de 1871, ficou expressamente reconhecida a personalidade jurídica dos sindicatos.

Dessa posição inicial aparentemente tranqüila, as associações evoluíram, expandindo-se de tal forma que, com o impulso de ROBER OWEN, verdadeiro apóstolo do movimento de reivindicação operária, foi fundada em 1834, uma união intersindical que se denominou "Grand Nacional Consolidated Trade Unions". Propunha-se essa organização socialista de trabalhadores, à qual aderiu, em poucas semanas, um número impressionante de homens e mulheres, nada menos que destruir as estruturas econômicas do capitalismo industrial, por meio de uma greve geral abrangendo todas as atividades da produção. Isso provocou reação na área do governo, fracassando o movimento em seu objetivo imediato.

A partir de 1836, as organizações obreiras passam a atuar desvinculadas inteiramente umas das outras e, somente chegam a lograr algum êxito conjunto, com a instituição da "National Association of Unid Trades", quando conseguem que seja estabelecida a jornada de dez horas e que sejam melhoradas as leis relativas ao trabalho.

Aos poucos as "Trade Unions" vão se impondo com um caráter já de coordenação e solidariedade, e sua legalização provoca a ascensão do movimento sindicalista, inclusive com repercussão na área política.

Pode-se ver, desde quando o unionismo ganha maior força dentro do país, a inclinação para o campo ideológico, citando-se como exemplo disso a criação, por um discípulo inglês de Carl Marx, Hyndman, da Federação Socialista Democrática.

Essa introdução na política, mesmo depois de abandonada a teoria socialista, conduz o sindicalismo inglês à instituição de um dos mais relevantes partidos do país - o "Labour Party" - cuja popularidade é responsável por vários triunfos eleitorais.

Para finalizar esse tópico, mister se faz referir que, com a vitória do Partido Conservador em 1971, segundo noticia VON POTOBSKY, o Parlamento britânico adotou uma nova legislação sobre organizações profissionais (incluídas as associações de empregadores) e sobre relações laboratícias, que modificou sensivelmente o sistema tradicional iniciado com a Lei dos sindicatos, de 1871.[(12)]

5.4 - O sindicalismo na França.

Com a Lei Chapelier, como visto, ficou inteiramente proibida a associação, sob qualquer tipo, o que levou a ser inserida no Código Penal francês de 1810, uma norma instituindo o delito de coalizão. Era, pois, a condenação expressa ao sindicalismo, que se desenvolveu, assim, na clandestinidade.

Essa existência subversiva à ordem constituída foi se fazendo menor, porém, á medida que o poder público passou a reconhecer, ainda que não

[(12)] Geraldo Von Potobsky, "Tratado de Derecho del Trabajo", Deveali, V, p. 743.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 103 29/06/2018 15:35:47

confessadamente, que o sindicalismo era uma realidade social incoercível. A situação de tolerância perdurou durante o Segundo Império - antes, durante a Revolução de 1848, havia sido restabelecida a liberdade de associação, porém com o golpe bonapartista de estado, voltou a proibição precedente. E desse regime de tolerância administrativa passou-se à plena legalidade, com a aprovação da Lei Waldeck-Rousseau, em 1884.

Essa Lei consagrou o princípio, tanto para os trabalhadores como para os empresários, da absoluta liberdade sindical. Em suas disposições estabeleceu poderem as associações constituir-se livremente e sem autorização prévia, com o fim de defender seus interesses econômicos, industriais, comerciais e agrícolas. Teriam personalidade jurídica e poder de representação de seus associados. Poderiam formar Uniões ou Federações.

A experiência veio demonstrar, entretanto, a necessidade de algumas reformas no texto de 1884, e isso foi concretizado em 1902, 1903 e 1924. Posteriormente, pela Lei de 1927, o regime das associações profissionais passou a fazer parte do Código do Trabalho.

Aludem os tratadistas, entre os quais GALLART FOLCH, que os sindicatos passaram então a desenvolver atividades de tal ordem nos meios operários, centralizando as iniciativas de maior importância para a classe, que chegaram, inclusive, em um Congresso em Limoges, a formar uma grande organização - a Confederação Geral do Trabalho (CGT).

No início apolítica, essa organização, contudo, não pôde manter-se distante das idéias políticas da época: o socialismo federalista dos proudianos; o socialismo mais ortodoxo de Güesde e o marxismo, que influiu no aparecimento do sindicalismo revolucionário, embasado doutrinariamente na tese de Jorge Sorel, de apoio à violência e à greve geral como medidas de intensa reforma social.

É de ressaltar que no decorrer da primeira grande guerra de 1914-1918, o patriotismo dos operários franceses se fez presente, em estreita colaboração com o Governo, donde surgiu um movimento que se denominou União Sagrada. Por outro lado, nesse período, grandes foram as conquistas no campo das condições de trabalho, tanto pela ação legal, como através das convenções coletivas.

Desde a segunda guerra mundial a C.G.T. (Confederação Geral do Trabalho) se dividiu em um setor comunista, outro socialista e um terceiro, menos definido.

5.5 - O sindicalismo alemão.

O desenvolvimento do movimento sindical na Alemanha foi muito posterior ao dos outros grandes países industriais da Europa, como França e Inglaterra. É que ali a industrialização foi mais lenta, sendo ela, durante boa parte do século XIX, uma nação de economia predominantemente agrícola.

A sindicalização, desde o início influenciada pelas posições políticas, processou-se em duas direções ideológicas distintas: uma, socialista-democrática; outra, cristão-social.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 104 29/06/2018 15:35:47

Com Hitler, esse aspecto político do sindicalismo alemão mais se acentuou e a sujeição dos sindicatos ao Estado tornou-se completa.

A derrota militar sofrida pelo país na última guerra, deu a final lugar ao reaparecimento da liberdade sindical.

O que se pode considerar de mais importante no movimento alemão, são os princípios que de lá saíram. Foi ali que pela primeira vez se fez sentir a necessidade de um esforço reformador conjunto, de todos os trabalhadores do mundo, no sentido de reivindicar melhores condições de trabalho e de vida. E também de lá saiu o marxismo, uma forma nova do socialismo, apartada do idealismo romântico, e que muita influência passou a exercer em todas as organizações sindicais do mundo.

5.6 - O movimento sindical na Itália, Espanha e Rússia.

A Itália, pelos mesmos motivos que retardaram a sindicalização na Alemanha - industrialização atrasada em relação aos outros países - só veio a ter movimentos dirigidos à melhoria de condições laborais, na segunda metade do século XIX. Esse retardamento também seria devido, segundo alguns, à existência de vários Estados soberanos, que perseguiram de todos os modos as associações profissionais, com receio de que elas pudessem levantar-se, através de uma política revolucionária, contra suas soberanias.

A exemplo de outras nações, a Itália teve seus primeiros agrupamentos de trabalhadores constituídos em sociedade de socorros mútuos. Depois, com a unificação do país, começaram a aparecer movimentos de natureza sindical. Mazzini, a essa época, exerceu grande influência nesse setor, pregando uma política baseada no liberalismo social. Criou-se então uma Confederação Operária e numerosas Câmaras de Trabalho. Vieram as agitações que caracterizaram o final do século XIX, com movimentos grevistas e conflitos, o que ocasionou a repressão drástica pelos poderes públicos. Aos poucos, porém, a legislação se atenua e a associação deixa de ser reprimida.

Aparecem, de acordo com os ideais políticos, várias correntes no campo sindical: anarquistas, socialistas, revolucionários, católicos socialistas. Com o surgimento do fascismo, e somente enquanto esse regime perdurou no país, teve existência o sindicalismo fascista. Posteriormente, criaram-se a Confederação Italiana de Sindicatos de Trabalhadores (CISL), dos católicos; a União Italiana do Trabalho (UIL), dos socialistas; a Confederação Italiana de Sindicatos Nacionais de Trabalhadores (CISNAL), dos antigos fascistas; finalmente, a Confederação Geral do Trabalho, dos comunistas, organização que é majoritária.

Na Espanha, também lento e decorrente do retardamento da industrialização, é o movimento sindicalista. Esse movimento igualmente se inicia com organizações de socorros, mútuos. A inquietação operária passa a se fazer sentir por volta de 1855, apresentando conotações políticas. Aliás, as questões puramente políticas são as que mais apaixonam os operários espanhóis. As

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 105 29/06/2018 15:35:48

associações obreiras, sem autorização legal a princípio, crescem e se multiplicam à medida em que a industrialização desenvolve.

Em 1888 é fundada a primeira central operária - União Geral dos Trabalhadores. Surgiu também, então, a Confederação Nacional do Trabalho, com tendência acentuadamente revolucionária, utilizando sempre a greve como meio de obtenção de melhorias. A guerra civil de 1936, entretanto, vem modificar radicalmente os termos em que se encontrava a questão social no país. Cessaram as atividades sindicais em toda a área nacional. Com a publicação da Lei Básica de 1940 e com as demais que a complementaram, a organização sindical, agora com outra feição, é controlada pelo Poder Executivo, que é quem dita as condições de trabalho. A greve é considerada um delito contra a economia nacional.

Na Rússia, somente a partir da Revolução Liberal de 1917, é que se pode falar em liberdade de associação. Antes, sendo a greve enquadrada como um sério delito e a legislação existente muito restritiva em relação à matéria, as organizações de natureza sindical viviam na clandestinidade. E mesmo com a Revolução assim continuaram, dada a desconfiança que lhes inspiravam as autoridades. Por fim, sem aquela base histórica que caracterizou o sindicalismo - que é a luta de classes - os sindicatos comunistas, estruturados pelo Estado, vieram a ter existência aberta e plenamente legal.

5.7 - O movimento sindical norte-americano.

Em razão do grande desenvolvimento industrial dos EE.UU. da América do Norte, pode-se afirmar ter sido esse país o único do Continente americano cuja evolução sindical processou-se mais ou menos paralelamente à das nações européias.

Todavia, deve ser assinalada uma característica de pronto percebida por aqueles que se dedicam ao estudo do assunto: a resistência realmente inusitada do sindicalismo americano às correntes ideológicas que caracterizaram o movimento nos outros países.

Mantém-se ele dentro de uma fórmula que visa a boa convivência e solidariedade entre os diversos setores da vida nacional.

Sofreu a influência histórica do trade-unionismo inglês, que lhe foi transmitido como herança, e o seu início ocorreu através dessa forma britânica, em 1825. Das primeiras organizações profissionais americanas foram as dos "Cavalheiros do Trabalho" (Knigts of Labour), embora que em época um pouco anterior, apontem alguns autores como GALLART FOLCH, a formação de uma união de trabalhadores, a "International Assembly of North America", bem como também uma outra associação da mesma natureza, a "Nacional Labour Union", esta última incluindo em seu programa de reivindicações, a jornada de oito horas de trabalho.

Foi, no entanto, com a criação de duas grandes Federações - "American Federation of Labour" (AFL) e "Congress of Industrial Organization" (CIO) - que o sindicalismo americano passou a ter de fato relevância.[13]

---

[13] Russomano, "Direito Sindical - Princípios Gerais", p. 31.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 106 29/06/2018 15:35:48

A primeira delas, organizada por Samuel Goompers, avessa à politização ideológica, teve grande poder sindical, porque dirigida, exclusivamente, as questões econômico-laborais.

A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), deve-se, em grande parte, à iniciativa de Goompers no Tratado de Paz de Versalhes, onde foi ela prevista.

Enquanto que a APL propugnava pela sindicalização por ofício ou profissão, a outra Associação, que foi criada por Lewis em 1935, já defendia a sindicalização por empresa ou indústria, e nesse aspecto estava a principal divergência entre elas.

Essas duas Centrais obreiras norte-americanas seguem assim independentes durante bastante tempo, cada qual lutando para conseguir maior número de filiações sindicais. Em 1955, em uma reunião que constituiu o fato mais importante da vida sindical norte-americana, unem-se formando um só bloco - forte, poderoso, influente, mas inteiramente imune à politização ideológica, o que é assinalável como uma exceção na história dos movimentos sindicais dos países industrializados.

5.8 - O movimento sindical interamericano.

Embora tardio, devido sobretudo ao problema do desenvolvimento econômico, o sindicalismo latino-americano, entretanto, a partir do início do século, tornou-se mais forte e intenso. Em 1907, já se convocava uma conferência em Buenos Aires com a finalidade de tratar de assuntos sindicais. Em 1918, foi fundada a Federação Pan-Americana do Trabalho, e em 1929, duas outras organizações surgiram: a Confederação Continental Latino-Americana e a Associação Continental Americana de Trabalhadores.

SEGADAS VIANNA, em "Direito Coletivo do Trabalho", afirma que, por volta de 1938 - nove anos depois do surgimento dessas duas organizações - foi feita mais uma tentativa para a fundação de um grupo latino-americano. Foi então que apareceu a Confederação de Trabalhadores da América Latina (CTAL), por muito tempo dirigida por Lomabardo Toledano, sendo firmemente controlada pelos esquerdistas. Em 1948, a fim de combatê-la, surgiu a Confederação Interamericana de Trabalhadores (CIT), que teve existência efêmera, extinguindo-se um ano depois. Mais tarde, em 1951, foi criada a Organização Interamericana dos Trabalhadores (ORIT), que muito ajudou o sindicalismo latino-americano, ministrando treinamento de liderança sindical em escolas para isso instituídas.[14]

5.9 - O sindicalismo contemporâneo e principais correntes.

Pode-se resumir, diante da evolução histórica e do sentido ideológico do movimento trabalhista universal, nas seguintes correntes, a posição assumida pelo sindicalismo atual: a corrente de tendência comunista, cuja inspiração ideológica

[14] Segadas Vianna, ob. cit., p. 42.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 107 29/06/2018 15:35:48

foram as idéias de Carl Marx - exortação à união dos trabalhadores do mundo, não só para a obtenção de melhoria de condições de trabalho, mas também com a finalidade de modificar as estruturas econômicas, jurídicas e sociais preexistentes, substituindo-as por outras em que não existam a propriedade privada e os meios de produção; a corrente socialista-cristã, embasada nos princípios inseridos nas Encíclicas papais, em que a luta de classes e as violências nas reivindicações são combatidas, adotadas as noções de Justiça e Caridade; a corrente de índole reformista, que se subdivide em várias outras, cujas linhas gerais, no entanto, têm pontos comuns -que preconiza um regime de colaboração em que se vise a economia através de táticas moderadas. Pode-se incluir nesta última corrente, o sindicalismo alemão e o norte-americano; aquele, tendo como alvo principal a democratização econômica com a participação efetiva do trabalhador na empresa, enquanto que este, inteiramente apolítico, tendo por finalidade a melhoria do padrão de vida do homem comum, com a utilização de métodos modernos de trabalho e vantagens remuneratórias que, em última análise, vão repercutir na circulação dos bens de consumo.

6 - SINDICATO - CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.

Na conceituação do sindicato há três posições: os que o definem da maneira clássica, no sentido de união permanente para a luta de classe; os que o encaram como um organismo destinado a resolver o problema social, em um plano geral; os que vão mais longe, colocando-o em situação de agir e influenciar, decisivamente, em todo o setor social.

Os sociólogos britânicos SIDNEY e BEATRICE WEBB, filiam-se à primeira posição, com sua definição simplista: "Sindicato é uma associação permanente de assalariados, com o fim de manter ou melhorar as condições de suas relações de trabalho."(15)

Na segunda posição encontram-se autores como LE BON, GASTON Y MARIN, CABANELLAS. Diz este último que "sindicato é uma união livre de pessoas da mesma profissão, possuindo idênticos interesses e que se associam para a defesa de seus direitos, visando a obtenção, também, de melhorias para a classe, relativamente às condições econômicas e sociais."(16)

Finalmente, a corrente mais extremada, que entende exercer o sindicato uma influência muito grande na estrutura econômica e social da própria nação.

Quanto à natureza jurídica, cabe repetir o que se disse em relação ao Direito Coletivo do Trabalho. Não é fácil determinar-se na dicotomia clássica, o lugar em que se pode colocar esta ou aquela instituição. A separação rígida e total entre um e outro campo do direito, não existe, daí a adoção por alguns juristas, de um sistema talvez simplista, no que diz respeito ao assunto: a prevalência do interesse - de caráter público, quando o interesse público sobrepõe-se ao individual; de caráter privado, em caso contrário.

(15) Segadas Vianna, "Instituições do Direito do Trabalho", p. 761, vol. II.
(16) Cabanellas, ob. cit., p. 153.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 108 29/06/2018 15:35:48

Na área do direito positivo, a lei de cada país é que irá delinear a figura jurídica do sindicato, classificando-o como pessoa jurídica de direito público ou de direito privado.

Nos regimes totalitários, a tendência é transformá-lo em pessoa jurídica de direito público, dada a subordinação em que ele geralmente fica em relação ao Estado, bem como também em razão da situação que lhe é reservada, como instrumento político, em colaboração muito estreita com o poder público. Na Itália fascista, por exemplo, assim aconteceu.

Já na democracia plena o sindicato é definido como pessoa de direito privado, na legislação nacional de cada país. Apesar da colaboração que essa organização presta ao Estado, de um modo geral fica distante do problema político, conservando-se dentro dos limites de suas finalidades.

Contudo, na doutrina, a questão oferece margem ainda à discussão, pois que, da maneira como cada estudioso do direito defina e conceba o Estado, assim como da importância que ache deva dar ao sindicato na política e na área social, é que deriva a colocação que receberá a matéria.

O brilhante trabalho do Professor RUSSOMANO sobre tão interessante tema, em "Derecho Colectivo Laboral", obra que se constituiu em uma justa homenagem de vários juristas latino-americanos ao insigne mestre Mariano Tissembaum, traz esclarecimentos oportunos sobre a posição do sindicato como pessoa de direito privado.

Aceitando como correta a explicação de RIVA SANSEVERINO - o sindicato representa interesses de determinadas categorias econômicas ou profissionais distintos do interesse coletivo, tido este como unitário e indivisível - assevera o ilustre jurista brasileiro: "o sindicato é pessoa de direito privado, que exerce atribuições de interesse público, em maior ou menor amplitude, consoante a estrutura política do país e segundo o papel, mais ou menos saliente, que lhe seja atribuído pela legislação nacional. Numerosas pessoas de direito privado exercem funções de interesse público, inclusive, por delegação das pessoas jurídicas estatais, sem que percam sua verdadeira natureza. É o caso de empresas privadas concessionárias de serviços públicos. O Sindicato, sendo órgão de colaboração com o Estado, nem por isso nele se integra ou dele depende. Em maior ou menor grau, todas as associações profissionais ou econômicas, mesmo sem natureza sindical, atuam como órgãos de colaboração do Estado moderno, embora sejam típicas pessoas de direito privado."[17]

Entre os estrangeiros, autores como LEFRANC e J. D. REYNAUD, mencionados por CAMERLYNCK e LYON-CAEN em "Droit du Travail", referem que, entender-se o sindicato como integrativo do Estado e permitir que o movimento sindical participe ativamente no funcionamento das instituições, seria arriscar a perda de sua característica essencial de força autônoma, de força de discussão e de contestação. A liberdade sindical concluem, implica em um movimento livre de toda a ligação com o Estado.

---

[17] Russomano, ob. cit., p. 594.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 109 29/06/2018 15:35:48

CAMERLYNCK e LYON-CAEN, na obra citada, acham, no entanto, que o movimento sindical, pelo menos ao nível das Confederações, não defende apenas os interesses privados ou profissionais, mas também os interesses nacionais gerais, de modo que, por isso, existe sempre uma interligação com o órgão representativo do interesse geral, que é o Estado.[18]

Não há dúvida de que têm razão os insignes tratadistas franceses em um certo sentido, eis que as Confederações, órgãos do grau mais elevado da hierarquia sindical, representam os interesses gerais em âmbito nacional, porém é preciso que se afirme que essa representação diz respeito ao interesse coletivo de determinadas categorias profissionais ou econômicas. Não é o interesse geral de toda a coletividade mas de grupos. Ademais, ainda que complexa essa representação, não se pode ver nela o ponto central para que se conclua pelo caráter publicístico das associações sindicais. Estas são, com as peculiaridades que as tornam importantes na vida econômico-social e às vezes política das nações, sem sombra de dúvida, pessoas jurídicas de direito privado.

7 - LIBERDADE SINDICAL.

A liberdade sindical acarreta o enfoque de outros aspectos de grande importância dentro da matéria, como o direito de sindicalização, autonomia sindical, unidade e pluralidade sindical, proibições de sindicalização.

A liberdade sindical constitui espécie do direito de associação. Essa liberdade pode ser compreendida em dois sentidos: coletivo - a faculdade legal para a constituição de associações profissionais que visem a defesa, organização e melhoria da classe; individual - a faculdade de cada trabalhador ou empresário filiar-se ou não às entidades representativas das respectivas categorias.

7.1 - Direito de sindicalização.

Uma das medidas de real eficácia para a proteção do movimento sindical, foi o reconhecimento, de modo internacional - através do Tratado de Versalhes (art. 427, inciso 2º) - do direito de associação.

Na mesma Conferência em que foi assinado o Tratado de Versalhes, foi aprovada a criação de um órgão especial destinado à regulamentação do trabalho na área internacional, que recebeu a denominação de Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.)

Na 26ª Conferência dessa organização, realizada em Filadélfia em 1944, foi expressa e efetivamente reconhecido o direito às organizações coletivas. Em 1947, em Genebra, houve a aprovação de uma Resolução cujo objeto foi a liberdade de associação, bem como ainda, a proteção ao direito de organização e negociação coletiva, às convenções coletivas, à conciliação e arbitragem. Em 1948, em São Francisco da Califórnia, pela Convenção 87, proclamou-se a liberdade sindical, com proteção especial que se encontrava em nove de seus artigos.

[18] Camerlynck e Lyon-Caen, ob. cit., pp. 412-3.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 110 29/06/2018 15:35:48

Cabe referir, afinal, a maior conquista relativamente à liberdade sindical: a Declaração dos Direitos do Homem, aprovada na Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada em Paris, no ano de 1948.

Do direito de sindicalização decorre, necessariamente, a questão concernente à sindicalização livre e à sindicalização obrigatória.

A autonomia da vontade individual, segundo a qual tem a pessoa humana a liberdade de utilizar ou não os direitos que lhe são reconhecidos pela ordem jurídica constituída, é a determinante nessa questão de filiação sindical.

O direito à livre associação ou sindicalização apresenta três aspectos: a liberdade positiva de filiação concretizada na inscrição no sindicato correspondente à categoria profissional; a liberdade negativa de filiação, consistente na faculdade de não ingressar em nenhum sindicato; a liberdade de desligamento do sindicato a qualquer momento, sem nenhuma conseqüência no exercício da profissão.

Quanto à obrigatoriedade de sindicalização pode sedar em razão da intervenção direta do Estado, ou por meios indiretos usados pelos próprios sindicatos, através de cláusulas de exclusão em convenções coletivas.

7.2 - Autonomia sindical.

Entende-se por autonomia sindical a independência do órgão classista em dirigir-se, autogovernar-se, dentro dos limites de suas finalidades específicas. A ação do Estado que, reconhece-se, deve existir mas apenas no sentido de disciplinação quando isso for necessário, não deve se fazer presente na vida internado sindicato. Este, observada a regulamentação constante do direito positivo, terá de decidir por sua organização e funcionamento com liberdade.

Entre os direitos que se compreendem nessa autonomia, estão o de criação de novas entidades classistas e o de formação de associações de nível superior, como Federações e Confederações.

Nesse princípio de autonomia há que se incluir também, o direito de cada organização manter-se livre da intervenção abusiva das entidades classistas de grau superior, quando complexo for o regime de sindicalização, eis que, entre os diversos níveis de hierarquia sindical, deve existir um sistema de coordenação de interesses em prol da categoria representada, nunca o dirigismo prepotente e inadmissível.

Convém ressaltar, ainda neste tópico, que a liberdade decorrente da autonomia, entretanto, tem de respeitar os direitos individuais do trabalhador e a legislação geral do país. Os sindicatos, como qualquer outra instituição, não podem ultrapassar os traços que delimitam a ação de cada órgão ou pessoa, uma vez que liberdade absoluta não existe. Acima da independência, autonomia, liberdade de cada qual, estão o bem comum, a ordem social geral, a harmonia e paz da coletividade.

7.3 - Unidade e pluralidade sindical.

Tantas e tão acesas ainda as discussões sobre essa questão de unidade e pluralidade sindical. Os que são a favor da pluralidade defendem o ponto de

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 111 29/06/2018 15:35:48

vista de que é esse o único sistema realmente compatível com a ampla liberdade sindical. Tem-se como conseqüência principal desta liberdade, a existência de múltiplas associações profissionais à escolha, podendo o interessado decidir-se por uma ou por outra, ou até mesmo, desde que insatisfeito com as existentes, formar mais uma, atendidas as exigências legais para a criação.

As razões que levam à preferência por essa posição podem ser resumidas, segundo expõe CABANELLAS recorrendo a HUTARDO, no seguinte: a) no respeito mais completo ao direito de associação, que reconhece ao trabalhador, como a todo o ser humano, o direito de fazer parte da associação que não se oponha ao bem comum; b) no enquadramento com os princípios de uma democracia em que a tônica é o respeito pelas liberdades fundamentais do homem; c) na idéia de que ninguém pode ser obrigado a ingressar em uma associação com princípios ou atuação que lhe pareçam inconvenientes; d) no maior resguardo aos interesses econômico-sociais da classe trabalhadora.[19]

Entre os estrangeiros, são favoráveis à tese da pluralidade, MANUEL OSSORIO Y FLORIT, POZZO, VON POTOBSKY, LYON-CAEN, Entre os brasileiros, destacam-se, RUSSOMANO (que a defende do ponto de vista doutrinário, reconhecendo, todavia, a inconveniência da mudança do sistema de unidade no Brasil, ainda), GABRIEL SAAD, que é pela pluralidade apenas relativa, e DÉLIO MARANHÃO.

Erigida sobre argumentação fascinante - liberdade individual inerente aos regimes verdadeiramente democráticos, liberdade sindical em toda plenitude - essa corrente resvala em alguns problemas no que se relaciona com a representação da categoria na defesa dos interesses classistas. Aliás, vários métodos foram indicados para a resolução dessa questão: a escolha através de eleição; pelo maior número de associados; em razão da maior representatividade do sindicato.

Outros problemas são apontados pelos que se colocam em posição contrária: a disputa dentro da mesma classe, enfraquece-a, quebrando-lhe a unidade; essa luta entre os sindicatos atinge seus dirigentes e associados, fazendo desaparecer aquele sentido de grupo coeso que constitui uma característica histórica adquirida em um processo evolutivo espontâneo e demorado; a criação de sindicatos por motivos irrelevantes, levando a uma pluralidade desnecessária e absurda.

Apesar de todos esses aspectos, há autores como RUSSOMANO que, reconhecendo embora que não são pequenos os riscos da pluralidade sindical, mantêm-se entusiastas dessa interessante doutrina, pugnando por uma fórmula que consideram ideal: "o sindicato único deve nascer da pluralidade sindical, ou seja, deve perdurar a unidade da categoria profissional ou econômica à margem da possibilidade, espontaneamente abandonada, de formação de sindicatos dissidentes."[20]

---

[19] Cabanellas, ob. cit., p. 110.

[20] Russomano, "Direito Sindical - Princípios Gerais", p. 87.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 112 29/06/2018 15:35:48

Os adeptos da unidade sindical - em grande número no Brasil (EVARISTO DE MORAES FILHO, ARNALDO SUSSEKIND, SEGADAS VIANNA) - partem de princípios absolutamente corretos na defesa de sua tese. Em nosso país, o exemplo de pluralidade, que existiu em 1934, foi de desastrosas conseqüências ao sindicalismo, que então dava os seus primeiros passos. A volta à unidade de sindicato para a categoria dentro de u'a mesma base territorial, constituiu medida necessária e inteiramente acertada.

Tendo-se o grupo de indivíduos de uma profissão como participantes de interesses comuns, com anseios e sentimentos também semelhantes, é de se entender existente a unidade de pensamento - do pensamento da classe, como refere com toda propriedade SEGADAS VIANNA em "Instituições de Direito do Trabalho" - e dessa unidade de pensamento resulta a unidade de representação, como conseqüência natural.

Outra excelente argumentação dos que se filiam à tese, é a que ressalta ser o interesse profissional único e ser também de caráter coletivo, inconfundível como de cada um dos membros da profissão.

Cabe ainda mencionar, dada a excelência do raciocínio desenvolvido na fundamentação utilizada, tópicos sobre a palpitante matéria, de autoria do grande Professor e Sociólogo OLIVEIRA VIANNA em "Organização Sindical", transcritos por SEGADAS VIANNA in "O Sindicato no Brasil": "O mono-sindicalismo é uma restrição do direito de associação. Estamos aqui diante do famoso problema da liberdade sindical. Eu me coloco, para resolvê-lo, num ponto de vista prático, experimental. Para mim o problema se formula assim:

- É mais CONVENIENTE aos interesses de uma determinada classe que ela se organize num sindicato único ou em vários sindicatos?

Minha resposta é esta: é mais útil, mais conveniente, a uma dada classe que ela se organize num único sindicato."

Mais adiante prossegue: "De mim comigo, devo confessar, como sociólogo, não compreender a fragmentação das classes justamente quando se trata de organizá-las jurídica e politicamente: considero-as um grupo humano característico. No ponto de vista social (ou sociológico), todas as vezes que as observo, o que sempre vejo são grupos sociais definidos, revelando uma gênese própria, uma evolução própria, uma psicologia própria: idéias, sentimentos, "atitudes" próprias. Pequenos corpos que dentro do grande corpo da sociedade, nascem, crescem, desenvolvem-se, evoluem, decaem e, às vezes morrem; tendo mesmo os seus elementos componentes certas características antropológicas diferenciais.

Ora, esta unidade de classe no ponto de vista sociológico (digamos: no ponto de vista NATURAL), nos leva à conclusão da necessidade da sua unidade no ponto de vista da representação."

E conclui o ilustre sociólogo: "Em tese, portanto, nada justifica a multiplicidade sindical. Praticamente, ainda muito menos. Esta multiplicidade oferece inconvenientes de ordem geral, revelados em várias organizações sindicais

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 113 29/06/2018 15:35:48

modernas, como também inconvenientes de ordem nacional, isto é, particulares ao nosso povo, também já revelados na nossa curta experiência sindical."[21]

Todos os argumentos utilizados para rebater a unidade sindical - limitação à liberdade; falta de espontaneidade do movimento por ser produto artificial da lei; possibilidade de intervencionismo do Estado - não são capazes de destruir o aspecto positivo do sistema.

Com relação à liberdade, os países mais desenvolvidos que adotam o critério da pluralidade, quando pretendem discutir condições do contrato coletivo, reconhecem a necessidade da formação de um órgão que reúna e represente toda a categoria. E isso não lhes parece limitação à liberdade que tanto enfatizam.

Vale ressaltar, por outro lado, que essa mesma liberdade fica grandemente prejudicada com a pressão que muitos sindicatos exercem sobre os mais fracos, e também sobre os próprios trabalhadores, utilizando medidas de violência a fim de se imporem, suprimindo os demais, o que, na realidade, redundará na unidade sindical. E por que caminhos!

O fortalecimento do movimento sindical através do critério da unidade, é fato comprovado. Onde ele existe, dentro de um regime de regulamentação justa e moderada, o sindicato é instituição de força ativa dirigida à representação dos interesses coletivos da categoria, colaborando com o Estado na obtenção da paz social, pela harmonização entre os dois pólos da economia nacional: o capital, representado pela classe empresarial; e o trabalho, pela classe laboriosa dos trabalhadores.

7.4 - Critérios de sindicalização.

Vários são os critérios existentes para a sindicalização nos centros urbanos: em relação aos empresários, o que determina a organização do sindicato, é a atividade econômica; quanto aos trabalhadores, há dois tipos de sindicalização, entre os quais; deve ser feita a opção pelo sindicalismo de cada país - a por ofício ou profissão, em sentido horizontal, ou seja, no mesmo plano; a por indústria ou empresa, que se realiza em sentido vertical, congregando todos os trabalhadores do mesmo empreendimento empresarial, qualquer que seja a função desempenhada.

Ainda são indicados outros critérios, esses, no entanto, dizendo respeito ao poder de atuação e representatividade das entidades classistas: o da base territorial, e o critério de graus ou níveis. Pelo primeiro, toma-se em consideração a extensão territorial sobre a qual têm atuação os sindicatos. Em razão desse critério os sindicatos podem ser, municipais, estaduais, regionais, nacionais. Com relação ao segundo, de acordo com o grau, em uma escala ascendente de hierarquia, as entidades classistas compreendem: os sindicatos, os quais, agrupados, formam as Federações e estas, por sua vez, reunidas, dão origem às Confederações. Tendo em vista essa hierarquia, as organizações classistas atuam em maior ou menor âmbito territorial.

---

[21] Apud Segadas Vianna, "O Sindicato do Brasil", pp. 34-5.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 114 29/06/2018 15:35:48

Cabe referir aqui, finalmente, a proibição existente em vários países, entre os quais o nosso (CLT, art. 566), de sindicalização dos funcionários públicos, muito embora a O. I. T. adote posição francamente favorável à inscrição desses profissionais em órgão sindical.

8 - O SINDICALISMO NO BRASIL.

Para melhor ordem da exposição, convém iniciar-se a abordagem da matéria pela evolução histórica do movimento sindical em nosso país, para em seguida fazer-se a verificação no que diz respeito ao direito positivo.

Nessa primeira parte, pois, há que se buscar nos autores que se preocupam com o assunto, os fatos que originaram esse movimento tido como dos mais importantes da época contemporânea.

8.1 - Atividades associativas do período pré-republicano.

Fatores históricos muito influenciaram para que demorassem a surgir, no país, organizações de caráter profissional. A nação, durante séculos, viveu em um regime de trabalho escravo pouco propício ao surgimento de movimentos dessa espécie. Além do mais, dominava a economia agrícola, com a população distribuída em vastíssimas áreas isoladas, em que o espírito associativo praticamente não existia.

Assinalando esse aspecto em "Populações Meridicionais do Brasil", o Sociólogo e Professor OLIVEIRA VIANNA, citado por SEGADAS VIANNA mais de uma vez em obras a respeito do assunto, afirma, referindo-se aos trabalhadores rurais: "Falta-lhes para isto o espírito corporativo, que não chega a formar-se. São meros conglomerados, sem entrelaçamento de interesse e sem solidariedade moral. Em síntese: nem classe comercial; nem classe industrial; nem corporações urbanas."[22]

Na verdade, uma ou outra organização corporativa, que teve vida em centros mais populosos, não apresentava a feição que caracterizava a corporação européia.

As organizações que possuíam regulamento, como a dos carregadores do porto, eram formadas por grupos de negros explorados pelos portugueses, podendo-se apontar, aliás, que foi mesmo entre os escravos, que se constituíram as confrarias religiosas, que tinham também por finalidade, obter recursos para a compra de cartas de alforria.

Conta SEGADAS VIANNA, em sua excelente obra "O Sindicato no Brasil", que os ofícios e suas bandeiras, que existiam em função de festas religiosas, de Portugal passaram para o Rio de Janeiro. A Irmandade de São Jorge, cujo Compromisso foi impresso no "Arquivo Municipal", era uma confraria dessa época. Funcionavam em anexo a ela, ofícios de serralheiros, ferreiros, cutileiros,

[22] Apud Segadas Vianna, "O Sindicato no Brasil", p. 16, "Direito Coletivo do Trabalho", p. 31.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 115 29/06/2018 15:35:48

funileiros e outros. Havia mestres e aprendizes mas em realidade, esses ofícios corporativos eram mais de caráter religioso e foram abolidos em 1834, pelo parágrafo 25, do artigo 179, da Constituição.[23]

Apontam alguns autores, na história do sindicalismo brasileiro, um fato interessante: depois daquela primeira fase de desagregação a que alude OLIVEIRA VIANNA, sendo os trabalhadores rurais em número maior que os da cidade, por ser o país basicamente agrícola, começou a aparecer uma certa organização coletiva entre eles. E o sindicalismo no Brasil, sem aquela característica que o marcou nos países da Europa, surgiu inicialmente no meio rural, não como uma conquista do operariado, mas para dar atendimento ao sentimento classista, sobretudo patronal.

8.2 - As organizações profissionais após a República.

Logo após a República fermentou um movimento associativo tão intenso, que se pode situar nesse período, o início do sindicalismo brasileiro.

Foi fundada no início do século, a Corporação Operária de Camaragipe; em 1902, do Congresso Católico de Pernambuco, surgiu a "Federação Operária Cristã", cujo presidente era o engenheiro Carlos Alberto de Menezes; outra organização foi criada em seguida - o "Sindicato Agrícola do Município de Goiânia."

Além dessas organizações, que ainda não tinham objetivo de defesa dos interesses da classe, restringindo-se a atos de beneficência, começaram a aparecer "Uniões" e "Resistências" - de trabalhadores no comércio, cocheiros e outros - essas associações sim, geradoras dos sindicatos atuais.

Foi somente com a Revolução de 1930, no entanto, que uma nova orientação foi adotada em relação à proteção do trabalho. Com a edição do Decreto nº 19.770, em 1931, o Governo demonstrou a preocupação com os problemas relativos ao trabalho, efetivando então a posição assumida em acordos e convenções internacionais, de reconhecimento das novas diretrizes da política social. Marcou esse ato legislativo, pois, o início de nossa organização sindical.

8.3 - O Sindicato e as Constituições.

Em nosso país, a exemplo do que vem acontecendo em outras nações latino-americanas, a orientação adotada em matéria sindical tem sido no sentido de inscrever-se na própria Constituição Federal, normas concernentes ao assunto.

A Constituição Imperial de 1824, seguindo a tendência das idéias políticas e econômicas vigorantes no Velho Mundo, estabeleceu a abolição das corporações de ofício, tão pouco significativas, afirme-se de passagem, em nosso meio. Era a cultura européia influenciando os juristas nacionais, assim como o fazia em relação a quase tudo na época - moda, costumes, literatura, profundamente imbuídos da influência do Velho Continente, sobretudo da França.

A Constituição de 1891, embora ainda não faça referência, de modo expresso, às organizações sindicais, dispôs sobre a liberdade de associação, em seu artigo 72, parágrafo 8º. E essa liberdade que, afinal garante a congregação de

[23] Segadas Vianna, ob. cit., p. 20.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 116 29/06/2018 15:35:48

pessoas para fins comuns, constitui pré-requisito da liberdade de sindicalização. Aberta, portanto, a possibilidade de criação de entidades sindicais, o que, aliás, foi expressamente declarado pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questão em que se discutia a interpretação dessa disposição constitucional.

Em 1934, não só foi prevista taxativamente a matéria, como instituído o regime de pluralidade sindical, como se vê das disposições constantes do parágrafo único, do artigo 120, da Constituição da época: "Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei. A lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia sindical".

A atitude do constituinte, baseada ainda em princípios europeus, trouxe uma situação de extrema euforia entre os adeptos de uma sindicalização mais aberta e inteiramente livre, euforia entretanto efêmera, eis que pouco durou esse regime liberal, sendo de ressaltar que nem chegou a ser providenciada a regulamentação legal ordinária sobre a matéria.

Veio a seguir uma radical mudança na situação política do país e, como afirma CHIARELLI, "toda a legislação brasileira sofreu nessa época os resquícios dos exemplos ítalo-germânico, sendo que o texto básico das normas laborais não oculta inspiração na "Carta del Lavoro", A Constituição de 1937, chamada vulgarmente de "polaca", tinha acentuada conotação corporativa, criando como viga mestra do sistema o Conselho Nacional de Economia, onde se nuclearia o centro decisório de comando da política econômico-social-trabalhista do país."[24]

A volta do regime democrático tornou possível u'a maior abertura no campo sindical, embora com a limitação decorrente da legislação ordinária. Foi estabelecida, então, pela Constituição de 1946, no artigo 159, a liberdade sindical limitada, nos seguintes termos: "É livre a associação profissional ou sindical, sendo regulados por lei a forma de sua constituição, sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público". A lei ordinária que regulamenta a matéria, é a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), ainda em plena vigência.

A Revolução político-militar de 1964 não alterou essa situação sindical. A Constituição atual manteve a orientação anterior, apenas explicitou algumas das funções sindicais e tornou obrigatório o voto dos sindicalizados nas eleições processadas nas entidades classistas.

8.4 - Instituição e reconhecimento do sindicato.

É oportuno assinalar que o movimento sindical brasileiro, diante do direito positivo, com relação à situação atual, é normatizado por inteiro, isto é, está esquematizado quanto à existência, funcionamento, prerrogativas e deveres, proteção e atuação, pelas normas constantes do Título V, da Consolidação das Leis do Trabalho, sob o título geral "Da Organização Sindical".

---

[24] Autor citado, "Teoria e Prática do Sindicalismo Brasileiro", p. 52.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 117 29/06/2018 15:35:48

Vê-se logo no início dessa regulamentação, que é pré-requisito ao reconhecimento do sindicato, a existência da associação "para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas." (CLT, art. 511).

As associações representam, assim, o estágio inicial do sindicato, cujo reconhecimento pela autoridade competente (Ministro do Trabalho), só se fará desde que referidas organizações preencham determinadas condições: reunião de 1/3, no mínimo, de empresas legalmente constituídas, quando se tratar de associações de empregadores, ou de 1/3 dos que integrem a mesma categoria ou exerçam a mesma profissão, no caso de associações de empregados, de autônomos ou exercentes de profissão liberal; duração de três anos para o mandato da diretoria; exercício do cargo de presidente por brasileiro nato e dos demais cargos da administração e representação, por brasileiros.

Atendidas essas exigências, a associação, por deliberação de sua assembléia, aprovada a transformação em sindicato, delegará poderes à diretoria para providenciar o processamento regular. E o pedido de reconhecimento será então encaminhado ao Sr. Ministro do Trabalho, com um exemplar, ou cópia autenticada, dos estatutos da organização, que deverão conter o que está devidamente discriminado nas alíneas do parágrafo 1º do artigo 518, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Justifica-se plenamente a exigência de apresentação dos estatutos, uma vez que toda organização que reúna interesses comuns de um grupo de pessoas, tem que possuir normas gerais de regulamentação de acordo com a lei e a ordem pública, que devem ser previamente conhecidas de todos os associados.

Desde que transformada a associação em sindicato, com a expedição da respectiva carta, passa este a representar toda a categoria na base territorial que lhe é delimitada, e, mesmo que surja associação profissional que venha a ter maior estabilidade e patrimônio, não perde o órgão classista reconhecido, essa representação, o que só acontece nos estritos termos da lei. Isso se deve à consagração do regime de unidade sindical, pela nossa legislação.

8.5 - Prerrogativas e deveres das entidades sindicais.

As prerrogativas conferidas ao sindicato encontram-se previstas no artigo 513, do texto consolidacional. E os deveres, no artigo seguinte do mesmo diploma legal.

Com muito acerto CARLOS ALBERTO GOMES CHIARELLI distingue esses direitos em: institucionais e sociais. Entre os primeiros se incluiriam a contribuição sindical obrigatória, com desconto em folha de pagamento referente ao sindicalizado, e a obrigatoriedade de voto nas eleições sindicais. Entre os segundos: a representatividade sindical abrangendo toda a categoria; capacidade negocial coletiva do sindicato; indicação de representantes classistas nos órgãos

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 118 29/06/2018 15:35:48

colegiados; possibilidade de suscitar dissídios coletivos na Justiça do Trabalho; colaboração com a administração pública, e greve.[25]

O autor vê na imposição legal da contribuição sindical, tanto em relação à categoria profissional, como à econômica, aspectos negativos: a auto-suficiência financeira da entidade desestimularia sua atuação no sentido de procurar manter um quadro numeroso de associados e seria a contribuição obrigatória uma das justificativas para o intervencionismo estatal.

Na verdade, em decorrência da contribuição compulsória, a interferência do poder público tem de se fazer sentir para efeito de controle dessa receita. Isso, entretanto, uma vez limitado à fiscalização da parte financeira, sem ingerência no funcionamento e direção do órgão, como vem acontecendo no Brasil, não chega a tolher o seu desenvolvimento e atuação, servindo apenas à finalidade que se propõe - de que o emprego das contribuições se faça corretamente.

A obrigatoriedade de voto nas eleições, sem que fosse estabelecida uma sanção para o descumprimento, resultou ineficiente para atingir o objetivo do legislador: pressionar o sindicalizado a se fazer presente às deliberações de seu sindicato.

Quanto aos direitos sociais, é a representatividade do sindicato, o mais importante. A entidade representa não só os interesses gerais da categoria, como o interesse individual de cada integrante dessa categoria, relativamente aos problemas da profissão, conforme dispõe a lei. Quando a representação é de toda a categoria atinge mesmo aqueles não participantes do sindicato, em cujo nome fala a entidade.

Como representante único da categoria dentro de uma determinada base territorial, tem o sindicado poderes legais para a celebração de convenções coletivas, que constitui uma das razões principais do fortalecimento da entidade sindical.

O direito de eleger ou designar representantes da respectiva categoria ou profissão liberal, ainda que a escolha final seja do poder público, dentre os nomes da lista encaminhada, não deixa de ser uma outra prerrogativa importante e que redunda em estreitamento de ligações com a administração pública e com o Poder Judiciário.

No destaque de CHIARELLI estão ainda catalogados como direitos, além do de colaboração do sindicato com o Estado no estudo e solução dos problemas da categoria, o de o órgão classista suscitar dissídios coletivos perante a Justiça do Trabalho, com a finalidade de buscar melhorias de condições salariais não conseguidas por via extrajudicial, bem como também, o de greve, que, pela Lei nº 4.330/64, é consagrado como um direito precipuamente sindical.

No que concerne aos deveres do sindicato, alguns deles ultrapassam o âmbito próprio do interesse grupal, alcançando já o interesse geral, a coletividade. Por exemplo, o dever de colaboração com os poderes públicos no desenvolvimento

---

[25] Autor citado, ob. cit., pp. 65-9.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 119 29/06/2018 15:35:48

da solidariedade social, que se entende como a harmonização do meio social mediante o equilíbrio entre todos os setores da comunidade, vai mais além do que reivindicar ou defender interesses restritos a uma categoria.

Há como deveres impostos por lei, ainda, o de os sindicatos promoverem a conciliação nos dissídios trabalhistas, e o de manterem serviços de assistência judiciária para os associados. Aliás, com o advento da Lei nº 5.584/70, essa assistência veio a ser ampliada. É ela prestada a todo trabalhador, sindicalizado ou não, pertencente à categoria, que perceba salário igual ou inferior ao dobro do valor de referência (substitutivo do salário-mínimo para esses casos e demais hipóteses legais que tomem por base esse quantitativo mínimo remuneratório).

Outro dos deveres sindicais, restrito porém às entidades profissionais representantes dos empregados, é o de promover a fundação de cooperativas de consumo e de crédito. É o apoio legal ao desenvolvimento do cooperativismo.

8.6 - Características básicas do sindicalismo brasileiro.

As principais características do movimento sindical no Brasil, pelo que se expôs, são: a) o sistema de formação que, no início era espontâneo, passando a ser esquematizado em lei, do alto para baixo, a partir de determinada época (a Consolidação das Leis do Trabalho regulamenta toda a organização sindical brasileira em um de seus Títulos mais importantes); b) a unidade sindical, princípio segundo o qual a representatividade da categoria, dentro de determinada base territorial, é única, reconhecida pela autoridade administrativa competente, através da outorga da carta sindical; c) a estrutura sindical feita em escalonamento ascendente, em cuja base se encontra o sindicato - entidade de primeiro grau, normalmente de âmbito municipal, reunindo os integrantes das categorias econômicas ou profissionais -, logo depois a federação (aglomerado de sindicatos de um mesmo grupo de atividades ou profissões idênticas ou assemelhadas, de um Estado), e no topo, com âmbito nacional, a confederação - reunião das federações dos grupos do mesmo ramo geral -, sendo as duas últimas entidades consideradas como de segundo grau; d) a interferência do poder público no controle da parte financeira, no que diz respeito à filiação a organizações internacionais, e nos casos de perturbação grave no funcionamento do órgão sindical - nesta última hipótese com o propósito de normalização; e) o regime de garantia legal dos dirigentes sindicais, através da instituição da chamada estabilidade provisória do empregado em virtude do exercício da função sindical.

Embora que não tenha atingido ainda o sindicato em nosso país, o estágio de força e poderio na condução dos problemas relativos ao trabalho, como ocorre em nações mais desenvolvidas como os EE.UU. da América do Norte, pode-se ter certeza de que a sua destinação histórica será inteiramente cumprida em futuro próximo. O desenvolvimento econômico acentuado, a crescente industrialização do país, a conscientização dos trabalhadores e empresários relativamente ao papel que lhes cabe no contexto social, e o cuidado dos governantes em incentivar o espírito sindicalista através de medidas legais, levará a isso, irretorquivelmente.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 120 29/06/2018 15:35:48

9 - A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.

Tida por alguns juslaboralistas como o mais importante instituto do Direito do Trabalho, a convenção coletiva é o veículo que representa a afirmação do próprio sindicato, como organismo capaz de contribuir para a resolução dos problemas alusivos às condições de trabalho.

Sendo o Direito do Trabalho essencialmente dinâmico, veio a convenção coletiva, com seu aspecto novo e inteiramente inusitado - tanto que sua natureza jurídica ainda hoje é objeto de polêmica doutrinária - como responder à necessidade, de uma forma que possibilitasse a pronta solução das dissidências entre as classes empresarial e trabalhadora. Ágil, eficaz, com alcance muito maior que o da contratação entre indivíduos, ao mesmo tempo gerando normas mais adequadas à evolução constante da situação social-trabalhista decorrente do desenvolvimento econômico, esse novo instituto, sem dúvida nenhuma, é de extrema importância no campo jurídico- trabalhista.

Questões referentes a sua denominação, origem histórica, natureza jurídica e outras de igual relevância, serão focalizadas nesta parte do trabalho.

9.1 - Denominação.

Reputando embora pouco significativa a discussão em torno da terminologia do instituto, especialmente em face de nossa legislação, cabe referir o que é entendido pelos autores como denominação mais própria.

Entre nossos doutrinadores, apesar de inexistir no direito positivo diferenciação formal entre contrato coletivo e convenção coletiva, há manifestações preferenciais por um ou por outro termo, sob fundamentada justificação.

Sussekind, Délio Maranhão, Wilson Batalha, Amauri Nascimento, dentre outros, inclinaram-se pela adoção de convenção, alertando o segundo para o perigo da confusão que pode surgir entre as expressões contrato coletivo e contrato de equipe.

Augusta Barbosa de Carvalho Ribeiro e alguns mais, dão preferência à outra denominação, tendo em vista a natureza jurídica do instituto, que acham ser a de um contrato amplo entre as partes, que o ajustam livremente.

Dos autores estrangeiros, são adeptos do termo "contrato coletivo": Barthelémy, Mazzoni, Alfred Rocco. Da denominação "convenção coletiva": Pozzo, Despax, Krotoschin.

Outras denominações são usadas, ainda: convênios coletivos, regulamento coletivo, acordo intersindical, convenção sindical normativa.

Com o advento do Decreto-Lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967, a denominação convenção coletiva foi a escolhida, sendo sua definição legal, agora, a seguinte:

> "Convenção coletiva de trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho".

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 121 29/06/2018 15:35:48

9.2 - Origem histórica.

Há quem situe na época das corporações de ofício, o aparecimento das primeiras cláusulas reguladoras do trabalho, que seriam precursoras das atuais convenções. Outros referem os movimentos grevistas como causadores da intervenção do Estado para a realização de acordos de natureza coletiva entre patrões e empregados.

Contudo, em realidade, foi a industrialização, com a produção em massa, a requisição de volumosa mão-de-obra, o surgimento e fortalecimento do sindicalismo, que provocou as negociações coletivas de trabalho.

A princípio com a oposição estatal, essas negociações que resultavam em convenções de abrangência ampla, de tal modo se tornaram necessárias e eficazes no restabelecimento do equilíbrio entre as classes em conflito, que tiveram então, a consagração consuetudinária. Os fatos demonstraram quão útil e oportuna era a adoção das convenções, sendo de salientar que o, seu uso teve a aceitação dos empresários em razão da existência de um movimento sindical operário bastante forte.

Muitas são as vantagens mostradas como derivadas da estipulação coletiva, das quais destacam-se: constitui um verdadeiro tratado de paz nas relações entre o capital e o trabalho, por buscar coincidência das partes, ao invés da violenta imposição de uma à outra; restabelece o equilíbrio contratual, pois já não estarão se defrontando um patrão determinando condições de trabalho e um trabalhador cedendo para assegurar seu sustento, mas organizações de forças análogas; melhora e assegura a condição dos trabalhadores, já que a multiplicidade de contratantes elimina a possibilidade de cláusulas miseráveis, como as convencionadas em acordos particulares; unificam-se as condições de trabalho e nivelam-se as classes convenentes; estrutura-se e organiza-se a profissão, com base em dados concretos, reais, muitas vezes não observados pela fria regulamentação legal; reforça-se a consciência da importâncias sindical, entre os trabalhadores; faz diminuir os conflitos de trabalho.[26]

Assinala RUSSOMANO, ao referir-se à evolução histórica das convenções, em sua excelente obra, já várias vezes aqui citada, "Direito Sindical - Princípios Gerais", dois pontos característicos: a estreita vinculação existente entre o desenvolvimento econômico nacional (este, no sentido estrito, pressupondo a industrialização) e o sistema de convenções coletivas, bem como constituir essa nova instituição traço marcante na economia das nações democráticas.

Com relação ao primeiro, ressalta que o desenvolvimento industrial favorece o movimento sindical. É o sindicalismo autêntico, forte, atuante, consciente de seu vigor e de suas possibilidades, é a pedra angular da negociação coletiva. A conseqüência de um sindicalismo assim é o progressivo abandono das reivindicações junto ao Estado, com a formação de amplo sistema de convenções coletivas, com a negociação se fazendo entre as partes.

---

[26] Cabanellas, ob. cit., p. 449.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 122 29/06/2018 15:35:48

Quanto ao segundo ponto, afirma que, se bem que não exista vinculação ostensiva entre o regime político e o sistema de negociação coletiva, essa vinculação existe, uma vez que somente através de um sindicalismo livre - próprio dos regimes democráticos - pode-se admitir o êxito do sistema de convenções.[27]

9.3 - Fundamento jurídico-doutrinário das convenções coletivas.

Figura nova e original no campo do direito, a convenção coletiva exigiu dos doutrinadores uma explicação jurídica não muito fácil. Apresentando-se com uma fisionomia diferente e própria, variável de acordo com o país e com o momento, dependendo do desenvolvimento da organização sindical de cada lugar, do regime político também, esse instituto fugia aos molde dos conceitos tradicionais.

Entretanto, importantíssimo era determinar sua natureza jurídica, pois que, como assevera GALLART FOLCH, "o problema do fundamento jurídico-doutrinário da convenção coletiva de trabalho está tão intimamente relacionado com o das bases do sistema jurídico geral, que não é possível tratar do primeiro sem referir-se com alguma extensão ao segundo".[28]

A princípio foram as convenções consideradas como contratos do direito comum. E era natural que assim fosse, já que surgiram em uma época em que as relações de trabalho eram tidas como de direito privado. Se hoje as teorias civilistas podem parecer ultrapassadas ou pueris, dada a expansão impressionante do novo fenômeno jurídico, não o eram à ocasião em que foram formuladas.

As convenções não tinham ainda sido consagradas em lei e a maior aspiração das partes convenentes era que se considerassem obrigatórias as cláusulas pactuadas.

Assim é que, por ordem cronológica, a corrente que primeiro se ocupou da análise jurídica das convenções, foi a das teorias civilistas, com base no individualismo e na autonomia da vontade.

9.3.1 - Teorias civilistas.

São várias as explicações teóricas dessa corrente civilista, podendo-se classificá-las, tendo em vista a tese básica que adotaram, em: teoria do mandato; teoria da gestão de negócio; teoria da estipulação em favor de terceiro; teoria do contrato inominado; teoria da personalidade moral fictícia.

Pela teoria do mandato procuram os juristas explicar a obrigatoriedade das cláusulas pactuadas, a um determinado grupo que não participou da negociação, pela representação jurídica de que estaria investido o sindicato, ao celebrar a convenção, referentemente aos seus associados. O mandato teria sido por estes outorgado à associação classista, através dos estatutos, por ocasião do ingresso no sindicato.

---

[27] Russomano, ob. cit., p. 137.

[28] Gallart Folch, "Las Convenciones Colectivas de Trabajo", p. 60.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 123 29/06/2018 15:35:48

Esta teoria serviu de base à interpretação jurisprudencial francesa favorável às convenções coletivas, mas logo foi rebatida por aqueles que viram ser ela insuficiente para justificar as relações jurídicas derivadas dessas convenções. Como explicar a concessão de poderes por aqueles que constituem a minoria, ou que nem fazem parte do sindicato mas são alcançados pelas cláusulas convencionadas, por pertencerem à categoria representada?

A teoria da gestão de negócio explica que o sindicato, na negociação coletiva, agiria como gestor de negócio de terceiros, que seriam os associados.

Os elementos básicos dessa figura jurídica, entretanto, não existem nas convenções, eis que nestas, os órgãos de classe agem autorizados pela assembléia de associados, enquanto o gestor atua sem autorização; o sindicato, que estaria na posição de gestor, participa e tem interesse na negociação, o que não acontece em relação ao verdadeiro gestor do direito civil. Ainda outras diferenciações poderiam ser apontadas, que levariam à inaceitabilidade da teoria.

A estipulação em favor de terceiro, teoria defendida por BARTHELÉMY RAYNAUD, tem sua base nessa espécie de contrato. Contudo, apesar de explicar melhor a natureza jurídica das convenções, do que as duas outras, esta teoria também não satisfaz, porquanto, conforme objeta ALARCON, citado por GALLART FOLCH na obra já antes referida, "é de se negar que o trabalhador associado possa ser considerado, civilmente, como terceiro, em uma relação jurídica em que é parte o sindicato ao qual está filiado".[29]

Outra teoria, formulada pelo jurista francês DESLANDRES, tenta encontrar uma solução para as insuficiências das demais, utilizando o mandato e a estipulação em favor de terceiro em combinação, como uma nova forma contratual complexa e inominada.

Há ainda a teoria de NAST, da personalidade moral fictícia, que se fundamenta na afirmação de que a convenção coletiva não tem uma natureza especial, uma vez que trata de uma negociação concluída por uma coletividade em benefício de seus membros, sendo que a personalidade moral dessa coletividade é puramente fictícia, eis que o sindicato se identifica com cada um de seus componentes, que são os verdadeiros contratantes.

9.3.2 - Teorias de transição.

Já reconhecendo a pouca consistência das teorias baseadas na autonomia da vontade, orientaram-se os juristas, para explicar o mecanismo das convenções, em teorias que se denominaram de transição, cujas idéias ainda foram buscadas no direito privado.

São essas teorias: do pacto social, formulada por VISSCHER e ampliada por CREPIN, que adota a explicação de que as minorias contrárias às decisões da assembléia sindical, inclinam-se diante da vontade coletiva, que enceta a negociação, assim, em nome de todos; teoria da solidariedade necessária, de ROUAST, que ao

[29] Gallart Folch, ob. cit., p. 69.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 124 29/06/2018 15:35:48

expô-la refere que é precisamente da necessidade social de se submeter o interesse individual ao coletivo, que reside a força obrigatória das convenções; teoria da representação legal, perfilhada por juristas italianos, que se funda no princípio da representação legal para explicar a obrigatoriedade das cláusulas da convenção; finalmente, a teoria do uso industrial, cuja base seria o direito consuetudinário.

9.3.3 - Teorias jurídico-sociais.

Essas teorias, surgidas após a primeira grande guerra, abandonaram definitivamente as concepções civilistas. Foram as chamadas teorias normativistas, que partem da idéia de que o Estado não é o monopolizador das normas jurídicas. Duas delas merecem destaque nesta exposição: a teoria institucional de HAURIOU e a teoria do ato-união de DUGUIT.

A primeira, entendendo a convenção como instituição (todo elemento da sociedade cuja duração não depende da vontade subjetiva de indivíduos determinados, segundo Hauriou), a cataloga como instituição-regra, enquanto que o sindicato seria instituição-organismo.

A teoria de Duguit, também chamada teoria solidarista, faz severas críticas aos conceitos subjetivos da **facultas agendi** afirmando que a obrigatoriedade do direito repousa na solidariedade, ou seja, na inter-dependência social. O fundamento desse sistema é a norma social.

9.4 - A convenção coletiva e o direito positivo brasileiro.

O primeiro ato legislativo sobre convenção foi o Decreto nº 21.761, de 23 de agosto de 1932, que a definia como "o ajuste relativo às condições de trabalho concluído entre um ou vários empregadores e seus empregados, ou entre sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores e sindicatos, ou qualquer outro agrupamento de empregados".

Segundo os autores nacionais que se preocupam com a matéria, desde então o legislador tratou a convenção como contrato e também como lei.

Como se vê, no Brasil, a convenção foi instituída pelo Governo, que viu nela uma forma eficiente de resolução dos problemas laborais. Talvez por isso e considerando ademais que o país ainda não estava em clima de industrialização assinalável, não teve a instituição o alcance que lhe havia sido destinado.

O Decreto em referência vigorou até a edição da Lei 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho - que trouxe regulamentação expressa sobre o assunto.

No que diz respeito às Constituições, cabe referir que a de 1934, seguindo a orientação da Constituição de Weimar, tornou a convenção um instituto constitucional, reconhecendo-lhe a função específica de buscar as melhorias de condições de trabalho. A Constituição de 1937, não modificou o regime de liberdade sindical. Atribuiu poderes às associações legalmente reconhecidas para celebrarem contratos coletivos (denominação que adotou em substituição a convenção), obrigatórios para todos os associados.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 125 29/06/2018 15:35:48

A Constituição de 1946 manteve o reconhecimento das convenções coletivas (voltando à anterior nomenclatura), reservando à legislação ordinária a regulamentação da matéria.

Atualmente, a Consolidação das Leis do Trabalho, com a alteração introduzida, no particular, pelo Decreto-Lei 229/67, disciplina o instituto, nos artigos 611 a 625.

Aponta AUGUSTA BARBOSA DE CARVALHO RIBEIRO, como modificações profundas decorrentes do Decreto-Lei 229/67 em relação às convenções, as seguintes: quanto à denominação - o legislador, com base na preferência constitucional pelo termo convenções, adotou-o na lei ordinária; com referência à conceituação, mantendo o caráter normativo do instituto, a nova lei fez expressa referência a condições de trabalho aplicáveis ao contrato individual, esclarecendo um ponto que dava margem inclusive à dúvida sobre competência do Judiciário, em questões que não versassem apenas sobre condições salariais; em relação ao campo de aplicação, com a abrangência de toda a categoria representada na negociação, no âmbito da respectiva representação, sem mais necessidade de processamento de extensão; concernentemente às partes contratantes que, como regra, são os sindicatos econômicos e profissionais e, por exceção, quanto aos empregados, pela ordem, as respectivas federação e confederação, a inovação consistiu em que, se os próprios empregados ou empregadores desejarem a negociação e o sindicato se omitir, eles mesmos poderão prosseguir nos trâmites normais até o final.

Ainda menciona a ilustre autora, modificações relativamente ao conteúdo, penalidades e processo de contratação, destacando as inovações mais notáveis, que foram introduzidas: a irrecusabilidade de contratar e a possibilidade de instauração de dissídio coletivo no caso de recusa.[30]

Cumpre assinalar que foi tal a importância conferida às convenções na recente regulamentação legislativa que, não fosse a limitação u'a monografia, muito mais se poderia expor sobre a matéria. Porém deve ser dito que todos os aspectos acima referidos e mais o fato de não ser mais necessária a homologação pelo Sr. Ministro do Trabalho, bastando o simples depósito no Departamento Nacional do Trabalho, constituem pontos positivos em relação a essa instituição ímpar do Direito do Trabalho.

É de referir mais, que o Decreto-Lei 229, constatando um fato preexistente, embora ainda não inserido em lei, reconheceu expressamente, ao lado da convenção, o acordo coletivo, em vista do que ficou permitido que as empresas não incluídas no enquadramento sindical, pudessem participar de negociação direta com os sindicatos profissionais de seus empregados. Tal faculdade consta do parágrafo 1º do artigo 611, da C. L. T., bem como também, do artigo 618, do mesmo diploma legal.

Para finalizar essa parte, é necessário que se diga que juristas nacionais de nomeada, como Russomano, Evaristo de Moraes Filho, Délio Maranhão,

---

[30] Autora citada, "O Contrato Coletivo de Trabalho e a Lei Brasileira", pp. 88-91.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 126 29/06/2018 15:35:48

consideram as convenções coletivas de trabalho como uma das fontes, formais e autônomas, do Direito do Trabalho. Estariam elas, naturalmente observada a hierarquia comumente estabelecida, depois da sentença normativa.

10 - CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO E SOLUÇÕES.

Aqui vai interessar, de modo particular, o estudo dos conflitos coletivos de trabalho - os que ocorrem entre grupos de trabalhadores e empresários relativos a condições laborais ou interpretação de normas jurídicas - bem como também, os meios de solucioná-los.

Segundo KROTOSCHIN, os conflitos coletivos podem versar sobre interpretação de normas estabelecidas em convenções firmadas pelos grupos em discussão, sobre direitos, e ainda, tem por escopo a criação de direitos novos que sejam de caráter contratual ou normativo.(31)

Disso deriva a classificação dos conflitos em, de direito ou jurídicos e conflitos de interesses ou econômicos.

Com muito acerto, autores como RUSSOMANO, referem que duas são as possíveis posições dos litigantes, para a solução dos conflitos: o entendimento direto entre as partes, e o recurso a terceiros, que têm interferência indireta, coordenando, indicando ou impondo a solução acertada e justa. As soluções diretas são, a negociação sindical e a greve ou o lock-out.

Das soluções indiretas, a conciliação constitui a primeira das modalidades, seguida de várias outras - mediação, arbitragem e solução jurisdicional.(32)

Com relação à primeira das soluções diretas - negociação coletiva ou sindical - foi ela objeto de todo o item anterior, pelo que, abaixo, serão abordados os outros tipos de soluções.

10.1 - A greve.

A cessação coletiva e consertada do trabalho - a greve - percorreu um caminho evolutivo incrível de se conceber, passando de um execrável delito a direito proclamado, com orgulho e ênfase, por Constituições de países que antes a ela se opunham, ferrenhamente.

Muitos a vislumbram, voltando os olhos para a Antigüidade, nos movimentos reivindicatórios dos trabalhadores egípcios entre os hebreus e também nas lutas de classes dos fenícios. Mas não se pode aceitar tal ponto de vista, apesar de ter existido comprovadamente, paralisação de trabalho em alguns desses movimentos. É que o trabalho não era inteiramente livre e, por, outro lado, o sentido realmente profissional, característico da greve, não era o que impulsionava esses trabalhadores.

Foi na Idade Moderna, como aparecimento da industrialização e dos ideais de liberdade da Revolução Francesa, que surgiu a greve, com a feição por

(31) Citação feita por Pozzo, em "Manual Teórico Practico de Derecho del Trabajo", p. 243.
(32) Russomano, ob. cit., pp. 224-8.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 127 29/06/2018 15:35:48

que se caracterizou - instrumento de luta, empregado pelos trabalhadores contra os patrões, para força-los à aceitação de novas condições contratuais.

Essa pressão, usada em nome da liberdade que então presidia o aspecto político, econômico e até moral da sociedade, tornou-se de tal forma extraordinária, que a greve passou a ser considerada, não um conflito de trabalho, mas sim, instrumento de solução compulsória do conflito, como afirma RUSSOMANO na obra que vem sendo citada neste trabalho.

10.1.1 - Posição da greve em face do direito.

Menciona SEGADAS VIANNA, em "Greve - Direito ou Violência?", a opinião de alguns importantes tratadistas estrangeiros sobre a concepção da greve em relação ao direito. Diz ele que SCHELLE é um dos contestadores da existência da greve como direito, assim como também CARNELUTTI. Esses dois autores entendem impossível o enquadramento jurídico de tal figura, uma vez que sendo ela força, é a negação do direito.

HAURIOU, igualmente referido na mesma obra, já parte do princípio de que a greve é um ato de violência que se equipara à legítima defesa, sendo uma comprovação da ausência do poder estatal.

DE LA CUEVA, também citado por SEGADAS VIANNA, afirma que o fundamento jurídico da greve seria, no passado, um direito natural do homem, de não trabalhar e que ela não nada mais era do que o exercício desse direito individual.[33]

A greve, na verdade, é difícil de ser tida como um direito subjetivo, exatamente porque é um ato de violência utilizado na solução direta do conflito coletivo de trabalho. Mas pode-se tê-la como um fato, real, eficiente e drástico, capaz de forçar a resolução de problemas concernentes às condições de trabalho.

10.2 - O lock-out.

É um instrumento de defesa da classe patronal, utilizado em razão de interesses de ordem material. É a chamada parede patronal - paralisação temporária da atividade empresarial, com a finalidade de manutenção ou revisão de condições de trabalho. Pode ser feito por uma só empresa, no que se diferencia da greve, que é sempre coletiva.

Sendo de tal modo prejudicial à própria sobrevivência do trabalhador, pela cessação de seu meio de subsistência - o trabalho, com o respectivo pagamento - o lock-out não tem o mesmo tratamento que o legislador concede à greve (erigida à condição de direito, embora devidamente regulamentada), pois não admitido como legal.

10.3 - A conciliação como solução de conflito.

A conciliação, medida pela qual, com a interveniência de um terceiro, é solucionado o conflito através da transação entre as partes, pode ser facultativa

[33] Segadas Vianna, ob. cit., pp. 35-7.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 128 29/06/2018 15:35:48

e obrigatória. No primeiro caso, a solução é procurada espontaneamente pelos conflitantes, junto ao conciliador; no segundo, é compulsória, mas em ambas as hipóteses prevalece a autonomia da vontade dos litigantes.

10.4 - A mediação e a arbitragem.

São duas as formas de solução de conflitos coletivos, em que há também interferência de um terceiro - mediador ou árbitro. Quanto à mediação, como a conciliação, mesmo quando obrigatória, está na dependência da vontade das partes, o que já não acontece com a arbitragem, eis que o árbitro decide o conflito, embora esse julgamento, no qual são utilizados princípios lógicos, imparciais e racionais, não seja de natureza jurisdicional.

10.5 - A solução jurisdicional.

Começa GERALDO BEZERRA DE MENEZES em sua excepcional obra sobre Dissídios Coletivos do Trabalho e Direito de Greve, asseverando que, "são os dissídios coletivos os mais típicos da Justiça do Trabalho, mormente quando se apresentam sob a forma de conflitos coletivos de interesses ou econômicos, em que se tem em vista a necessidade de serem estabelecidas novas condições de trabalho."[34]

Com efeito, sendo a solução jurisdicional dos conflitos coletivos, a melhor, mais prática, imparcial e pronta das formas de resolução dos problemas referentes ao trabalho, e destes problemas, avultando pela sua importância, os de caráter econômico, a intervenção de um órgão especializado do Poder Judiciário, emitindo sentenças normativas de âmbito geral em relação às categorias dissidentes, traduz todo o destaque que merecem esses dissídios.

A Justiça do Trabalho, onde existe com a atuação alcançando tanto os conflitos individuais, como os conflitos coletivos, com poderes para a solução deles, sejam de caráter jurídico ou econômico, como acontece no Brasil, traz a certeza da aplicação correta dos princípios jurídicos e sociais que dão embasamento a esse ramo novo e especial da ciência do direito.

A adoção de uma Justiça assim - mais ágil, menos formal e com poderes de criação de normas que a fazem diferente da Justiça comum - é necessidade que vê m sendo reconhecida pelos países de maior desenvolvimento.

E é preciso que se ressalte sempre, o papel importantíssimo de seu chamado poder normativo, pelo qual são estabelecidas condições que valem para toda a categoria envolvida no dissídio econômico. E que além de se frisar essa importância, se lhe reconheça uma competência tanto mais extensa quanto real a necessidade de estipulação de condições que satisfaçam as classes trabalhadoras, em sua evolução constante no trabalho e na vida em comunidade.

As dúvidas que porventura possam ainda surgir quanto à natureza jurisdicional das sentenças coletivas - na sua missão de fonte criadora de normas

[34] Autor e obra citados, p. 33.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 129 29/06/2018 15:35:48

que disciplinam as condições de trabalho, nos conflitos de interesses, ou como fonte de interpretação de disposições jurídicas preexistentes, com alcance **erga omne**, nos dissídios jurídicos - não serão de molde a abalar o seu conceito de instrumento de solução segura e rápida de conflitos entre o capital e o trabalho.

11 - CONCLUSÃO.

A importância do Direito Coletivo do Trabalho no mundo atual tem por base, sobretudo, o fortalecimento do movimento sindical. O sindicato forte, atuante, cônscio de sua alta missão no que concerne às relações patrão-empregado, constitui o meio mais eficiente para a resolução dos problemas decorrentes da prestação de trabalho.

E para que exista tal tipo de sindicato, há necessidade de que, seus dirigentes, o poder público, a massa trabalhadora, o empresariado, se conscientizem de que acima de qualquer outra coisa deve estar a liberdade sindical - que pressupõe situação financeira segura e bem conduzida pelas entidades classistas; interesse, boa vontade e dedicação de seus dirigentes; regulamentação, mas não interferência sem razão do poder público; compreensão das classes patronais quanto às melhorias reivindicatórias dos empregados - e de que através dessa liberdade, poderão ser solucionados os conflitos coletivos de trabalho, com o uso da melhor das instituições trabalhistas de que se tem notícia: a convenção coletiva.

A negociação livre entre as partes, da qual resulta o estabelecimento de normas de trabalho, com alcance às categorias convenentes, é, em conseqüência, o instrumento mais adequado para se chegar à harmonia de classes.

Além da convenção coletiva, porém, outro meio de solução dos conflitos coletivos, é a atuação da Justiça do Trabalho onde ela existe, bem aparelhada, estruturada sobre bases próprias ao seu funcionamento específico, com poderes e competência suficientemente amplos para a realização de sua finalidade maior, de resolver os dissídios coletivos, através da sentença normativa.

12 - BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

CABANELLAS, Guillermo. **Compendio de derecho laboral**. Buenos Aires, Bibliografica Omeba, 1968, v. 2.

CAMERLYNCK, G. H. & LYON-CAEN, Gérard. **Droit du travail**. Paris, Precis Dalloz, 1972, 641p.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Teoria e prática do sindicalismo brasileiro**. São Paulo, LTr, 1974, 231p.

CUEVA, Mario de la *et alii*. **Derecho colectivo laboral**. Buenos Aires, Depalma, 1973, 658p.

_____ **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. México, Porrua, 1972, 175p.

DEVEALI, Mario L. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires, La Ley, 1972, v. 5.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 130 29/06/2018 15:35:48

FOLCH, A. Gallart. **Convenciones colectivas de trabajo**. Barcelona, Bosh, 1932.

GOMES , Orlando & GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro, São Paulo Forense, 1968, 622p.

HUECK, Alfred & NIPPERDEY, H. C. **Compendio de derecho del trabajo**. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, 570p.

MENEZES, Geraldo Bezerra. **Dissídios coletivos do trabalho e direito de greve**. 3.ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1957, 413p.

POZZO, Juan D. **Manual teorico practico de derecho del trabajo**. Buenos Aires, Ediar, 1967, v. 2.

RANDLE, C. Wilson. **Contrato coletivo de trabalho; princípios e práticas**. São Paulo, Centro de Publicações Técnicas, 1965. v. 4.

RIBEIRO, Augusta Barbosa de Carvalho. **O contrato coletivo de trabalho e a lei brasileira**. São Paulo, LTr, 1967, 178p.

RIVAS, José Maria. **Manual de derecho del trabajo**. Buenos Aires, Macchi, 1970, 400p.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito sindical; princípios gerais**. Rio de Janeiro, J. Konfino, 1975, 262p.

STODIECK, Henrique. **Convenção coletiva de trabalho e outros ensaios**. São Paulo, LTr, 1974, 208p.

SUSSEKIND, Arnaldo *et alii*. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo, Freitas Bastos, 1974. v. 2.

VIANNA, Segadas. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo, LTr, 1972, 271p.

_____ **Greve - direito ou violência?** Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959, 304p.

_____ **O sindicato no Brasil**. Rio de Janeiro, Olímpica, 1953, 224p.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 131 29/06/2018 15:35:48

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 132 29/06/2018 15:35:48

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO E SUA APLICAÇÃO PELO JUIZ *

ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA
Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. A compreensão do Direito do Trabalho.
2. O vocábulo princípios na linguagem jurídica.
3. Princípios normativos do Direito do Trabalho.
4. Proteção ao trabalhador.
5. Irrenunciabilidade dos direitos.
6. Continuidade da relação de emprego.
7. Primazia da realidade.
8. Princípio da boa fé ou do rendimento.
9. Igualdade de tratamento.
10. O juiz do trabalho como participante do envoltório protetor.

1. Compreensão do Direito do Trabalho

O Juiz do Trabalho necessita apresentar uma postura intelectual que corresponda ao exercício da sua jurisdição especial. Esse posicionamento deve estear-se numa compreensão abrangente, atualizada e aprofundada do Direito do Trabalho, mais especificamente, das razões que geraram o seu aparecimento, das funções que pretende desempenhar e da finalidade que intenta realizar numa sociedade capitalista fundada na diferenciação, no antagonismo e na competição.

A síntese dessa percepção foi sugestivamente exposta por MÁRIO DE LA CUEVA em seu DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO, ao desenvolver uma verdadeira epistemologia jurídico-laboral, explicando o sistema desse ramo do direito.

Dizia o sempre lembrado mestre, que o Direito do Trabalho divide-se em duas partes fundamentais: um núcleo e um envoltório protetor.

O núcleo corresponde, sumariamente, aos princípios e instituições que procuram assegurar ao trabalhador uma proteção imediata. Seria composto do direito individual e da tutela ao trabalho feminino, juvenil e infantil, aquele constituído pelas normas reguladoras das prestações individuais de serviço, pelas regras de proteção à vida e à saúde do trabalhador, visando conseguir para ele um nível condigno de existência e este regulando a proteção à maternidade, a

* Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 15, n. 28, p. 11-23, jan./jun./1982.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 133 29/06/2018 15:35:48

proibição do trabalho dos menores em idade de escolarização de primeiro grau. especificando métodos e locais de trabalho para mulheres, jovens e crianças.

Em nossa legislação encontramos a primeira porção dessa parte central nos preceitos sobre duração do trabalho, descanso e lazer, salário mínimo, nas medidas de controle e prevenção exercidas pela medicina do trabalho, na contratação individual e a segunda fração na tutela do trabalho feminino e do menor.

O envoltório é integrado pelo conjunto de instituições jurídicas que servem para criar e proteger a parte nuclear do direito do trabalho. Essa capa protetora atua, segundo concepção nossa, através de instrumentos de controle, pressão e ação.

A atividade controladora é desempenhada pelas autoridades do trabalho, que possuem a atribuição específica de elaborar, fiscalizar e fazer cumprir o direito do trabalho, compreendendo os órgãos do Poder Legislativo, quando legislam sobre ele; os agentes do Ministério do Trabalho quando realizam as atividades fim dessa Secretaria de Estado; os membros do Ministério Público quando oficiam nos processos e questões de trabalho; os juízes e tribunais quando aplicam as normas do direito laboral.

Os instrumentos de pressão são constituídos pelas associações sindicais operárias e patronais, através das suas relações mútuas e com o poder público, principalmente mediante os procedimentos da negociação coletiva, quer seja ela conseqüência de mera reivindicação ou de conflito iminente ou declarado (greve).

A ação é exercida pelo direito processual do trabalho, como ramo jurídico regulador dos procedimentos que devem ser observados pelas autoridades do trabalho a quem incumbe fazer cumprir, contenciosamente, a legislação social.

O núcleo e a capa protetora do direito do trabalho agem e reagem mutuamente, visando proporcionar ao homem que trabalha, uma existência que seja digna da pessoa humana. Mas se as atividades de controle, pressão e ação instrumentalizam esse ramo jurídico, aquilo que, por certo, o essencializa, são os seus princípios, instituições e normas fundamentais. Esta a razão pela qual queremos destacar o conhecimento dos princípios do direito do trabalho como pressuposto necessário para o exercício da magistratura especializada em aplicá-lo, pois ela somente será, de fato, especializada, se estiver imbuída do espírito desse direito singular, de natureza mimética, porque ora opera como direito privado, quando trata, por exemplo, a respeito do contrato individual do trabalho, ora se expressa como direito público, quando versa sobre o sindicalismo e a negociação coletiva.

2. O vocábulo princípios na linguagem jurídica

As normas jurídicas sempre têm uma razão de ser. Resultam de uma ou de várias necessidades que devem ser satisfeitas e se fundam numa presumível ou comprovada experiência positiva. São impostas pela sociedade, oriundas de um costume por ela consagrado, ou promanam de uma autoridade, tendo em vista

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 134 29/06/2018 15:35:48

regular comportamentos ou prever procedimentos. Em qualquer das hipóteses, a matéria-prima do direito é a conduta humana.

Aos critérios de orientação do legislador para criar as leis e do hermeneuta para as interpretar, se dá o nome de **princípios.** Constituem a **ratio legis,** a motivação da lei ou, para usar de uma comparação que não é nossa, encontram-se dentro do direito como o álcool dentro do vinho. São o seu espírito e a sua essência.

As leis são sujeitas a linhas diretrizes e a postulados básicos. A compreensão disso pode muito bem ser explicitada através de exemplos como o que passaremos a usar. Duas orientações fundamentam, hoje em dia, o direito do trabalho: ou apresenta-se ele como sempre foi encarado tradicionalmente, isto é, como um direito protetor da classe operária ou como modernamente procura ser visto por alguns juristas, como um ramo da ciência jurídica organizador da vida econômica. Conforme o postulado básico em que se basear, assim será a sua feição objetiva e a sua interpretação. No Brasil, em que pese a tendência que procura adequá-lo ao processo de desenvolvimento econômico, ele continua a ser um direito tuitivo, dominado pela preocupação de proteger o trabalhador contra a prepotência do empregador. Logo, só pode ser interpretado pelo juiz encarregado de aplicá-lo dessa maneira, isto é, tuitivamente.

Segundo Federico de Castro, citado por Américo Pla Rodriguez, os princípios de direito desempenham uma tríplice função: a) informativa, em relação ao legislador; b) normativa, ao atuar como **fonte supletiva** do direito; c) interpretativa, como critério orientador do juiz e do intérprete. O estudo do seu conjunto constitui a canônica ou principiologia.

Nesta oportunidade, vamos apenas enunciar e analisar a função normativa e interpretativa de alguns princípios do direito do trabalho e, mais particularmente, os que orientam o direito laboral em nosso país.

3. Princípios Normativos do Direito do Trabalho

Em face da explicação anterior, pode-se dizer que os princípios normativos do direito do trabalho são os pressupostos do ordenamento jurídico-laboral. Informam a totalidade da disciplina e, por vezes, se insinuam em algumas normas, de modo expresso, impondo-se ao legislador como uma espécie de expressão social.

Quando o direito é omisso, a norma legal não se apresenta suficientemente clara ou o juiz não consegue vencer possíveis pontos aparentemente contraditórios ou duvidosos da lei, há sempre a possibilidade de recorrer aos princípios normativos da legislação do trabalho.

A lei brasileira prevê, aliás, que os princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, constituem fonte supletiva, de que se poderão valer as autoridades administrativas *e* a Justiça do Trabalho, para solucionar as questões que lhes sejam submetidas (artigo 8º da CLT).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 135 29/06/2018 15:35:49

Como, entretanto, esses princípios nem sempre são aparentes, pois muitas vezes encontram-se por trás da lei ou nas suas entrelinhas, convém identificá-los e estudá-los. Onde encontrar a sua enumeração? - Na doutrina. Esta a razão pela qual procuramos nos servir de Manuel Alonso Garcia, G. Bayon Chacon, E. Perez Botija, Américo Pla Rodriguez, Mariano R. Tissembaum, Alfredo J. Ruprecht e Luiz de Pinho Pedreira da Silva que, com maior ou menor detalhamento têm se dedicado ao estudo do assunto, para selecionar e enumerar, a seguir, aqueles que nos parecem mais importantes, instrumentalmente mais úteis e fundamentalmente mais esclarecedores. Não devemos deixar de mencionar que eles são em maior número e, por vezes, expressos através de nomenclatura nem sempre uniforme.

Dentre os princípios que esses autores mencionam, selecionamos os seguintes: 1. princípio protetor, protecionista ou tutelar, que se desdobra em três outros, o do **in dubio pro operario** ou **in dubio pro misero,** da aplicação da norma mais favorável e da condição mais benéfica; 2. o princípio da irrenunciabilidade dos direitos; 3. princípio da continuidade da relação de emprego; 4. princípio da primazia da realidade; 5. princípio da boa fé; 6. princípio da igualdade de tratamento. Esses são os que consideramos mais importantes, pelas suas significação e função ancilar, em relação ao intérprete-magistrado.

Analisemos cada um deles em particular.

4. Proteção ao Trabalhador

O princípio protecionista constitui a síntese de todos os outros. É ele que contribui, de maneira mais significativa, para aquilo que costuma ser chamado de espírito do direito do trabalho.

Emergiu da circunstância histórica que desencadeou o surgimento do direito laboral, ou seja, da oposição desigual em que se encontravam, como ainda se encontram, empregado *e* empregador dentro da sociedade.

Porque não é esse o nosso propósito, não caberia aqui relembrar o histórico dessa situação de oposição, mas convém dizer que ela decorreu, necessariamente, de uma exagerada concentração do poder econômico em mãos de poucas pessoas, que ficaram como as únicas detentoras dos meios de produção, enquanto as demais, para integrarem o processo produtivo, só puderam dispor da sua força de trabalho. Essa situação de desigualdade motivou a criação de um artificio compensatório, caracterizado pela superioridade jurídica do trabalhador face ao poder econômico do empregador.

O direito do trabalho nasceu com apoio nesse fundamento cardeal que é o princípio tutelar ou protetor.

Conforme já foi dito, ele se desdobra em três, o primeiro dos quais é o mais conhecido porque constitui uma espécie de sucedâneo, no direito do trabalho, do que existe no direito penal sob a formulação de **in dubio pro reo.** Em nossa seara jurídica, também é expresso em latim: **in dubio pro misero** ou

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 136 29/06/2018 15:35:49

in dubio pro operario. Nos dois ramos do direito, encerra ele o propósito de favorecer a parte mais frágil da relação jurídica.

Quando o intérprete ou juiz defrontar-se com uma norma que comporte mais de uma interpretação, deve ser preferida aquela que se apresentar como mais benéfica ao trabalhador.

No intuito de ilustrar a utilização desse princípio, exemplificaremos com uma hipótese concreta, que foi objeto de voto nosso, acolhido pela maioria dos membros do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.

Trata-se da compreensão do **caput** do artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho que assim está redigido: "É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa".

Conforme se depreende da literalidade do dispositivo, todo empregado contratado por tempo indeterminado, tem direito a uma indenização, "quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho". Em decorrência dessa redação surgiu, há algum tempo, a seguinte indagação: - o empregado que morre tem o direito a indenização por tempo de serviço, que deverá ser paga aos seus herdeiros?

Enquanto a dúvida constituía mero estímulo à reflexão, os tribunais não interpretaram o dispositivo favoravelmente ao empregado. Ocorre, porém, que o eminente jurista e juiz do trabalho aposentado Délio Maranhão, acabou por defender a tese de que a morte do empregado não lhe acarreta a perda do direito à indenização. Eis como ele a expõe, na 6ª edição do seu "Direito do Trabalho":

"Quanto a **morte** do empregado, sendo o contrato, em relação a ele, **intuitu personae**, não pode haver a menor dúvida de que traz a **cessação** das relações de trabalho. Esta, como sabemos, e está escrito na lei para quem quiser ler, é o primeiro **requisito** do direito à **indenização** de antigüidade. Resta o segundo: não haver o empregado **dado motivo à cessação**. Dar motivo, como já salientado, supõe **ato voluntário**: algum daqueles que constituem **justa causa** para a **rescisão** contratual (art. 482 da Consolidação).

"A morte do empregado poderá a eles ser assimilada? É de pura evidência que não. Amoldo de Medeiros, depois de notar que, na ocorrência de força maior, a impossibilidade da execução do contrato deve ser **absoluta** e **objetiva**, observa: "sem dúvida, às vezes, quando se trata de obrigação tendo por objeto um **facere** infungível" - exatamente o caso do contrato de trabalho - "há impedimentos pessoais do devedor que se refletem, necessariamente, sobre a própria **prestação**, impossibilitando-a. Assim, **verbi gratia**, no exemplo da elaboração de um livro por determinado intelectual, a doença ou **morte** (o grifo é nosso) do escritor inibindo-o de cumprir a obrigação assumida. Em tais casos, não nos parece verificar-se impossibilidade **subjetiva** ou **relativa**, mas

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 137 29/06/2018 15:35:49

verdadeira impossibilidade **objetiva**, como, com razão, salientou Giovene". Não há fugir, por conseguinte, à conclusão jurídica de que, em caso de **morte**, não dá o empregado **motivo à cessação** do contrato. Temos, pois, quer se queira ou não, perfeitamente configurados os dois requisitos do art. 477 para o direito à **indenização** de antigüidade. Recebê-la-ão, como é óbvio, os **herdeiros** do empregado. A menos que se queira sustentar aquela **curiosa** e **ilógica** conclusão, referida no item anterior, de que a força maior, que vitima o empregador, não o desobriga do pagamento, mas a que vitima o empregado lhe acarreta a perda do direito a este pagamento. Curiosa, ilógica e contra o texto expresso do art. 477".

Face a esse entendimento, pelo menos um Tribunal Regional, o da Oitava Região, começou a adotar, ainda que por maioria, posição semelhante à de Maranhão. Através do Acórdão número 10.255, da lavra do juiz Pedro Mello, foi admitida a tese favorecedora do empregado morto durante a vigência do contrato de trabalho, inclusive, naquela oportunidade, contra a nossa opinião. A questão então examinada, subiu em grau de revista ao Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, e sua Primeira Turma, pelo voto do seu Presidente e Relator Ministro Raymundo de Souza Moura, confirmou o julgado regional (Ac. 1ª Turma - 1070/80, referente ao processo TST-RR-2872/79).

Ao ter que decidir posteriormente controvérsia semelhante (Processo TRT RO 1027/81), passamos a adotar raciocínio segundo o qual a norma do **caput** do artigo 477 consolidado comportava mais de uma interpretação, pois já havia manifestações, quer na doutrina, quer na jurisprudência, no sentido de que o falecimento do empregado não suprime o seu direito à indenização antigüidade, pois a morte não lhe pode ser imputada como motivo para cessação das relações de trabalho. Ora, entre várias interpretações possíveis - todas ajustadas ao direito - o juiz pode seguir a mais favorável ao trabalhador, adotando o princípio **in dubio pro operario**.

Apoiando-nos neste fundamento, passamos a acompanhar a maioria do Tribunal, através do Acórdão da nossa lavra número 13.474, de 2.10.81.

Na apreciação de matéria de fato, também se aplica esse critério normativo.

O segundo desdobramento do princípio tutelar repousa no postulado básico da **norma mais favorável.** Quando várias normas concorrem para regular uma mesma situação jurídica, deve-se aplicar a mais favorável, ainda quede hierarquia inferior. Se as normas são de grau equivalente, não há nenhuma dificuldade, pois, salvo hipótese de derrogação implícita da anterior pela posterior, inexiste qualquer razão jurídica que impossibilite a utilização da regra que mais beneficia o trabalhador. Mas sendo de hierarquia e até de natureza diversas, como justificar a inversão da ordem normativa? Nesse caso deve-se sujeitar a espécie, isto é, o princípio da norma mais favorável ao gênero, ou seja, ao postulado protecionista. E como a concepção tuitiva é a de que a lei emanada do Poder Legislativo concede apenas um mínimo de proteção, nada impede que normas de hierarquia inferior, como as decorrentes de uma convenção ou sentença

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 138 29/06/2018 15:35:49

normativa, de um regulamento de empresa ou de um contrato individual de trabalho, concedam maiores benefícios ao trabalhador que a Constituição, a lei ordinária ou o regulamento desta.

Assim, se a lei prevê que a estabilidade no emprego se adquire com dez anos de serviço (art. 492 da CLT), não obstante o instrumento que decorra de uma negociação coletiva, as normas do regulamento da fábrica ou as cláusulas de um contrato podem reconhecer o direito do empregado adquirir garantia do emprego com menos tempo. Logo, se uma dessas normas de hierarquia inferior concorrer com a lei, nenhum empecilho jurídico existe para que se aplique a regra mais favorável.

Até 1977 o período ferial máximo do trabalhador brasileiro era de vinte dias úteis. Nem por isso, convenções ou acordos coletivos, e até mesmo sentenças normativas, vinham reconhecendo, antes do Decreto-lei número 1.535/77, o direito a trinta dias consecutivos de férias no ano. O empregador que se insurgisse contra a aplicação dessas normas, caso estivesse abrangido por elas, não poderia fazer prevalecer a sua inconformação sob fundamento de que não fora a lei que assim estabelecera.

O terceiro princípio que se inclui no da proteção é o da **condição mais benéfica.** Possui íntima conexão com o anterior, mas dele se distingue porque a sua justificação é outra. Explica-se pelo resguardo dos direitos adquiridos do trabalhador, que passam a integrar o seu patrimônio. Assim é que, da mesma maneira como a lei não pode prejudicar o direito adquirido, porque dessa maneira dispõe a Constituição da República, pela mesma razão não pode uma convenção coletiva, por exemplo, modificar **in pejus** do trabalhador, condições estabelecidas por outro instrumento normativo anterior da mesma natureza.

A condição mais benéfica pode decorrer da lei, da vontade das partes, da negociação coletiva, dos usos ou costumes.

Quando o Tribunal Superior do Trabalho formulou a Súmula número 51, fundamentou-se, implicitamente, nesse princípio. Diz a Súmula número 51: "As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento".

Esse postulado também se insinua nas entrelinhas do artigo 468 consolidado, onde se estabelece a ilicitude das alterações contratuais, ainda quando resultantes de mútuo acordo, desde que cause prejuízos diretos ou indiretos ao empregado.

5. Irrenunciabilidade dos direitos

O princípio da irrenunciabilidade é de alta relevância, pois destina-se a proteger o trabalhador não só contra o patrão como contra si mesmo. É preciso considerar que uma renúncia desastrosa, além de prejudicial ao renunciante, também pode ser danosa aos seus familiares ou, por vezes, até mesmo aos seus colegas.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 139 29/06/2018 15:35:49

Por isso, esse postulado fundamental apresenta-se sob a forma de declaração de nulidade e não sob a modalidade de proibição imposta ao empregado. Foi assim que o artigo 36 da **Ley de Contrato de Trabajo** da Espanha o registrou, o mesmo tendo ocorrido com o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ainda que manifestado dessa maneira, não deixa ele de constituir um limite à autonomia da vontade;, mas os autores o justificam, ora com base na indisponibilidade, ora na ordem pública ou na imperatividade das normas trabalhistas. Qualquer que seja a explicação mais plausível, a **nulidade da renúncia**, como talvez fosse preferível chamar, se estende a todas as suas modalidades (expressa, tácita, pessoal ou através de terceiros), mas só abarca o **jus cogens** e não o direito voluntário.

Assim, o trabalhador não pode renunciar ao salário mínimo, ao direito de perceber além dele, quando trabalha em horário suplementar, a perceber férias em valor inferior a trinta dias consecutivos, quando faz jus ao período integral, dar quitação daquilo que não recebeu, etc. No que diz respeito ao pagamento de direitos trabalhistas por ocasião da extinção de um contrato de trabalho, a legislação brasileira dispõe de um preceito importantíssimo, expresso no artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação primitiva, manifestamente insuficiente, foi enriquecida, através dos tempos, pelo acréscimo de parágrafos de alta significação. Hoje, o instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou a forma de dissolução do contrato, deve especificar cada parcela paga e discriminar o seu valor, sendo válida a quitação apenas relativamente "aos valores discriminados no documento respectivo", conforme interpretação dada à matéria pela Súmula número 41 do Tribunal Superior do Trabalho.

Outrossim, a renúncia, para ser nula, deve recair sobre direitos inequívocos e não sobre pretensões em litígio, pois conforme ensinam Bayon Chacon e Perez Botija, "la transación sobre pretensiones en litígio no eqüivale a renuncia" (Manual de Derecho del Trabajo, vol. I, página 241).

Quando a lei optou pela forma da declaração da nulidade dos atos de renúncia, ao invés da proibição de renunciar, escolheu uma solução eficaz para assegurar os direitos laborais. Convém lembrar que, a partir do momento em que a teoria das nulidades passou a distinguir atos nulos de atos anuláveis, não mais se pode discutir quanto aos efeitos de ambos. Os atos nulos, porque atentam contra um interesse social, não produzem efeitos. Seus efeitos fáticos são apenas aparentes e, por isso, juridicamente inexistentes. Os anuláveis, no entanto, porque comprometem apenas o interesse individual, produzem efeitos enquanto não decretada a nulidade. O postulado trabalhista da irrenunciabilidade foi esclarecedor, quando convertido em lei, pois expressou-se em termos de nulidade plena. Logo, todo ato de que resulte a violação de direitos indisponíveis do trabalhador, é nulo de pleno direito, juridicamente inexistente, não produzindo qualquer conseqüência. Não é outro, aliás, o sentido do artigo 9º consolidado, onde esse princípio, na sua generalidade é encontrado em nossa legislação:

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 140 29/06/2018 15:35:49

"Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

6. Continuidade da relação de emprego

O princípio da **continuidade**, também chamado da **permanência** e ainda, equivocamente, por alguns, da **estabilidade**, constitui o postulado pelo qual a relação de emprego deve perdurar indefinidamente.

Sendo o contrato de trabalho de trato sucessivo, o normal é a sua permanência, pois esta interessa tanto ao trabalhador, como ao empregador e, também, à própria sociedade. Ao trabalhador por uma questão de necessidade. Sem trabalho ele não tem como subsistir. Além do mais, o elemento tempo representa para ele acumulação de vantagens. O patrão também aufere benefícios com a manutenção do empregado. Um servidor antigo normalmente conhece melhor o trabalho do que um empregado novo. Há maior possibilidade de que o primeiro realize sua tarefa com maior perfeição e melhor produtividade. Outrossim, a confiança genérica subjacente a todo e qualquer pacto laboral cresce com o perpassar dos anos. Finalmente, a continuidade é, igualmente, do interesse da sociedade, pois convém a ela que todos os integrantes da sua população sejam satisfeitos em suas necessidades básicas de alimentação, habitação, instrução e, principalmente, emprego. A insatisfatória provisão delas, constitui, sempre, excelente fermento para a sedição. E nenhuma sociedade gosta de viver intranquila.

A perdurabilidade da relação de emprego constitui, pois, elemento essencial da contratação trabalhista, como aliás, ocorre em nosso direito, onde o empregado é aquele que presta "serviços de natureza não eventual" (art. 3º da CLT). O termo é que é elemento acidental. Para utilizar de expressão usada por Pinho Pedreira "a continuidade da relação é a regra e o termo a exceção" (Os Princípios Jurídicos Específicos do Direito do Trabalho, **in** Tendências do Direito do Trabalho Contemporâneo, vol. I, página 362).

Em nossa legislação são inúmeras as manifestações desse princípio. Em face da não eventualidade do contrato de trabalho regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho, via de regra todo ajuste laboral, no Brasil, deve ser por tempo indeterminado. Para ser válida, a contratação a prazo tem que se enquadrar em certos pressupostos legais, sob pena de ser tida como fraudulenta. Três são as hipóteses que legitimam a relação de emprego por prazo determinado: a) quando a sua natureza ou transitoriedade justifiquem a predeterminação do prazo; b) quando as atividades empresariais são de caráter transitório; c) no caso de ajuste a título experimental. Inexistindo possibilidade de enquadramento em qualquer uma dessas previsões legais, a contratação não será válida quando feita por tempo determinado.

A Consolidação também prevê a conversão do contrato a prazo em negócio jurídico sem determinação temporal, sempre que a relação de emprego tiver prosseguimento tácito ou expresso, depois de atingido o termo.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 141 29/06/2018 15:35:49

Para evitar a fraude contra o caráter permanente do pacto laboral, a lei também estabeleceu a indeterminação do prazo de todo o contrato que suceder a outro dentro de seis meses, salvo se a expiração do primeiro dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de acontecimento suscetível de previsão aproximada, como, por exemplo, o término de uma safra.

A subrogação das obrigações trabalhistas nos casos de sucessão ou a garantia da intangibilidade dos contratos de trabalho dos empregados de empresa que sofre alteração jurídica em sua estrutura, ilustra, igualmente a aplicação legal do preceito normativo em estudo.

A preocupação pela perdurabilidade é identificável, mais uma vez, nos casos de suspensão ou interrupção do contrato. Ao invés de admitir a extinção da obrigação, que seria renovada com o regresso do empregado, preferiu o legislador usar de astúcia jurídica, dissimulando a quebra real do vínculo subordinativo, pelo reconhecimento da garantia do emprego.

Até mesmo no caso de omissão a lei manda presumir que o empregado foi contratado por tempo indeterminado, pois a regra, nesses casos, é a de que se presuma que o ajuste foi feito de conformidade com os preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade.

Quando o vínculo jurídico se estabeleceu descontinuamente, sempre que não tiver havido dispensa por falta grave ou pagamento de indenização, *a* regra adotada é no sentido de que devem ser computados no tempo de serviço do empregado todos os períodos trabalhados.

Assim sendo, a lei trabalhista brasileira apenas permite, por enquanto, a quebra do princípio da continuidade, na ocorrência de grave inadimplemento contratual, quer por parte do empregado, quer por parte do empresário. Como a garantia do emprego pela estabilidade converteu-se numa vantagem utópica para o trabalhador brasileiro depois do advento do regime do FGTS, cabe apenas esperar que a teoria da despedida arbitrária, que já foi introduzida no artigo 165 consolidado, venha, de futuro, a ser generalizada, assegurando, mais uma vez, o direito do trabalhador de permanecer no emprego, salvo nos casos de despedida por motivo disciplinar, técnico, econômico e financeiro, que deverão ser considerados os únicos possíveis.

7. Primazia da realidade

Entendemos ser de suma relevância o reconhecimento deste princípio, em face das freqüentes aplicações práticas que ele possui. Não poucas vezes o juiz tem que optar entre os fatos e o aparente direito, entre a realidade e os textos pactuados. O postulado em estudo recomenda que o magistrado prefira os fatos, a realidade, pois ela é que expressa o verdadeiro significado jurídico das relações mantidas entre duas pessoas.

Seus principais arautos foram Deveali e Pla Rodriguez. Explicou, este autor que, “em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 142 29/06/2018 15:35:49

dos documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos" (Princípios de Direito do Trabalho, página 210).

Essa norma teórica resultou, em grande parte, da compreensão que Alfredo Iñárritu e Mario de la Cueva imprimiram à distinção entre contrato de trabalho e relação de trabalho. Os dois juristas mexicanos defendiam a tese de que a existência de uma relação de trabalho depende, não do que as partes pactuaram e sim da situação real em que o trabalhador se encontra na prestação do serviço. Fundamentados em George Scelle, esclareciam que a **aplicação** do direito do trabalho depende, cada vez menos, de uma relação jurídica subjetiva, do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona o seu nascimento (cf. Derecho Mexicano del Trabajo, vol. I, pag. 458).

Embora, portanto, a teoria do contrato realidade não se confunda com o princípio da primazia da realidade, não há dúvida que ela deve ter concorrido para a sua formulação.

Dissemos que esse postulado possui freqüentes aplicações no exercício da judicatura trabalhista e realmente assim ocorre.

A jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho fornece uma oportuna aplicação desse princípio, quando ensina que as horas extras habituais devem integrar o salário do trabalhador. Há pelo menos três enunciados nesse sentido, o primeiro de número 76 (especificamente sobre a integração das horas extras no salário), o 94 (sobre a integração do valor das horas extras habituais no aviso prévio indenizado) e o 115 (sobre essa integração para efeito de cálculo das gratificações semestrais do trabalhador).

Não deve ter sido outra razão, senão que a habitualidade, caracterizadora da realidade quanto ao trabalho em horas suplementares, que levou o TST à ilação de que o ajuste havido entre as partes foi para que o empregado, ao invés de trabalhar apenas durante a jornada normal, trabalhasse, também, cotidianamente, em horas extraordinárias. O salário do trabalhador, por via de conseqüência, não poderia ser apenas o normal, mas o resultado da adição dele com o da remuneração do trabalho suplementar. Dar a impossibilidade de suprimir horas extras habitualmente trabalhadas por mais de dois anos, ou durante todo o contrato de trabalho, neste último caso, quando ocorre a sua extinção.

Demos mais um exemplo. A simulação constitui uma das formas mais usuais de fraude trabalhista. Nenhuma, entretanto, nos chamou mais atenção do que a que vamos narrar. Um motorista de táxi firmou um documento com o proprietário de um carro, que formalmente correspondia a um contrato de compra e venda. As obrigações decorrentes dessa pactuação, no entanto, eram curiosas. O comprador deveria pagar ao vendedor o preço ajustado em parcelas semanais. Essas parcelas estavam sujeitas a reajustes, conforme a renda do táxi fosse aumentando em decorrência da subida do preço das passagens. O comprador também se obrigou a zelar pelo asseio e aparência do veículo. Somente ele poderia guiar o táxi, mais ninguém. Finalmente, o vendedor poderia se arrepender da venda e retomar o carro, sem a obrigação de nada restituir ao motorista.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 143 29/06/2018 15:35:49

Convenhamos que a concepção do trato foi, realmente habilidosa, mas não conseguiu encobrir a realidade do que pretendia. O motorista não passava de um empregado do proprietário do carro utilizado no transporte de passageiros. Pouco importa que o documento assinado pelas partes tivesse a denominação e a forma de um contrato de compra e venda. O que interessa é a verdadeira natureza do vínculo que vigia entre eles. Nesse sentido foi a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região, que apreciou a hipótese. Deu pela existência da relação de emprego entre os dois e pela primazia do que ocorria no terreno dos fatos.

8. Princípio da boa fé ou do rendimento

Há quem distinga a boa fé e o rendimento em dois princípios. Nós não fazemos essa diferenciação, pois entendemos que a colaboração, o rendimento conjugado, é que essencializa a boa fé nas relações jurídicas regidas pelo direito do trabalho. Não há dúvida que a boa fé deve informar a execução de todos os contratos, mas como a finalidade do pacto laboral importa numa produção, resultante de um esforço conjunto, todos os que cooperam devem-se reciprocamente, boa fé, lealdade e fidelidade.

O equívoco daqueles que fazem a distinção repousa, justamente, nesta falta de percepção da obra em comum que é realizada, talvez condicionados por uma visão excessivamente individualista das relações de trabalho.

O respeito mútuo entre empregado e empregador consiste, principalmente, na correta proporcionalidade de esforços de ambos, o primeiro pelo trabalho que realiza e o segundo pela utilização racional dos recursos humanos e materiais no processo da produção.

A desídia por parte do empregado e a redução do trabalho remunerado por tarefa ou peça, da iniciativa do patrão, são exemplos flagrantes do descumprimento deste postulado, pois quando o primeiro não faz render o seu trabalho como devia e o segundo não proporciona àquele os meios indispensáveis para que ele pelo menos mantenha a sua produtividade, incidem, ambos, no inadimplemento das obrigações estabelecidas ou pactuadas.

A colaboração mútua encontra-se ínsita no contrato de trabalho. Por isso, ao contrário do que acontece com os demais princípios enumerados, este não protege apenas o empregado, mas também e principalmente o empregador. Constitui uma espécie de contrapeso dentro do rol de defesas que o direito proporciona ao hipossuficiente.

9. Igualdade de tratamento

Dentre os princípios que selecionamos para sugerir a necessidade do seu uso pelos juízes que exercem a jurisdição trabalhista, este é o último, mas nem por isso o menos importante.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 144 29/06/2018 15:35:49

Inspira-se no preceito constitucional da igualdade de todos perante a lei, mas possui correlates específicos no direito constitucional do trabalho (artigo 165, incisos III e XVII da Constituição da República) e no direito material do trabalho (artigos 5º e 461 da CLT).

Já que expresso na legislação, é fácil de se concluir que suas aplicações práticas são múltiplas e variadas. O importante, porém, é assimilar o seu sentido geral.

Ernesto Katz possui um trabalho que contém no título uma boa explicitação desse postulado isonômico, pois o denomina de "princípio del tratamento igual de los iguales, em iguales circunstâncias" e Mario L. Deveali parece ter o mesmo entendimento, ao destacar dele dois corolários que enuncia do seguinte modo: "no distinguir entre iguales" e "no asimilar a los distintos".

A isonomia não se confunde com a igualação total. Podem existir tratamentos especiais, mas ao emitir ordens ou regulamentações gerais, o empregador não deve tratar desigualmente este ou aquele empregado.

Há, pois, que atentar para as circunstâncias, a fim de que não exageremos na sua aplicação.

O princípio da isonomia é, preferencialmente, aplicado ao pagamento dos salários, pois no que diz respeito a essa matéria surgiu da necessidade de eximir a remuneração operária da lei da oferta e da procura, que inspirada na economia liberal do século XIX, presidia as relações de trabalho na época. A discriminação que então se criou entre o trabalho feminino e o masculino ou entre o das crianças e de adultos é que levou as legislações dos povos culturalmente mais desenvolvidos a opor um basta a essa desigualdade. Daí porque, em 1919, o Tratado de Versalhes o inseriu no seu texto e, em 1951, a Convenção n. 100 da O.I.T. o explicitou ainda mais.

No direito brasileiro a sua aplicação freqüente resulta do artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, já anteriormente referido. O salário deve ser igual para os trabalhadores que exercem funções idênticas, de igual valor, para o mesmo empregador e na mesma localidade. A desigualdade humana, porém, torna difícil a aplicação do princípio, mormente considerando o valor do trabalho. Para facilitar sua aplicação, a Consolidação das Leis do Trabalho define o que seja trabalho de igual valor (§ 1º do artigo 461).

E para que não se assimile "los distintos" e se considere a diversidade de circunstâncias, a lei estabelece que o postulado não se aplica aos empregados do empregador, que tiver pessoal organizado em quadro de carreira (§ 2º do art. 461).

10. O juiz do trabalho como participante de envoltório protetor

O magistrado trabalhista é uma autoridade judiciária incumbida de garantir, através do exercício da sua jurisdição especial, o pleno cumprimento dos princípios e instituições asseguradores da proteção devida ao trabalhador. Consequentemente, integra a capa protetora do direito de trabalho, funcionando

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 145 29/06/2018 15:35:49

como instrumento de ação, cujo processamento e solução competem-lhe com exclusividade.

Essa competência corresponde ao desempenho de um papel específico, que deve ser o responsável pela modelação da sua personalidade profissional.

Significa isso, que o juiz do trabalho não é apenas um magistrado, mas uma pessoa de quem se espera uma mentalidade compatível com o exercício do cargo que exerce e uma atividade correspondente aos procedimentos eficazes inerentes ao mesmo.

Ora, essa mentalidade, resulta da assimilação daquilo que constitui a essência do direito do trabalhe, ou seja, dos princípios normativos que o informam, pois o juiz deve ser sensível aos postulados do direito cujo cumprimento lhe cabe assegurar.

Se a absorção do espírito do direito do trabalho tiver sido bem feita, não há dúvida que sua personalidade profissional será capaz de realizar as expectativas de comportamento próprias de sua função jurisdicional.

Além das qualidades genéricas, peculiares aos magistrados em geral - honestidade, equilíbrio, autoridade, iniciativa, capacidade de direção, de organização, de trabalho e de persuasão - o juiz do trabalho necessita possuir dotes especiais, que ultrapassem a imagem corrente que se faz de um julgador.

Deve ter, por exemplo, sensibilidade para entender a situação dos hipossuficientes e de compreender a sua cultura particular.

De um trabalhador braçal e semi-analfabeto, não se pode esperar uma conduta tão aprimorada quanto a de um empregado que já possua certa instrução, como a de primeiro ou segundo graus. Da mesma maneira este não se comportará como um profissional de graduação superior. Cada um deles, oriundos de ambientes diferentes, apresentarão condutas distintas, que expressarão a cultura (no sentido antropológico e sociológico do termo) própria da sua classe e do seu grupo social.

É preciso considerar, também, os limites da subordinação a que está sujeito um empregado ante o empregador. Ambos são pessoas humanas e devem ser encarados como tais, mas em face da situação de dependência, o trabalhador pode apresentar atitudes que, embora aparentemente inaceitáveis, são justificáveis pelas contingências sócio-econômicas.

Todo esse entendimento só será possível se o juiz for sensível à condição operária.

A realidade social geral e do momento, também não deve passar despercebida do julgador que exercita a jurisdição especial do trabalho. É muito importante saber aquilatar as repercussões de uma situação nos integrantes da classe ou classes sociais menos favorecidas. Os influxos sociais nem sempre são idênticos em relação a todas as camadas da sociedade. Os abalos sísmicos da economia, por exemplo, atingem todo mundo, mas não há dúvida que seus efeitos mais negativos refletem principalmente no poder aquisitivo do pobre e do remediado. Ora, alguém que possui o seu poder aquisitivo vital diminuído,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 146 29/06/2018 15:35:49

enfrenta problemas e apresenta reações que podem afetar o equilíbrio das relações de emprego que mantém.

A diversidade de ambientes de trabalho também pode explicar muitas reações estranhas ou bizarras. Como participante de uma elite profissional que usa colarinho branco, nem sempre o juiz estará em condições de entender perfeitamente certas situações vividas por quem usa colarinho azul. Nesse particular, podem desempenhar função relevante, os juízes classistas já que oriundos do meio onde surgem os conflitos trabalhistas.

Na interpretação e aplicação da lei, é muito importante que o julgador integrante dos quadros da Justiça do Trabalho, para que não incida em ângulo errado de visão, julgando estar agindo parcialmente, quando apenas está aplicando uma lei que intencionalmente concede alguma superioridade jurídica ao trabalhador. Quanto a esse aspecto, não serão poucas as admoestações amistosas que receberá daqueles com quem mais comumente convive - os de sua classe social - e dos quais poderá receber uma influência indesejável, se não tiver um horizonte teórico perfeitamente claro à sua frente.

Para que assim seja, é que o magistrado trabalhista necessita estar imbuído dos princípios normativos que informam o direito do trabalho. Sem conhecer a lei, ninguém pode aplicá-la. Sem conhecer os princípios específicos do juslaboralismo, não existe quem possa aplicar com correção a legislação do trabalho.

E como os princípios, além de representarem normas hermenêuticas, são faróis que orientam toda a conduta do magistrado, para ser juiz do trabalho não basta saber direito laboral. É necessário acreditar nele: nos seus princípios, nas suas instituições e na eficácia das suas normas.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 147 29/06/2018 15:35:49

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 148 29/06/2018 15:35:49

FILOSOFIA GERAL E FILOSOFIA JURÍDICA EM PERSPECTIVA DIALÉTICA (*)

ROBERTO LYRA FILHO
Professor Titular da Universidade de Brasília

Fala-se em Filosofia Jurídica ou Filosofia do Direito como se fossem expressões sinônimas. Creio, porém, que seria razoável designar, com a primeira, a abordagem filosófica do fenômeno jurídico e a segunda atribuir uma significação correlata, mas distinta.

A Filosofia do Direito seria, então, o desentranhamento dos pressupostos filosóficos, inseridos nos diferentes ordenamentos jurídicos e no discurso científico ou técnico sobre eles realizado.

Assim, por exemplo, o estudo de BARATTA sobre os "aspectos teóricos e ideológicos do desenvolvimento da ciência penalística alemã, do início do século até 1933" (BARATTA, 1966) - consiste numa pesquisa sobre a "filosofia implícita" do Direito Criminal tedesco, através de suas repercussões doutrinárias e com ênfase nas normas estatais.

Por outro lado, a filosofia implícita não é uma verdadeira filosofia. O que BARATTA nos mostra é o contrabando ideológico.

Podemos, efetivamente, discernir, no discurso das normas estatais, assim como no-lo pretenderia devolver a Jurisprudência dogmática, uma articulação de princípios, não direta e pessoalmente elaborados, quer pelo legislador, quer pelo jurista. Essa articulação apresenta como que o retalho de certa concepção do mundo e funciona à guisa de substitutivo do produto filosófico. É o parâmetro subliminar dum sistema de "evidências não refletidas" (LECLERCQ, 1953:19).

A orientação da conduta do não-filósofo será, por falta mesmo dum cultivo da virtualidade humana - que é filosofar -, alimentada por um elenco de "evidências" daquela ordem. Daí, sem dúvida, o dilema que ORTEGA resume nisto: ser filósofo ou ser apenas um sonâmbulo (ORTEGA, 1964, V:278).

As idéias filosóficas, dinamizadas como impulso do comportamento, enquanto o agente as assimila, sem repensá-las, constituem, antes, crenças, no sentido orteguiano (ORTEGA, 1964, V:379ss): "não as discutimos, em seu fundamento, nem propriamente as conscientizamos, enquanto tais" (LYRA FILHO, 1972:7ss). Elas se confundem, para o sujeito, com a realidade mesma.

E, sob tal aspecto, pode-se afirmar que toda "filosofia implícita" é uma ideologia **qui s'ignore**, como, aliás, toda ideologia. Nada obstante, ela opera, como base do discurso, mostrando, sob a capa racional, o substrato de preconceitos.

(*) Comunicação ao 1º Encontro Brasileiro de Filosofia do Direito, João Pessoa, 1980. (Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 15, n. 28, p. 57-72, jan./jun./1982)

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 149 29/06/2018 15:35:49

O próprio veículo lingüístico, de origem social, premolda, inclusive, certos contornos e padrões do pensamento, conforme a situação, na estrutura, do sujeito pensante (LEFEBVRE, 1966: **passim**).

Isto não importa em afirmar, entretanto o domínio da linguagem sobre o sujeito (relativismo lingüístico), ou a impossibilidade do pensamento objetivo e vinculado ao real (relativismo gnosiológico). Estabelece apenas que "a linguagem é, não só instrumento, mas também objeto de pesquisas, no domínio da teoria do conhecimento" (SCHAFF, 1974: 268 e **passim**). Nem cabe esquecer que o setor lingüístico está, hoje, imbricado na mais ampla tentativa duma visão semiótica, desencadeando repercussões no próprio âmbito jurídico (WARAT, 1976: **passim**; ATIENZA, 1979:363-374).

De toda sorte, a lingüística mesma vem lutando para desprender-se, enquanto lingüística social, dum estruturalismo formalista e oco. De excepcional importância, para esse fim, é, sem dúvida, o levantamento de CALVET, que reconduziu à fonte os equívocos produzidos pelos diferentes apanhados de preleções orais de SAUSSURE (CALVET, 1975). Esse esforço crítico parece de singular utilidade para dois fins: o desentranhamento do ângulo positivo da abordagem estrutural e o encaminhamento duma lingüística atenta aos vínculos sociais do processo de expressão e comunicação. Por outros termos, um estruturalismo genético, tal como noutro setor o preconizara GOLDMANN, e que assim passaria a reavaliar, na lingüística, desde as contribuições pioneiras de um BAKHTIN, por exemplo, até as elaborações mais recentes (BAKHTIN, 1979) desta ciência.

O elenco de crenças forma o substrato do discurso ideológico sobre o qual se desenvolvem as elaborações científicas e permite denunciar o que nestas se contém de "filosofia implícita". Não menos certo, contudo, é que a filosofia propriamente dita jamais se poderá dizer imune ao processo de ideologização.

Para excluir ambigüidades, ressalvo que se entende, aqui, como ideologia, todo o "pensamento teórico que crê desenvolver-se abstratamente sobre seus próprios dados, porém que é, na realidade, a expressão de fatos sociais, particularmente econômicos, de que o pensamento não se apercebe como determinantes (**rectius** - condicionantes) do que pensa" (LALANDE, 1968: 459). E acrescento que a referência à teoria não exclui aquele rol de princípios que orientam a praxis (dela, em todo caso, provindo, na ação circular), em qualquer esfera de atividade humana.

Já assinalei, noutro escrito, que uma das teses contra FEUERBACH, a 11a., se presta a todos os equívocos (GOLDMANN, 1968, 54-55): "A contemplação (logo, interpretação) do mundo é que funda e legitima todo o projeto válido de ação; e, correspectivamente, é da ação que emergem os problemas e, dos problemas, que nascem as idéias, conscientizando vivências **in actu exercitu.** Teoria e prática fundem-se, na ação recíproca (**Wechselwirkung**), o roteiro circular; e tal correspondência teórico-prática e prático-teórica se apresenta

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 150 29/06/2018 15:35:49

com tal força ao pensamento contemporâneo que a descobrimos, por exemplo, em ORTEGA, tanto quanto em MARX, dois francos antípodas, sob os demais aspectos" (LYRA FILHO, 1972:17). A aproximação de ORTEGA e MARX, sob este ângulo, já foi feita, aliás, por ALAIN GUY (GUY, 1969:36-37).

A diferença está em que, numa "filosofia implícita", a armadilha é quase fatal, de vez que ela será tecida pelas pressuposições que continuam, por isso mesmo, sonegadas ao exame crítico. Falta, portanto, nesta hipótese, a indispensável pesquisa dos coeficientes de relatividade incontornável e objetividade possível, que constituem a dialética da razão. Somente com vista a esse esforço é que se pode estabelecer quanto vale a "verdade-processo" de SCHAFF (SCHAFF, 1970:53ss),. descartando o idealismo da razão supostamente pura, diante da razão efetivamente histórica e dialética (GRANGER, 1974:89-103).

A Filosofia Geral, tanto quanto a Jurídica, em todo caso, não representam atividades intelectuais desligadas do processo histórico, dentro de cada estrutura social, com sua divisão em classes e conflitos de interesses, objetivos e parâmetros. Quer como Filosofia, sem mais, quer aplicando-se a determinada ordem de fenômenos - como os jurídicos - ela permanece arraigada no devenir social; e, sem representar um epifenômeno, o simples reflexo de condicionamentos da infraestrutura (o que importaria em visão mecanicista), carrega o peso daqueles condicionamentos, assim como todos os demais elementos superestruturais com que tem relações bastante íntimas: a cosmovisão teológica e as idéias morais e sócio-políticas, principalmente.

Distingo as idéias das ideologias, portanto, no sentido de que aquelas representam um esforço crítico de conscientizar os pressupostos e subentendidos do próprio pensamento, e assim contribuir para, até certo grau, neutralizá-los, enquanto condicionantes implícitas e subliminares. Por outro lado, assinalo um aspecto, a que voltarei mais adiante: são as próprias condições sociais propícias que favorecem tal superação, inviável sem este encontro objetivo-subjetivo (GOLDMANN, 1959:49-55).

Há, sem dúvida, modelos alienados de Filosofia Geral e Jurídica. Estes, porém, confirmam o engajamento, ao invés de o desmentirem. Pois a atitude alienada, pretendendo escapar ao processo histórico, reforça, com tal posição, ideologias e praxis conservadoras, desarmando o impulso crítico, ante o poder social instituído. São doutrinas convenientes a todo aparelho de dominação, seus **mores** e mitos.

Ainda assim, é preciso ter em vista as contradições internas das ideologias classistas, até mesmo o que nelas, pela **co-incidiência** do papel da classe e do autor específico e a mola propulsora do processo, permite que as classes ou seu representante atinjam uma conscientização do real-social, e o descrevam objetivamente. A verdade inteira nunca será conquistada, na especulação filosófica ou na elaboração científica, chegando a um **nec plus ultra.** Isto, porém, não obsta às transparências, num clima e posição favoráveis, de elementos da verdade sempre buscada e progressivamente atingida.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 151 29/06/2018 15:35:49

Essa conscientização, tanto no seio das classes dominantes, em crise, quanto no das classes exploradas em ascensão, quebra a noz das ideologias, e permite um aprofundamento e retomada de contacto com o real em devir, na direção da História. Evidentemente, a extrema complexidade do processo, no sistema global, exige que se analise, inclusive, o elenco de mediações entre os produtos - idéias e ideologias - e o modo de produção, que está na base das cisões, tanto quanto a dinâmica de cada produto, em si e no contexto (dois aspectos que nunca se separam), com relação ao real entre-visto.

Devo dizer, lisamente, que não sou marxista, exceto na medida em que, na expressão insuspeita do pensador católico, ARANGÚREN, esteja "como todo homem que realmente pertence ao nosso tempo, sob a influência do marxismo" (ARANGÚREN, 1968:12-13). Em todo caso, para um marxista, as colocações que vinha fazendo deveriam ser o fio condutor de todo empreendimento analítico. O próprio MARX exemplifica bem a atitude, quase diria a estratégia, da razão dialética, em muitas passagens, nas quais se apropria de, e reelabora os, conceitos de economistas burgueses (tirados à centelha mental duma classe ascendente). Da mesma forma, aparece o fenômeno, quando ele, MARX, mostra nos ideólogos conservadores, um encontro, ao acicate das crises, com o itinerário histórico exato, e até com a mola que o propulsiona. Lembro, como ilustração, o que MARX tirou de RICARDO e SISMONDI, ou o que assinalou de positivo, na reflexão de HERÁCLITO (MARX, 1968:261; MARX, 1965:315 e **passim**; MARX & ENGELS, 1975:90, 193, 276ss).

De toda sorte e como nos mostra a Sociologia do Conhecimento, qualquer tipo de saber (seja ele filosófico, científico ou tecnológico) adquire a configuração geral condicionada pela situação emergente na estrutura; e, assim, atribuir tão só à religião, à moral e á filosofia, como ao direito (e às normas que daí se derivam) a índole tributária do sistema social - eqüivale ao erro freqüente no marxismo dogmático, enquanto privilegia a própria irretocável "ciência", ao mesmo tempo que submete os demais saberes à **capitis diminutio** da ideologia pura. Esta falsa perspectiva arremata num dilema à ALTHUSSER (CHAUI, 1978:**passim**), com o "hiperestruturalismo", num ângulo (MILLIBAND, 1978:73), e o cientificismo, de outro. Em ALTHUSSER, reponta o mecanicismo antidialético, quando não o "neo-eleatismo" (LEFEBVRE, 1971:**passim)** consistindo em modelos rígidos, abstratos e quase ideais, de articulação praticamente fatalista. Paradoxal, e não dialeticamente, ALTHUSSER excetua a "ciência" (aquela a que adere, bem entendido) numa espécie de Olimpo da segurança, precisão e invulnerabilidade. Esta redução daria aos althusserianos o diploma daqueles "funcionários do universal", ironicamente mencionados por DE WAELHENS (DE WAELHENS, 1961:32).

Algo de verdade objetiva emerge no pensamento humano, porém não toda a verdade, em forma irretocável, de conteúdo fixo. O relativismo começa dissolvendo a si mesmo, na medida em que nem a sua posição relativista poderia ser absolutizada, como pretende. Mas o absolutismo também sucumbe, no movimento da História.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 152 29/06/2018 15:35:49

A fecundidade dialética, como de toda ciência por ela inspirada, está em sua articulação com a totalidade e o devir, bastando para destacar esse ponto o fato de que os **seus produtos também** se acham sob o impacto infraestrutural e até de emergências histórico-sociais. Ocorre, porém, que a razão dialética traz em si o próprio corretivo, de que carece a razão "pura", uma vez que a defasagem dos filosofemas, lá, confirma o filosofar. A infradialetização, entretanto, ronda, constantemente, os dialéticos, exatamente pelo motivo que a dialética explica. Bastaria para comprová-lo a luta entre o chamado "marxismo oficial", o "dogmatismo bruto" (LEFEBVRE, 1966A:10) e as tentativas para retomar e reelaborar as construções de MARX e ENGELS. O dogmatismo bruto correspondeu, bem claramente aliás, à etapa em que se procurava implantar uma estrutura aspirando ao socialismo, entre contradições internas e assédio externo de potências hostis. As circunstâncias elucidam, embora não justifiquem, os congelamentos e as tentativas de degelo.

O homem, largado na praxis, *a* buscar, por tentativa e erro, os próprios rumos concretos e reorientações conjunturais, terá sempre um apoio na dialética, enquanto a utilize para esquema interpretativo de sua própria situação no curso da História.

Com todo o risco que envolve, uma Filosofia Jurídica se impõe, e não apenas a Filosofia do Direito, adstrita à tarefa, sem dúvida relevante, de indicar as crenças subjacentes e a cosmovisão implícita a que se filia um direito dado. E, na Filosofia Geral e Jurídica, há também um progresso, que vai alargando as quotas adquiridas, em cada superação **(Aufhebung),** nas quais as grandes etapas do pensamento se enlaçam com as grandes etapas da História.

HESSEN pôde incluir, como parte da Filosofia Geral, uma Teoria das Concepções do Mundo (HESSEN, 1957, I:27-28); mas a procura, ali, não é "filosofia implícita", exceto na medida em que o próprio HESSEN, desprezando a Sociologia do Conhecimento, se deixa teleguiar, enquanto filósofo, pela ideologia. Resta-lhe ao menos, o esforço para organizar modelos de cosmovisão, tentando fugir ao estilo de trapeiro intelectual, que é o do usuário das "filosofias implícitas". Neste os princípios "evidentes" vão sendo enfiados no mesmo surrão promíscuo, ante os estímulos fenomênicos externos e a elaboração dum discurso contaminado pelo que o sujeito haurira no contexto de seu tempo, estrutura social e posição nesta estrutura.

A Filosofia do Direito é, nessa linha de distinção, a filosofia dum direito, assim como este se prende a ideologias que poderão ser analisadas pelo pesquisador. A Filosofia Jurídica, ao revés, é filosofia sobre o direito, qualquer que ele seja, embora sem desprezar as manifestações concretas, sem as quais é arbitrária qualquer generalização.

Na Filosofia Jurídica se busca o núcleo ontognosiológico (REALE, 1975, II:269), o substrato axiológico, a articulação lógica e a repartição epistemológica; isto é, o conceito de direito, os valores jurídicos, a ordem correta do discurso jurídico da norma e sobre as normas e a divisão dos saberes que sobre o direito

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 153 29/06/2018 15:35:49

co-incidem. Em síntese, a Filosofia Jurídica é o supremo esforço intelectual de **fundamentação** do seu objeto específico. E, se for uma filosofia jurídica dialética, a ontognosiologia há de ser a que procura as "categorias como formas de ser e determinações da existência", no salto em que a realidade do ser é deduzida, geneticamente, das suas formas de transição (LUKÁCS, 1972:12). Os valores jurídicos, por sua vez, emergirão em confronto com o parto histórico-social e a sua função específica em cada etapa do processo. A epistemologia terá, igualmente, em vista a conjugação com a totalidade e o devenir, evitando as cisões idealistas. E a lógica, é evidente, será dialética, o que enquadra e supera a lógica formal, sem destruí-la (LEFEBVRE, 1975:**passim**).

Parece óbvio que não se concebe retamente uma Filosofia Jurídica, a não ser como parte da Filosofia mesma, aplicando ao direito em geral a perspectiva filosófica. Entretanto, por mais estranho que pareça, há cultores da iurisfilosofia que tentam impugnar essa vinculação.

Exemplo disto é CASTBERG, talvez por um motivo que nos permite surpreender os dois pontos de partida usuais da abordagem filosófico-jurídica. Os praticantes desta, ou provêm da Filosofia Geral, ou da ótica específica do cientista do direito. Num caso, há o risco da **gaucherie**, cheia de imprecisões, e até mesmo ignorância de aspectos do direito; isto é, sem aquela familiaridade com o jurídico, peculiar aos que fizeram dele, antes de tudo, um tema de estudo científico. No outro caso, que é o de CASTBERG, o perigo não será dissolver a iurisfilosofia em vagas generalizações, alheias á dialética social do direito, em sua realidade histórica; é, ao revés, uma certa candura, visitando o terreno da Filosofia, sem a exata noção do que ali já foi tecnicamente elaborado, no trabalho dos especialistas. A iurisfilosofia demanda uma proficiência equilibrada, tanto no conhecimento científico do direito, quanto no domínio da área filosófica. Sem isto, resulta, duma ou doutra forma, em produto manco.

Por isso, o mestre de Oslo acaba considerando a tríplice problemática - noção de direito, raciocínio jurídico e estimativa jurídica -, **sem** reportar-se às disciplinas filosóficas pertinentes. "Tais paralelos", diz ele, "não rendem muito", ou descambam para o que chama, com sentido impreciso, de "metafísica" (CASTBERG, 1970:1).

A conseqüência inevitável é que ele cai numa espécie de vácuo, onde filosofa sem filosofar, e nisto faz opções vertiginosas, coma mesma impávida inconsciência do M. Jourdain molieresco, ao enfrentar *o* prosaico e o poético. Basta citar, entre amostras que se encontram a cada página, o tratamento de determinação e liberdade, que o autor escandinavo "soluciona" através do ralo e velho artifício do "livre arbítrio limitado" (CASTBERG, 1970:134). Tal expediente seria "exigência" normativa, para fundar a culpa e a responsabilidade, que acha inseridas em certos sistemas de direito estatal. Quer dizer, ele incide naquela mixórdia de "filosofia implícita" e postulações arrogantes, que HUNGRIA pôs na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 e o ministro CAMPOS limitou-se a assinar (Exposição de Motivos do Código Penal, n. 4). Note-se que,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 154 29/06/2018 15:35:49

atribuindo a FRANCISCO CAMPOS essa atenção protocolar, salvo-lhe os brios do professor de Filosofia Jurídica, presumivelmente mais à vontade, na matéria, do que o membro da Comissão Revisora, cujo rascunho encampou. E o fato é notório, segundo o depoimento oral, que colhi de outros membros da mesma Comissão.

Em todo caso, qualquer que seja o nosso posicionamento, diante dos compromissos da Filosofia Jurídica com a Filosofia Geral, importa precisar o que está sendo referido, enquanto ponto de vista propriamente **filosófico.** Aí entra o rol de questões, abordadas pela Filosofia da Filosofia (HESSEN, 1957, I:11ss). E, neste ponto, emerge o que ORTEGA chamou de índole autônoma e pantônoma do filosofar (ORTEGA, 1964, VII:335-336). Ela corresponderia à ausência de pressupostos ("verdades presumidas") e à vocação para a totalidade ("o afã intelectual rumo ao todo"). Esses dois elementos parecem-me reais e caracterizadores da atitude filosófica; mas a ausência de pressupostos não pode ser tomada como absoluta, de vez que o pensamento radical não parte do nada, e, sim, no sentido subjetivo, dum influxo exterior e básico, no que tange à experiência, à praxis social. Há, de toda sorte, uma "evidência primeira", que se propõe intuitivamente, como trampolim do salto lógico-discursivo, em que ela é desenvolvida e testada. Por outro lado, a captação pantônoma há de lidar, simultaneamente com as fronteiras da totalização, que nunca se deixa prender num conceito, nem pode congelar-se num sistema acabado. O eterno devir logo desmoraliza todo saber absoluto.

Um ponto fica assinalado, neste ângulo, e nele é que se repartem as visões científica e filosófica, originariamente interligadas. No passo inicial, elas se apresentaram unificadas, e se opunham, como saber buscado (**episteme**), à **doxa** ou opinião vulgar, que recebe as "idéias" prefabricadas (MORENTE, 1952:6), isto é, as crenças dominantes no tempo e na classe do sujeito. Isto, aliás, explica a razão do aparente esvaziamento da Filosofia, quando o desenvolvimento científico separou do bloco unitário os dois setores. Entretanto, a Filosofia não morreu: ela continuou operando em sua própria esfera, dantes ligada à científica. Até se poderia dizer que a Filosofia subsiste, como porão e sótão das ciências mesmas.

Com os campos relativamente separados, o fato é que a Filosofia dá suporte à ciência, cuja organização teórica se apoia em princípios meta-científicos, nos termos de uma Epistemologia ou Filosofia da Ciência; e, por outro lado, as grandes hipóteses e verificações da Ciência ascendem ao exame crítico e à generalização do filosofar. A Filosofia da Filosofia é que se há de constituir, de algum modo, em si mesma. Uma introdução a qualquer ciência revela a Filosofia desta ciência; uma introdução à Filosofia já é um afazer filosófico.

Por isso é, também, tão marcante a diversidade das definições de Filosofia, uma disciplina que se re-constitui perenemente, em reorientações que integram o próprio filosofar. Não tem ela um recorte epistemológico igual àquele das ciências que, para tanto, se escoram em princípios filosóficos e, como não filosofam, tomam-nos por definitivos e assentes.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 155 29/06/2018 15:35:49

A precisão, que parece estabelecida, se dissolve, entretanto, quando as condições infraestruturais geram o abalo sísmico, na metodologia, repercutindo ali a querela filosófica em tudo correspondente. Isto não importa dizer, aliás, que os produtos filosóficos se reduzam a condicionamentos infraestruturais; apenas que estes formam o horizonte em que nascem os filosofemas e o limite da visão possível, naquela **situação e etapa**, ali se define. Os subentendidos científicos, a essa altura, vêm à tona, primeiro, na **cons-ciência** deles enquanto subentendidos; e, depois, na reestruturação dos métodos e temas. Assim, por exemplo, no estado atual da ciência jurídica, a busca de um modelo sem dogmas (LYRA FILHO, 1980, **passim**; LYRA FILHO, 1980A:**passim**). Foi a crise social bem acentuada que gerou a consciência dialética, refletindo a dialética do real, assim conscientizada, para inaugurar outra lógica, e entregá-la, então à ciência, onde instaurou a questão de método. Mesmo os vícios de infradialetização, aparecendo sob o rótulo de dialética, respondem a estímulo de certas conjunturas históricas (SARTRE, 1966:**passim**)

Em que se delineia, porém, o plano específico do filosofar? No âmbito humano, que transcende e incorpora as outras esferas de TEILHARD, a noosfera representa o homem, enquanto tal. Ela o desentranha da geosfera e biosfera, donde proveio, e, sob certo aspecto, continua, para realizar o salto dialético, do quantitativo ao qualitativo (TEILHARD, 1956:298ss). O homem possuía "consciência ao quadrado", que lhe enseja a autognose e o autogoverno. Isto é, o homem - e só ele - não apenas conhece, mas conhece as coisas, simultaneamente conhecendo o (processo de) conhecer. Daí a mutabilidade. Qualquer outro **zoon** tem consciência apenas transitiva: uma consciência que se aplica aos objetos, sem aperceber-se de si mesma, enquanto consciência. O homem, ao revés, tem consciência reflexiva; e, por isso mesmo, ele poderá dominar e alterar o seu modo de conhecer as coisas e a si mesmo, transformando-se também. O cão do tempo de ARISTÓTELES era exatamente igual ao que, hoje, temos em casa. O homem, com quem mantemos o vínculo social, não é nunca o mesmo. E isto advém do fato de que a "caninidade" não é um problema para o cão; a nossa humanidade é, porém, um problema para nós e a partir daquele potencial nós a modelamos. Em TEILHARD, entretanto, a noosfera parece antes prolongar-se numa linha que desconhece a especificidade do social; pois o autoconhecimento e conseqüente autogoverno é, antes de tudo, obra da Humanidade, na História, e, só depois e como parte desse processo geral, o esforço dum indivíduo, Assim é que LÉRTORA, com razão, acrescenta uma outra esfera, a sociosfera (LÉRTORA, 1974:23), determinando inclusive, transformações biopsíquicas no homem (GOULIANE, 1968:38ss).

Em qualquer hipótese, a marcha do conhecimento abre um leque de atitudes fundamentais que, em meio a todas as transformações, permitirá distinguir a especificidade do humano, em sua própria auto-experimentação. ORTEGA, noutra fórmula elegante, diz que "o homem não tem natureza; tem história" (ORTEGA, 1964, VI:42). Mas se isto nega uma natureza humana fixa, à

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 156 29/06/2018 15:35:49

moda tradicional, não poderia negar a especificidade do humano, sem a qual nem se reconheceria o objeto da predicação historicista. Aliás, o filósofo espanhol, ao contrário de muitos que o citam fora do contexto, reconhece isto claramente, falando na alterabilidade do homem, como "privilégio ontológico". O fato de **ter** História postula um algo, constante e diverso ao mesmo tempo. É inegável, desta maneira, a legitimidade da Antropologia Filosófica, mesmo sob o ponto de vista dialético (GOULIANE, 1968:13ss).

O homem, como "consciência ao quadrado", se conhece, conhecendo, e conhecendo o conhecimento; donde, a conscientização do seu próprio ser social, tanto quanto biopsíquico, e a possibilidade de autogovernar-se, coletiva e individualmente, sem que se esqueça o **prius** do social sobre o individual, que decorre da totalização. O homem muda; mas quem muda é ele, o homem, reconhecível desde o seu advento e até nas suas transformações.

A teoria do homem resulta, por certo, da praxis humana, que ela reorganiza intelectualmente, na ação de troca, circular, teórico-prática. Esse processo deixa entrever, ademais, certas atitudes, que nem todos desenvolvem igualmente, mas que, ao menos **in nuce**, existem sempre, no homem enquanto homem; isto é, em todos nós. O desenvolvimento de tais virtualidades pode ser desigual, mas elas estão ali, como virtualidades; tanto assim, que, permanecendo inexploradas, geram substitutivos inferiores: é a infra-ciência do leigo; é a sub-arte do não artista; é a "filosofia implícita" do não-filósofo. Aliás, nisto, e de novo, influem poderosamente os fatores sociais, porque muita vocação permanece frustrada, pela pressão do meio, que não dá ensejo ao seu aproveitamento. Imagine-se, por exemplo, quantos cientistas, artistas e filósofos a humanidade perdeu, na deshumanidade institucionalizada que condena classes inteiras e indivíduos geniais a tarefas estiolantes.

Ouso distinguir, como atitudes fundamentais do homem, seis aspectos, governados por verbos que exprimem a sua tônica: fazer (atitude técnica), explicar e compreender (atitude científica), fundamentar (atitude filosófica), intuir e mostrar (atitude artística), crer (atitude mística) e divertir-se (atitude lúdica).

A técnica é instrumental e limita-se a buscar a melhor execução de uma tarefa qualquer; neste sentido, ela acompanha todas as demais atitudes, inclusive a lúdica, formando nelas o conjunto de normas que KANT chamava "imperativos de habilidade". Ora, a técnica, enquanto "esforço para poupar esforço", liberta o homem de certos trabalhos, criando lazer e, nisto, gera outras necessidades não elementares que com tal lazer preenchemos (ORTEGA, 1964, V:334). ORTEGA denomina isto de "vida inventada" ou "destino extranatural do homem" (ORTEGA, 1964, V:346). Desde logo, importa observar, entretanto, que, numa sociedade dividida em classes, o lazer aproveita melhor aos que se reservam a exploração do trabalho alheio, e se organiza, para estes, com outros trabalhos considerados "nobres" (como o intelectual "gratuito") para fugir ao tédio e ao desespero branco do ócio e do prazer pelo prazer. De outro lado, o fenômeno social da tecnologia, precipitando mudança nos procedimentos de

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 157 29/06/2018 15:35:49

produção e exigindo habilitações cada vez mais requintadas, na execução de suas tarefas, não liberta as massas desprotegidas; ele até as marginaliza, pois reduz as disponibilidades de emprego, ao mesmo tempo que dificulta a disputa dos que restam - isto é, ao invés de lançar a maioria ao lazer, precipita-a no desemprego. O sistema de ensino, mesmo o técnico, não é acessível a todos; e, na medida em que se procura criar a alfabetização e dar instrução técnica, a suposta elevação de nível revela, imediatamente, o que pretende. Quer dizer, o que se visa é a mão de obra qualificada, para gerar a mais-valia, de que se aproveitará outra, mais requintada, tecnologia do **mesmo** modo de produção. Vejam-se os programas destinados a formar operários com aptidões especiais. Ó sistema estabelecido investe algo para treinar melhor os que o servem, à maneira de um domador de bichos amestrados. O ensino, então, cinde-se em instrução técnica para uma das classes e escolas "nobres" para a outra, o que elitiza as universidades.

A referência a dois verbos - explicar e compreender na atitude científica designa a velha polêmica entre naturalistas e culturalistas, a partir de DILTHEY e da separação entre **erklaren e verstehen** (PERPIÑA, 1958:**passim).** Essa divisão está, hoje, superada, no sentido de que as limitações de cada abordagem (eliminando o conteúdo idealista que presidiu à elaboração da suposta especificidade das "ciências do espírito") se compõem no emprego de ambos os verbos: "uma sociologia científica, portanto, é simultaneamente compreensiva (porque focaliza significados) e explicativa (porque os significados que ela descobre escapam aos participantes dos fenômenos sociais). Em princípio, a sociologia marxista corresponde a esse programa, porque se propõe a esclarecer, na crítica das ideologias, as motivações (de ordem econômica) de que o grupo social não toma consciência espontaneamente" (HUISMAN & VERGEZ, 1967:133-134). O desligamento da compreensão, para fora de seu compromisso idealista, permite que ela funcione como um enriquecimento do arsenal heurístico.

Resta mostrar que, explicando e compreendendo, a ciência tem, como característica, uma organização do conhecimento, segundo princípios. Assim a definia KANT. Porém o sistema científico é só parcialmente unificado. Era este, por exemplo, o sentido em que SPENCER o opunha à Filosofia (LALANDE, 1968: 957-958). Em SPENCER, contudo, o "conhecimento totalmente unificado", peculiar ao filosófico, situava-se positivisticamente; isto é, a unificação seria como que a soma e articulação das verificações científicas. Ora, tal perspectiva sacrifica o que há de específico na Filosofia, o fundamenta-, naquela pantonomia, voltada para o Todo. Porque a ciência já parte, ao menos lógica e epistemologicamente, dum recorte filosófico, e a busca da totalização não está subordinada aos, embora esteja relacionada com os, resultados da ciência. Esta opera com fundamentos modelados **ab extra,** inclusive na ontognosiologia subjacente. Para comprová-lo, basta ver que a ciência não deslinda as questões últimas que a antecedem (como pressuposto) e sucedem (como avanço, e sem limite do cientificamente adquirido, para a totalização filosófica). É neste sentido que a Filosofia pode ser definida como a conscientização e crítica dos subentendidos, fórmula que prefiro

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 158 29/06/2018 15:35:49

à sugestão de MANZONI (BOZZETTI, 1952:9): a "ciência dos subentendidos". Esta pressuporia, também, um repertório de resultados definitivos, à moda do "saber absoluto".

Quando o cientista abandona o seu afazer específico e se aventura a filosofar, ele não está mais fazendo ciência, que não visa ao Todo. A ciência é um saber de objetos determinados, segundo um recorte epistemológico e conforme procedimentos lógicos que à Filosofia cumpre esclarecer e reformular. A Filosofia, ao revés, é sempre fundamentação e a ela cabe, inclusive, refletir criticamente sobre os métodos e resultados da ciência, "com vista, a estabelecer uma doutrina do conhecimento e dos valores" (CUVILLIER, 1956:55). Mas não só isto: cumpre-lhe também desvendar os aspectos ontognosiológicos e epistemológicos operacionalizados cientificamente. A doutrina do Todo, com que se armam os problemas, não será, contudo, uma conceptualização sistemática e global daquela Totalidade, em termos definitivos, mas uma nova aproximação, no rumo dela, buscando "o conteúdo da verdade, que só nos é acessível na união do temporal e do eterno" (JASPERS, 1957:65), ainda quando, numa perspectiva dialética, vejamos o Todo em devir permanente e sob o impacto da praxis. Isto é, como quer SCHAFF, na expressão já citada, a "verdade-processo". Essa posição, é claro, não importa em relativismo; pois, em certa quota, a História da Filosofia pode ser vista como uma sucessão de erros (melhor: de tentativas frustradas); mas, noutra parte, enquanto ela se manifesta como produto duma soma de tentativas, nota-se que, nada obstante, caminha para uma elucidação cada vez mais ampla e nunca terminada. A Filosofia, com sua arriscada "ligação direta", ilumina, inclusive, muitas vezes (a realidade é una), certas áreas que à teoria científica, depois cabe explicitar, sem que se infirme o acerto parcial. Assim, por exemplo, é possível descodificar a teoria da alma, de PLATÃO, retirando-a do vocabulário mítico, em que foi concebida, com aqueles cavalos de cores diferentes e o cocheiro que procura dominar a parelha. Ao fazê-lo, reconhecemos uma surpreendente antecipação de FREUD; e se torna possível, então, re-codificar a doutrina platônica, mediante os conceitos psicanalíticos de **ego, superego** e **id**, com o ônus posterior de demonstrar, igualmente, que a Psicologia Profunda nos traduz elementos do social intrasubjetivado (GOLDMANN, 1970:94ss), e não de formações subjetivamente autóctones. O **superego** é um super-eco de armação de princípios hauridos no meio social, tanto no sentido da autêntica, quanto no da falsa, consciência.

Filosofia, em última análise, será uma espécie de autoconsciência crítica, em que teoria e praxis **tentam** unificar-se (GRAMSCI, 1978:23-24), com vistas à totalização. E, na sua marcha, produz novas **Weltanschauungen,** que fecundam e alimentam "a cultura de uma época histórica, a produção filosoficamente orientada segundo **Weltanschauungen** originais" (GRAMSCI, 1978:105).

A dialética do pensamento acompanha e **tenta** refletir a dialética real da natureza e da História; e, ainda quando se aparta desta dialética, continua inserida nela. Cada produto relativo, mesmo superado **(aufgehoben)** deixa iluminada

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 159 29/06/2018 15:35:49

uma partícula do real em devir. Não há erro, como não há acerto, absoluto, nas grandes aquisições. É, como se num palco escuro, nunca podendo ser totalmente aclarado, na espiral evolutiva da natureza e da História (KOFLER, 1968:20ss) -, o **spotlight** precário dirigindo o seu foco para certos pontos e nisto atendendo ao clamor que, em cada época e segundo a praxis coletiva, desperta a consciência. O trecho iluminado é mais ou menos turvo; mas a coisa vista **ex-iste,** e é apenas mais uma, dentre as manifestações do Todo, que não precisa ser, necessariamente, concebido, à moda hegeliana, como Espírito ou Idéia **real-izando-se.** Filosoficamente, não é, por definição ou princípio, indeclinável engendrar o todo num ser parmenídeo e fixo, ou num devir heraclíteo do **mesmo** ser, **ex-istindo** em devir (KESSIDI, 1976:171ss); nem condensá-lo, como na fé, em um Deus que se derrama, panteisticamente, ou se concentra, em transcendência personalizada. Esses dois aspectos, aliás, são nítida e visceralmente interligados (TEILHARD, 1969:73ss). Justamente porque a Filosofia visa à totalização inalcançável é que resta ao homem, para além, uma atitude mística Esta será, hoje em dia, talvez a mais polêmica. Esclareço, porém, e desde logo, que, na perspectiva em que a coloco, hic et nunc, ela não significa necessariamente uma atitude religiosa, no sentido próprio e forte, em que se manifesta como forma, por assim dizer institucionalizada e acabada, de fé. A atitude mística pode evolar-se para uma espécie de comunhão com o Englobante (o **Umgreifende**) jasperiano, ou até com o que ele parece entremostrar, e que seria Deus; mas pode ser também, e tão só, o tipo específico de manifestação daquele **Prinzip Hoffnung**, o princípio-esperança, cuja religiosidade é metafórica, embora não menos autêntica, na construção de ERNST BLOCH. Por outras palavras, a atitude mística pode indicar-nos o desfecho da História, num céu de catecismo ou apenas **honest to God** (ROBINSON, 1967:**passim**), sem aquelas particularizações míticas da doutrina tradicional; ou pode indicar-nos o "céu" aqui mesmo na terra, como, por exemplo, no caso da sociedade comunista alcançada e fruída, que é o lado místico do afã e esperança dum marxismo ortodoxo. Este epílogo de nítida fé, representa como que, no ângulo materialista, a consumação do Espírito Absoluto hegeliano, cancelando a dialética imanente da História, para dar-lhe uma escatologia de **happy end**. O lado místico se concretiza, é claro, nisto que nenhuma sociedade historicamente manifestada sequer pretende haver atingido a futurológica admissão do comunismo final, Que seria um retomo, com sabor rousseauniano, daquela comunidade primitiva, revista e transfigurada, para devolver um "paraíso"...

A atitude artística, enquanto tal, não pretende explicar, compreender ou fundamentar; ela intui e mostra, apenas, embora, é claro, possa haver, no estilo dum cientista ou dum filósofo, elementos estéticos notáveis. Mas eles são ali francamente irrelevantes. BERGSON era um filósofo mais ou menos secundário e, nada obstante, um prosador de superlativa elegância, como foi, igualmente, ORTEGA, o "filósofo **mondain**", por excelência (MARRERO, 1961:**passim**). HEGEL é um pedregulho, de leitura inóspita, mas um filósofo de

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 160 29/06/2018 15:35:49

primeira grandeza. Assim, também na ciência. Minguam iria, hoje, procurarem BUFFON a informação científica atualizada; porém ele foi incluído, com razão, numa antologia oral da arte literária francesa e, pelo teor lírico, até de sua **poesia**, recitada por soberbos atores.

O que aproxima o artista do místico é que, desenvolvendo tecnicamente uma abordagem intuitiva, sobre a qual a estética de CROCE faz incidir uma luz importante, conquanto parcial, ele **comunga** com a realidade. Traça uma espécie de epifania leiga. Por outro lado, entretanto, o pensamento celebrante do artista é apenas vizinho, mas distinto, do "pensamento orante" do místico (LIMA VAZ, 1968:106), pois não intenta, corpo este, eliminar as contradições (DELAMARE, 1979:14).

Ademais, o artista pode aproximar-se do filósofo, na medida em que as intuições celebrantes constituem a criação "em segunda potência" (MARITAIN, 1955:81-82), numa "ligação direta" com a realidade. Pois inclusive a fantasia movimenta, na ordem de aparecimentos insólitos, os elementos do real; e o "sobrerealismo" é apenas um recurso lírico para quebrar as cascas prosaicas do discurso e ter presente uma realidade-noz, que atinge, na poesia, a fronteira da participação no "invisível" e "indizível" (DELAMARE, 1980:**passim**): "meus olhos são pequenos para ver.../ mas vêem, pasmam, baixam deslumbrados" (DRUMMOND, 1973:201).

Essa participação enseja os golpes de síntese, capazes de, sem explicar, entretanto pôr-nos diante de elementos da realidade, até inspirando a ciência, como no caminho que vai de CERVANTES a KRETSCHMER, para mostrar, nos paradigmas de D. Quixote e Sancho, a raiz da biotipologia. Uma sugestiva amostra disto está no Sermão XIV do Rosário, em que VIEIRA **exibe**, artisticamente, a estrutura econômica, num certo modo de produção, que a ciência veio, depois, a explicar (BOSI, 1970:50). Ali se vê a representação artística da mais-valia.

A criação artística, em seu esquema de intuir e mostrar, elimina (ou devia eliminar) as "explicações" e "fundamentações", que não lhe incumbem. No que é possivelmente a maior criação romanesca da literatura universal, pela sua amplitude e profundidade, no painel gigantesco, TOLSTOI macula a obra, antepondo ao genial epílogo um longo, tedioso e arbitrário ensaio de Filosofia da História. Na poesia, justamente a forma de maior concentração, dentre as da arte literária, bem se aperfeiçoa o que indica o parentesco e a diferença de arte, Ciência e Filosofia. O ensaio de STENDHAL sobre o amor, com a sua famosa teoria da cristalização, é, antes de tudo, uma obra que pretende realizar a análise psicológica, aliás agudíssima (STENDHAL, 1853). No entanto, aquelas considerações poderiam ser substituídas por um verso apenas, de ÉLUARD, que intui e mostra a cristalização stendhaliana, sem fazer qualquer aproximação explicativa com o texto bem conhecido. Cada amante vê o ser amado, não como é, na realidade, "porém como a ele convém que seja", ornando a criatura amada com as qualidades que elege, como ideal amoroso. ÉLUARD condensa tudo isso num golpe de iluminação estética, indagando: **qui de nous deux inventa l'autre?**" (ÉLUARD, 1968, I:165).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 161 29/06/2018 15:35:49

O **homo faber,** da técnica, o **homo sapiens,** da Ciência e da Filosofia, o **homo poeta** da arte (MARITAIN, 1955:32) e o **homo credens** da mística, seja ela embora atéia, não eliminam o **homo ludens.** Neste se projeta a nossa peculiar necessidade dum regresso ao jogo infantil e o seu "faz de conta", descontraindo o espírito, segundo as suas próprias capacidades. Quero dizer com isto que a diversão - o que, para cada sujeito ou grupo será tal - depende das aptidões intelectuais e das rotinas da atividade comum, que precisamente visa a romper. Como na conhecida anedota, e escritor poderá distrair-se, fazendo jardinagem, e o jardineiro repousar, lendo e escrevendo. Aqui se trata, não de atingir o ócio, porém de alterar os padrões de atividade, e a diversão se concretiza num trabalho pouco exigente, distinto do ofício do sujeito, o que, de certo modo, o desresponsabiliza para as fruições dum diletante. "Pois o lazer não consiste de nenhum modo em abandonar o trabalho; é um trabalho de outro tipo" (BLOCH, 1958, 1ss). Aí se enquadra bem o conceito de **hobby;** e, como tal colocação deixa bem claro, estamos longe do que por **homo ludens** tinha em vista HUIZINGA (HUIZINGA, 1943:**passim**), numa generalização arbitrária, dentro da teoria da cultura. Nem se trata de alienação, mas de repouso, para a retomada posterior das tarefas mais sérias. Um exemplo talvez esclareça este aspecto. Durante a segunda guerra mundial, e para fugir às "tensões dos nervos" diante da "terrível realidade" daqueles dias, ASTROJILDO PEREIRA (PEREIRA, 1944:231) dedicou-se a certa brincadeira teológica, procurando, numa leitura maliciosamente humorística da Bíblia, as possíveis origens mosaicas do hitlerismo. "Quem sabe até se a ascendência de Hitler não vem do sangue de Esaú?" (PEREIRA, 1944:253). A pilhéria, que ironiza o antisemitismo nazista, foi outra espécie de trabalho, afim com o habitual, mas sem os compromissos dos ensaios a que habitualmente se entregava o escritor. Era uma interferência do **homo ludens,** na personalidade totalmente engajada, e livre de qualquer traço alienante.

Não é, sequer, preciso trocar os pincéis pelo violino, como INGRES, ou a física pela música, tal como EINSTEIN. A mudança de tarefas pode concretizar-se, às vezes, numa postura lúdica dentro do mesmo gênero de trabalho habitual, dando-lhe um jeito alegre e "não sério".

Note-se que resumindo as atitudes fundamentais do homem, o meu propósito foi evitar uma definição da Filosofia, sempre frustrante, optando por tentar caracterizá-la como uma perspectiva diante de qualquer tema - o que é, sem dúvida, a nota constante, apesar da diversidade de concepções da Filosofia mesma, que a sua índole não permite unificar. Pois toda Filosofia **in concreto** reinaugura a Filosofia da Filosofia, sua fundamentação, e abre o leque de modos e maneiras de encará-la, envolvendo a negação de outros modelos de filosofar ou até da Filosofia mesma. Neste caso extremo, porém, ainda subsiste a advertência aristotélica de que negar a Filosofia já é filosofar.

A atitude filosófica sobrevive e evolui, no roteiro histórico, sob a modelagem da praxis, num horizonte que é dado pelo tempo e pelas estruturas que nele se estabelecem. Ademais, a posição do filósofo nestas mesmas estruturas

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 162 29/06/2018 15:35:49

não lhe determina, como reflexo, o conteúdo e valor do produto reflexivo. Dá-lhe o traje de um corpus em constante evolução.

A Filosofia prossegue e, "em certo sentido, ela poderia ser representada como uma espécie de movimento dialético, no qual é vista, afirmando incansavelmente a sua pretensão a existir, mas sob formas sempre novas, ao menos aparentemente, em reação, a negações, igualmente diversas, dela mesma, e comandadas por sua própria evolução" (DE WAELHENS, 1961:1). Restaria acrescentar que o isolamento dum comando, "por sua própria evolução", obscurece as raízes sociais de cada modelo, assim como o reducionismo às puras raízes sociais iria banir da Filosofia a sua quota de valor objetivo, na verdade-processo. Num caso, é a falsa dialética, de índole idealista; no outro, é um mecanicismo antidialético. E quem restaria para dizer algo válido? A burocracia dos "funcionários do universal"?

A Filosofia não acabou. Como teoria radical (isto é, que vai às raízes), ela tenta reorganizar, sob o impacto da praxis, a fundamentação totalizadora que a arte só intui e mostra; que a ciência apenas explica e compreende, sem totalizar; que mesmo a fé não poderá nutrir a seco (LYRA FILHO, 1976:136-145), necessitando a luz da razão, que nunca é pura, mas histórica.

O arremesso para o Todo arranca da praxis, é impulsionado e modelado por ela, c reverte a ela para os novos saltos teóricos, que jamais esgotam essa tarefa incessante. A Filosofia renasce, transfigurada, a cada etapa, e o saber absoluto, a que se vota, não é, nunca, um saber feito, mas um polo atrativo do seu afã. Se se consumasse, terminaria a sua História, como a História geral, em si, estaria concluída, enquanto desvendamento global, de um lado, e extinção, por outro, das novas possibilidades do Homem, de ser, viver e conhecer. Mas a precariedade dos resultados apenas traduz, na escala filosófica, o que ocorre em todas as outras atitudes: a arte se transforma, a ciência nunca deixa de retificar-se, os jogos mudam, a técnica se requinta, a própria fé não é uma conquista antes, um anseio que se rende a crenças (LYRA FILHO, 1972:8-14). A História do homem nunca chega. na praxis, a um nível que elimine qualquer contradição, ensejando a teoria acabada de uma História conclusa. Por que, então, só à Filosofia se deseja cobrar uma instabilidade fecunda, que traduz o devir e frustra a "bela totalidade" final com que sonhava HEGEL? Qualquer totalização é um momento assinalado no devir. Apenas, na Filosofia, isto se torna óbvio e dramático, porque ela funciona lá no alto da gávea, e o filósofo é o gajeiro da embarcação humana, em nossa viagem pela História. Qualquer ilusão de chegada confunde a escala e o termo do périplo.

Assim, na Filosofia Geral, assim na Filosofia Jurídica. A Filosofia do Direito (dos direitos em concreto) arma o filósofo com elementos apontando aspectos da dialética social do direito. O esquema desta é que constitui o foco temático da Filosofia Jurídica. Mas isto é outro assunto, que vai formar o conteúdo de cada elaboração da própria Filosofia Jurídica (LYRA FILHO, 1980A:**passim**), em revisão crítica e totalização provisória.

Em todo caso, não se trata dum círculo vicioso, nem duma triste montanha de erros. No impulso da História, a Filosofia abre os giros da espiral ascendente.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 163 29/06/2018 15:35:50

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANGÚREN JOSÉ LUÍS (1968), **El Marxismo como Moral,** Madrid, Alianza.

ATIENZA MANUEL (1979), **Actual Filosofia del Derecho en Argentina,** Madrid, cópia xerox (Tese doutoral).

BAKHTIN, MIKHAIL (1979), **Marxismo e Filosofia da Linguagem,** São Paulo, Hucitec.

BARATTA, ALESSANDRO (1966), **Positivismo e Scienza del Diritto Penale: Aspetti, Teorici e Ideologici dello Sviluppo della Scienza Penalistica Tedesca dall'inizio del Secolo al 1933,** Milano, Giuffrè.

BLOCH, ERNST (1958), **Spuren,** Frankfurt am Main, Suhrkamp.

BOSI, ALFREDO (1970), **História Concisa da Literatura Brasileira,** São Paulo, Cultrix.

BOZZETTI, GIUSEPPE (1952), **Che Cosa é la Filosofia**, Roma, Studium.

CALVET, JEAN LOUIS (1975), **Pour et Contre Saussure – Vers une Linguistique Sociale,** Paris, Payot.

CASTBERG, FREDE (1970), **La Philosophie du Droit.** Paris, Pedone.

CHAUÍ, MARILENA DE SOUZA (1978), **Prefácio** da obra de PAULO SILVEIRA, **Do Lado da História: Uma Leitura Crítica de Althusser,** São Paulo, Polis: 9-16.

CUVILLIER, ARMAND (1956), **Parti Pris sur l'Art, la Philosophie, l'Histoire,** Paris, Armand Colin.

DELAMARE, NOEL (1979), **Cancioneiro dos Sete Mares,** vol. I, Brasília, Livraria Galilei (Distribuidora), edição particular.

DELAMARE, NOEL (1980), **O CANCIONEIRO DOS SETE MARES, VOLUMES PUBLICADOS E INÉDITOS (Conferência sobre a "Tradução" de Poesia)**, Rio, inédito (a ser editado pela ABRATES).

DE WAELHENS, ALPHONSE (1961), **La Philosophie et les Expériences Naturelles,** La Haye, Martinus Nijhof.

DRUMMOND DE ANDRADE, CARLOS (1973), **Poesia Completa e Prosa,** Rio, Aguilar.

ÉLUARD, PAUL (1968), **Oeuvres Complètes,** Paris, Gallimard, 2 vols.

GOLDMANN, LUCIEN (1959), **Recherches Dialectiques,** Paris, Gallimard.

GOLDMANN, LUCIEN (1968), **L'Idéologie Allemande et les Thèses sur Feuerbach,** L'Homme et la société, Paris, Anthropes, VII:37-55.

GOLDMANN, LUCIEN (1970), **Marxisme et Sciences Humaines**, Paris, Gallimard.

GOULIANE, C. I. (1968), **Le Marxisme Devant L'Homme, Essai d'Anthropologie Philosophique**, Paris, Payot.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 164 29/06/2018 15:35:50

GRAMSCI, A. (1978), **Introdução à Filosofia da Praxis**, Lisboa, Edição Antídoto.

GRANGER, GILLES GASTON (1974), **La Raison**, Paris, P.U.F.

GUY, ALAIN (1969), **Ortega y Gasset ou la Raison Vitale et Historique**, Paris, Seghers.

HESSEN, JOHANNES (1957), **Tratado de Filosofia**, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2 vols.

HUISMAN, DENIS & VERGEZ, ANDRÉ (1964), **Introdução a Filosofia das Ciências**, Rio, Freitas Bastos.

HUIZINGA, J. (1943), **Homo Ludens**, México, Fondo de Cultura Econômica.

JASPERS, KARL (1957), **Die Grossen Philosophen**, I, München, R. Piper & Co.

KESSIDI, THÉOHAR (1976), **As Origens da Dialética Materialista: Heráclito**, Lisboa, Edição Prelo.

KOFLER, LEO (1968), **La Ciência de la Sociedad, Esbozo de una Teoria de la Sociologia Dialéctica**, Madrid, Revista de Occidente.

LALANDE, ANDRÉ (1968), **Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie**, Paris, P.U.F.

LECLERCQ, JACQUES (1953), **Introdução à Sociologia**, Coimbra, Armenio Amado.

LEFEBVRE, HENRI (1966), **Le Langage et la Société**, Paris, Gallimard.

LEFEBVRE, HENRI (1966A), **Pour Connaître la Pensée de Marx**, Paris, Bordas.

LEFEBVRE, HENRI (1969), **Logique Formelle, Logique Dialectique**, Paris, Anthropos.

LEFEBVRE, HENRI (1971), **L'Idéologie Structuraliste**, Paris, Anthropos.

LÉRTORA, ADOLFO (1974), **Estructura del Hombre**, Buenos Aires, Ediciones Silara.

LIMA VAZ, HENRIQUE C. (1968), **Ontologia e História**, São Paulo, Duas Cidades.

LUKÁCS, GEORG (1972), **Ontologie**, Darmstadt und Neuwied, Luchterhand.

LYRA FILHO, ROBERTO (1972), **A Concepção do Mundo na Obra de Castro Alves**, Rio, Borsoi.

LYRA FILHO, ROBERTO (1976), **Filosofia, Teologia e Experiência Mística**, Belo Horizonte, Kriterion, XXII:136-145.

LYRA FILHO, ROBERTO (1980), **Para um Direito sem Dogmas**, Porto Alegre, Fabris.

LYRA FILHO, ROBERTO (1980A), **O Direito que se Ensina Errado**, Brasília, Centro Acadêmico de Direito da UnB.

MARITAIN, JACQUES (1955), **Creative Intuition in Art and Poetry**, New York, Meridian Books.

MARRERO, VICENTE (1961), **Ortega, filósofo "Mondain"**, Madrid, Rialp.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 165 29/06/2018 15:35:50

MARX, KARL (1965), **Oeuvres**, I, Paris, Gallimard.

MARX, KARL (1968), **Oeuvres**, II, Paris, Gallimard.

MARX, KARL & ENGELS, FRIEDRICH (1975), **Correspondance**, V, Paris, Editions Sociales.

MILLIBAND, RALPH (1978), **Marxism and Politics**, Oxford, Oxford University Press**.**

MORENTE, MANUEL GARCÍA (1952), **Lecciones Preliminares de Filosofía**, Buenos Aires, Losada.

ORTEGA Y GASSET (1964), **Obras Completas**, Madrid, Revista de Occidente, 11 vols.

PEREIRA, ASTROJILDO (1944), **Interpretações**, Rio, C.E.B.

PERPIÑA RODRIGUEZ, ANTONIO (1958), **Métodos y Critérios de la Sociologia Contemporânea**.

REALE, MIGUEL (1975), **Filosofia do Direito**, São Paulo, Saraiva, 2 vols. ROBINSON, JOHN A.T. (1967), **Sincero para con Diós**, Barcelona, Libros del Nopal.

SARTRE, JEAN PAUL (1966), **Questão de Método**, São Paulo, Difel.

SCHAFF, ADAM & SCZPANSKI, JAN (1970), **Sociologia e Ideologia**, Lisboa, Presença.

SCHAFF, ADAM (1974), **Linguagem e Conhecimento**, Lisboa, Almedina.

STENDHAL (1853), **De L'Amour**, Paris, Michel Lévy.

TEILHARD DE CHARDIN, PIERRE (1966), **Oeuvres**, II, **L'Apparition de l'Homme**, Paris, Seuil.

TEILHARD DE CHARDIN, PIERRE (1969), **Oeuvres**, X, **Comment Je Crois**, Paris, Seuil.

WARAT, LUIS ALBERTO (1976), **El Derecho y su Lenguaje**, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 166 29/06/2018 15:35:50

A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO DO TRABALHO "DA CRISE" (*)

António Monteiro Fernandes
Professor da Faculdade de Direito
da Universidade Clássica de Lisboa

1. Os desafios que uma crise econômica e social tão generalizada lança ao Direito do Trabalho são agravados, na sua agudeza e na sua urgência, pelo facto de este jovem ramo do ordenamento jurídico se encontrar, ele próprio, numa fase particularmente crítica da sua evolução. Esta fase crítica manifesta-se, desde logo, no indicador mais expressivo que pode ser utilizado a propósito de um sector da ordem jurídica em que avultam, historicamente, desígnios de intervenção modeladora na ordem social e econômica: esse indicador é o grau de efectividade das suas normas, ou, noutros termos, a relação de correspondência positiva ou negativa entre os padrões normativos e as modalidades concretas por que se exprime a prática social.

A ineficácia das normas de DT existe, como é óbvio, quando se constata um grau significativo de inaplicação. Mas a violação freqüente, por actos ou por omissões, dos comandos jurídicos pode resultar, alternativa ou cumulativamente, de, pelo menos, três tipos de disfunção.

2. O primeiro é o que se constata nos casos de **inadequação social** das normas, de conflito aberto entre os padrões de conduta que pretendem estabelecer e as formas de comportamento que, na prática social, e de acordo com a própria interpretação dos seus interesses os destinatários das mesmas normas mais correntemente adoptam. Podem apresentar-se numerosos exemplos recentes deste tipo de disfunção, que reflecte um excesso da tensão modeladora da lei relativamente ao grau de elasticidade da prática social dominante: a legislação italiana sobre o controlo público do emprego, a legislação britânica de 1971 sobre as relações industriais e, em especial, o estatuto dos sindicatos, a lei portuguesa sobre a greve e o **lock-out** de 1974, são apenas algumas ilustrações marcantes do fenômeno. Em casos como esses, a generalizada inaplicação das normas pôs em jogo a sua mesma **validade** e foi acompanhada pela inércia dos correspondentes mecanismos sancionatórios, ficando em crise manifesta as opções político-jurídicas subjacentes.

3. O segundo tipo de disfunção é o que decorre do fenômeno de "justaposição de normas" (RODRIGUEZ-PIÑERO), hoje tão freqüente nos ordenamentos laborais, como produto da evolução rápida das formas de

(*) Conferência pronunciada no dia 16.10.84 no auditório do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. (Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 18, n. 34, p. 145-150, jan./jun./1985)

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 167 29/06/2018 15:35:50

organização de trabalho e das tentativas "assistemáticas" de acompanhamento dessa evolução pelo legislador. A manifestação mais saliente do fenômeno encontra-se na coexistência de dispositivos de garantia da estabilidade de emprego com regimes tendentes à normalização do trabalho precário. Não raro, essa coexistência corresponde a uma definida opção de política legislativa conjuntural - como sucedeu com a legislação portuguesa em matéria de despedimento e de contratação por prazo determinado. Mas, na generalidade dos casos, a justaposição é mera resultante de uma deficiente consideração global e orgânica do funcionamento do sistema, sob a pressão de conjunturas mutáveis e perante a dificuldade dos consensos.

Daí provém a possibilidade da mútua desvalorização das normas justapostas e, por conseqüência, a sua ineficácia, ao menos parcial. E, assim (para retornar ao exemplo de há pouco), ao mesmo tempo que se modela um padrão normativo da relação de trabalho, basicamente caracterizado pela estabilidade, abre-se o caminho à proliferação de modalidades de emprego precário que desgastam e desvalorizam aquele padrão. Vários problemas se suscitam aqui, sem que tenhamos a possibilidade de os aprofundar (entre eles, o da contribuição que outros ramos de Direito, nomeadamente o Comercial, oferecem ao referido fenômeno de justaposição de regimes e de instrumentos jurídicos), mas é decerto necessário enfatizar o aspecto crítico que tais situações revestem na evolução do Direito do Trabalho. Por um lado, tende a estreitar-se a zona de influência do ordenamento laboral "clássico" - mormente quando as condições do mercado incitam o empresário a restringir ao máximo os efectivos permanentes e, portanto, o emprego estável. Por outro, ergue-se defronte do legislador o dilema de "normalizar" o trabalho precário - contribuindo para a sua eventual generalização - ou intervir de forma repressiva, o que pode eqüivaler à centrifugação do mercado "formal" de emprego, isto é, à expulsão, para a zona da anomia, de modalidades de prestação de trabalho que são socialmente relevantes e sujeitas a elevada demanda.

4. Faremos, ainda, referência a uma terceira disfunção, esta mais correntemente denunciada e, na verdade, capaz de explicar em boa parte os elevados graus de ineficácia que os ordenamentos trabalhistas de muitos países revelam. Trata-se da inadequação dos regimes sancionatórios da violação de normas, e da deficiência dos mecanismos destinados a assegurar a aplicação de sanções. Muitas normas de Direito do Trabalho não estão, com efeito, providas de sanções que se proporcionem à importância dos bens jurídicos protegidos por essas normas. A articulação dos preceitos trabalhistas com princípios e referências conceituais do Direito Mercantil e do Direito Penal conduz a que, nomeadamente defronte de empresas societárias, aqueles preceitos fiquem praticamente privados de sanção. O predomínio da técnica indemnizatória sobre a da reparação específica continua a verificar-se em relação a importantes garantias laborais. E, um pouco por todo o lado, a organização judiciária e a

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 168 29/06/2018 15:35:50

disciplina processual mostram-se incapazes de responder, em tempo útil - que, nas questões de trabalho, é muito pouco tempo -, ao volume e à premência da litigiosidade.

Estas, algumas das condições favoráveis à inefectividade do Direito do Trabalho, fenômeno que assume, naturalmente, graduações diferentes de país para país. E num ramo de direito tão ligado ao real, à situação concreta - "o Direito do Trabalho não é um Direito das essências mas das existências", como escreveram CAMERLYNCK e LYON-CAEN -, o grau de inefectividade é bem a medida da crise.

5. Todavia, é necessário salientar que as condições referidas são próprias do "Direito legislado", isto é, daquela região dos ordenamentos laborais em que se manifesta a intervenção normativa estadual, aliás de acordo com o registro de nascimento deste ramo de Direito. É sobretudo a lei, como instrumento de intervenção, que deve considerar-se em crise na época actual.

De resto, essa crise estava já de algum modo profetizada por aqueles - como KAHN - FREUND - que há muito apontam o caracter relativamente **secundário** do papel da lei na **efectiva** regulação das relações sociais que se geram em torno do trabalho. As condições do mercado de trabalho em cada momento e o grau de organização de interesses colectivos por parte dos trabalhadores são factores susceptíveis de agir mais poderosamente do que a vontade política do legislador na modelação concreta das relações laborais. Numa das suas obras mais famosas, escreveu aquele jurista que "nas relações de trabalho, as normas legais não podem muitas vezes ser eficazes se não estiverem apoiadas em sanções sociais", para além das sanções jurídicas, de caracter administrativo, penal e civil, que por todo o lado existem. A "sanção social" corresponde, noutros termos, à **autotutela colectiva**, ela própria susceptível de tratamento legal (e hoje reconhecida em grande número de leis constitucionais), mas inelutavelmente dependente de condições extrajurídicas como sejam a força ou a fraqueza que, em concreto, as organizações de trabalhadores revelem.

Por isso é que o exame dos sistemas legais dos vários países cada vez menos pode servir como método de comparação, quer entre os respectivos ordenamentos laborais, quer entre os correspondentes estádios de desenvolvimento social.

6. No entanto, é forçoso reconhecer que grande parte dos ordenamentos laborais permanece fiel ao primado da lei e, sobretudo, à idéia difusa de que só mediante expressa consagração legal adquirem consistência os direitos e regalias dos trabalhadores, particularmente no plano individual. Edificaram-se, de acordo com essa perspectiva, estruturas regulamentares complexas e pretensamente omnicompreensivas, destinadas a assegurar a posição contratual do trabalhador, em muitos casos, para além dos limites de paternalismo. Mas essa atitude tutelar da lei tem fundamentalmente em vista a dimensão individual das relações de trabalho, evocando assim, de modo irresistível, o estádio primitivo das chamadas legislações "industriais" ou "operárias".

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 169 29/06/2018 15:35:50

7. Daí fluem várias conseqüências importantes para a compreensão do momento que atravessa a evolução do Direito do Trabalho:

a) **A desvalorização da contratualidade, quer no plano individual, quer no colectivo**. Os conteúdos que pode assumir a relação de emprego encontram-se extensamente - quando não taxativamente - condicionados pela legislação estatal. O contrato individual de trabalho viu desvanecida a sua função reguladora ou modeladora, cingindo-se a um papel genético que, não raro, traduz uma ficção jurídica e, também por isso (além de outras razões, em particular de ordem ideológica), foi e continua a ser posta em causa (nomeadamente pelas teorias relacionistas de raiz germânica). Todavia, **é da existência desse contrato que se faz depender a aplicação das normas trabalhistas**, o que suscita penosas dificuldades teoréticas e metodológicas. No que respeita à contratualidade colectiva, sabe-se que o **garantismo**, como "atitude" legislativa centrada na protecção do trabalhador individual, contém implícito o estreitamento da margem de actuação dos instrumentos de autonomia e de autotutela colectivas e acarreta a já sugerida sobrevalorização de mecanismos judiciais e administrativos.

b) **A inflexibilidade dos conteúdos protectivos**. O primado da lei protectora implica naturais dificuldades de adaptação das condições de trabalho (e dos meios de tutela da posição profissional do trabalhador) às flutuações conjunturais e aos particularismos sectoriais. Ainda que não desejada nem, porventura, consciente, verifica-se uma tendência para certa assimilação do regime das relações privadas de emprego ao estatuto do emprego público, nomeadamente no que respeita à acentuação da estabilidade e da fixidez de condições de trabalho (lugar, tempo, modo, porventura até estrutura remuneratória), adquirindo esses elementos - **estabilidade** e **fixidez** - valor autônomo. Mas este resultado, que é, de algum modo, inerente ao garantismo legal, confronta-se com o facto inegável de que, sendo a empresa o cenário normal da relação de trabalho - e até, mais do que o seu cenário, um quadro fisiológico em que essa relação se insere, - as realidades econômicas, tecnológicas, sociais e políticas tornaram imperiosa a visão dela (da empresa) como "organização flexível e dinâmica que exige instrumentos jurídicos que sirvam de suporte a essa flexibilidade e a esse dinamismo" (RODRIGUEZ PIÑERO). É esse, como veremos, porventura o mais sério desafio que o Direito do Trabalho defronta: o de compatibilizar, nos instrumentos e nos conteúdos, o apelo geral à flexibilidade e a preocupação tutelar que historicamente assumiu como sua.

c) **A perspectiva unidimensional das relações de trabalho**. A legislação do trabalho tem-se mantido, de um modo geral, rigidamente ancorada no conceito de subordinação ou dependência jurídica. É a linha sucessória da legislação operária dos primórdios que persistentemente se afirma. E isso, não obstante a evidência de que o originário fundamento da referência à subordinação se relacionava com a necessidade de mediar

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 170 29/06/2018 15:35:50

juridicamente a protecção a contraentes débeis, a trabalhadores desprovidos de poder contratual, a pessoas economicamente desfavorecidas (GIUGNI). Os meios protectivos atingem assim indiscriminadamente, as mais diversas situações marcadas pelo selo da subordinação, apoiando a formação e a acentuação de "desigualdades horizontais" (GIUGNI), isto é, no âmbito do trabalho dependente. Este facto sugere a necessidade da superação do critério da subordinação, como "chave" da legislação laboral, perante a multiplicidade das situações concretas que a evolução econômica, tecnológica e social tem gerado no domínio da organização do trabalho.

8. Perante as características da "emergência" econômica *e* social - entre as quais avultam a da relativa **ineficiência dos instrumentos tradicionais de governo da economia e do mercado de trabalho** e a do **limitado controlo nacional das causas de desajustamento** que originam a crise - a delicadeza do momento evolutivo em que o Direito do Trabalho se encontra tornou-se mais manifesta.

A construção das linhas orientadoras de uma legislação protectiva do trabalhador passaram a suscitar problemas que em fase de expansão econômica e de tendencial pleno emprego, não chegavam a emergir (DUPEYROUX). Algumas medidas teoriamente capazes de contribuírem para o **equilíbrio** material de posições contratuais entre empregador e trabalhador - em especial as restrições à liberdade de despedir do empregador - podem revelar-se **ambivalentes** num contexto de crise do mercado de trabalho: o reforço **imediato** da posição do empregado pode traduzir-se no enfraquecimento, **imediato** também, da situação do desempregado, e pôr mesmo em risco, **a la longue**, a do beneficiário directo. O ordenamento laboral vê-se, assim, perante a delicadeza de articulações e previsões em leque. É uma reconsideração do papel e do sentido do Direito do Trabalho que se esboça: ele deixa de ser um **Direito de equilíbrios** para passar a ser um **Direito de compatibilidades**.

9. Isso explica que o surto de medidas laborais de "emergência" ou de "crise", fenômeno praticamente comum nos nossos dias, se caracterize por uma acentuada inorganicidade e assistematicidade. Ele não traduz tanto orientações doutrinais e opções de filosofia social quanto resulta da urgência das necessidades e da agudeza dos riscos imediatos. A complexidade das opções situa-se na ordem táctica e não no plano estratégico; e a ambivalência das medidas adoptadas implica correcções de rumo, ajustamentos pontuais; todos estes elemento se justapõem ao tronco básico do sistema normativo pré-existente, num processo de formação "aluvional", conforme a expressão sugestiva de GIUGNI.

Assim é que, por exemplo, se introduzem medidas legislativas de controlo e limitação da autonomia colectiva, traduzindo-se numa inversão da regra tradicional segundo a qual as convenções colectivas podem alterar, em sentido mais favorável aos trabalhadores, as condições legais. A uma legislação de "mínimos" **adiciona-se** uma outra, de "tectos", insusceptível de derrogação **in melius**.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 171 29/06/2018 15:35:50

Em confluência com essas actuações ao nível do **conteúdo** das relações de trabalho - traduzindo-se nomeadamente, na generalizada degradação dos salários reais -, surgem medidas preventivas da falência, do encerramento definitivo de empresas, e até mesmo de reduções significativas do pessoal, medidas essas que de algum modo exprimem uma "permuta" entre benefícios laborais pré-existentes e algum controlo da situação da empresa por parte de organizações de trabalhadores. Estas medidas são, nuns casos, apoiadas em "acordos sociais" mais ou menos amplos e formais (como na Espanha, na Itália, na Holanda); noutros países em que as condições contextuais se mostram menos favoráveis ao consenso social, medidas desse tipo são cobertas por intervenções legislativas e adquirem uma acentuada carga administrativa (como ocorre em Portugal).

10. O papel da negociação colectiva no confronto do Direito do Trabalho com a crise econômica e social é, provavelmente, insubstituível. Não obstante os bloqueios que derivam de variáveis contextuais poderosas - algumas, até, de raiz cultural -, o avanço da contratualidade é notório, mesmo nos países em que a debilidade das estruturas sindicais e o envolvente sócio-político tornam menos viável a obtenção de consensos suficientemente amplos. É seguramente na negociação colectiva que se encontra a "chave mestra" do jogo de compatibilidades que constitui o grande desafio moderno ao Direito do Trabalho: a da estabilidade com a flexibilidade, a da protecção individual com o controlo colectivo, a da defesa dos empregados com a criação de emprego, a da intervenção estatal com o consenso social.

Mas também parece estar demonstrado que, sendo a legislação estatal apenas relativamente eficaz na contenção da autonomia e da autotutela colectivas, o seu papel na promoção da contratualidade é ainda menos influente. Essa promoção depende, decisivamente, de factores que o Direito não controla. Depende, nomeadamente, da existência de organizações estruturadas e representativas, da ocorrência de condições políticas favoráveis ao pleno reconhecimento da liberdade sindical, nas suas vertentes individual e colectiva, e da constatação de um estado positivo do mercado de trabalho. Estas condições estão hoje, na generalidade dos países, tão longe do real que é forçoso reconhecer a estreiteza do espaço disponível para o desenvolvimento da contratualidade, onde ela não se ache já fortemente radicada como elemento básico da dinâmica sócio-política. E esta será porventura a última nota - uma nota pessimista, mas apenas no imediato - de um esboço de diagnóstico da crise do Direito do Trabalho.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 172 29/06/2018 15:35:50

TEORIA GERAL DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO *

ARNALDO SUSSEKIND
Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho
Membro da Comissão de Expertos na
Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT

Sumário: *a) Natureza jurídica; b) Objetivos; c) Tipos; d) Vigência internacional e revisão; e) Submissão ao órgão nacional competente; f) Ratificação e seus efeitos no direito nacional; g) Vigência nacional e denúncia e h) Controle e aplicação.*

a) Natureza jurídica

Definição

As convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) são tratados multilaterais abertos, de caráter normativo. **Multilaterais**, porque podem ter um número irrestrito de partes; abertos, porque podem ser ratificados, sem limitação de prazo, por qualquer dos Estados-membros da OIT, ainda que esse Estado não integrasse a Organização quando da aprovação do tratado (o simples fato de estar filiado à OIT permite ao país aderir a qualquer das convenções até então adotadas, salvo as que foram revistas por outras e que, por esse motivo, não mais permanecem abertas à ratificação); de **caráter normativo**, porque contêm normas gerais, cujo destino é a incorporação ao direito interno dos países que manifestaram sua adesão ao respectivo tratado.

Tratados-leis e Tratados-contratos

As expressões "convenções" e "tratados" são sinônimas, mas a tendência do direito comparado é a de reservar a primeira para os tratados multilaterais abertos adotados em conferências realizadas no âmbito de organismos internacionais ou regionais de direito público. Essas convenções, em geral, são classificadas como tratados-leis, para contrastar com os tratados-contratos.

Segundo VERDROSS, que desenvolveu interessantes considerações sobre a referida distinção, o **tratado-contrato** visa a conciliar interesses diversos entre dois ou mais Estados determinados; dá lugar a prestações distintas de cada parte, com efeitos subjetivos para os contratantes. Já o **tratado-lei** (ou normativo) admite um número ilimitado de partes, unindo vontades comuns que perseguem o mesmo fim; as partes se obrigam a prestações idênticas, que produzem efeitos jurídicos objetivos em relação aos que vivem nos respectivos países (Cf. DE LA

* Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 20, n. 38, p. 9-22, jan./jun./1987.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 173 29/06/2018 15:35:50

GUARDIA E DELPECH, **El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969,** Buenos Aires, 1970, págs. 47 a 55). DELSEN critica essa distinção e prefere dividir os tratados em gerais e particulares, porque a função de todo tratado é criar norma jurídica (Cf. **Principies of International Law,** New York, 1956, págs. 319/20). Concordamos com o grande jurista austríaco, mas reconhecemos que a distinção entre tratados-leis (ou normativos) e tratados-contratos tem ampla aceitação no Direito Internacional).

Soberania. Ato-regra. Ato-condição.

As convenções da OIT não correspondem, porém, a **leis supranacionais,** capazes de ter eficácia jurídica no direito interno dos Estados-membros, porquanto a Conferência não constitui "um Parlamento universal com poderes para impor normas aos distintos Estados, sem contar com a aceitação das autoridades de cada um deles (PLÁ RODRIGUEZ, **Los convenios internacionales del trabajo,** Montevideo, 1965, pág. 282). O princípio da soberania ou, como preferia KELSEN, o da independência, é a base fundamental das relações entre Estados e, portanto, do Direito Internacional. Sem a adesão ao tratado multilateral aberto, por ato soberano, o Estado não estará vinculado ao respectivo instrumento, o qual, obviamente, não poderá gerar, no plano interno, os direitos e obrigações estabelecidos em suas normas. Daí a importância de se distinguir entre o **ato-regra,** pelo qual a Conferência cria as normas constantes da convenção, e o **ato-condição,** pelo qual os Estados aderem ao tratado.

b) Objetivos

Objetivos

A atividade normativa da OIT, sobretudo através das convenções, visa a constituir, no direito comparado, ordenamentos jurídicos, tanto quanto possível uniformes, na regência dos direitos humanos do trabalhador, das relações individuais e coletivas do trabalho e das responsabilidades do Estado no mundo do trabalho (política de emprego, seguridade social, administração do trabalho, etc.).

Expansão do modelo

O Tratado de Versailles (1919) consagrou o Direito do Trabalho e criou a OIT para universalizar os princípios relativos ao novo ramo da enciclopédia jurídica. E o sistema de convenções adotado pela precitada Organização representou uma notável inovação no Direito Internacional Público. Conforme sublinhou VALTICOS, em conferência proferida na Faculdade de Direito de Liège, ele "marcou o início de uma profunda transformação e de uma expansão considerável desse direito. Doravante, o direito internacional passou a ter por objeto regulamentar, não somente as questões exteriores dos Estados, mas também outras consideradas, até aqui, como dependentes da competência exclusiva - ou do domínio reservado - do Estado, as quais concernem ao bem-estar dos indivíduos

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 174 29/06/2018 15:35:50

e à justiça no seio das sociedades" (**Le droit International du travail face aux problèmes de la société Internationale de 1980, Revus Belge de Droit International**, nº 1, de 1980, pág. 6).

A antiga Sociedade das Nações adotou com parcimônia esse tipo de tratado. Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, as Nações Unidas (ONU) e os organismos internacionais que compõem o seu sistema, assim como algumas instituições regionais, passaram a utilizar o modelo da OIT, com a finalidade de promover a inserção de princípios e normas do direito interno dos diversos países.

Fonte formal e fonte material

Pondere-se ainda que a convenção da OIT, além de **fonte material** de direito, isto é, fonte inspiradora de normas jurídicas no plano nacional, é também **fonte formal**. Isso porque, como veremos adiante, sua ratificação importa, na maioria dos países, na integração das suas normas na legislação do respectivo país, independentemente da promulgação de lei repetidora das disposições do tratado.

c) Tipos

Tipos

Tendo em vista a natureza das suas normas, as convenções devem ser classificadas em:

a) **auto-aplicáveis**, quando suas disposições não requerem regulamentação complementar para serem aplicadas pelos Estados que as ratificam. Mesmo nos países que adotam o dualismo jurídico, bastará que, no prazo de doze meses que medeia entre a ratificação e a vigência da convenção no território nacional, uma lei reproduza o respectivo texto, salvo se já vigorar lei pertinente.

b) **de princípios**, que dependem, para sua efetiva aplicação, da adoção de lei ou outros atos regulamentares pelos países que as ratificaram, ressalvada a hipótese da pré-existência da norma interna compatível. Em geral, essas convenções são aprovadas simultaneamente com recomendações suplementares, contendo proposições destinadas a propiciar a aplicação dos princípios gerais.

c) **promocionais**, que fixam determinados objetivos e estabelecem programas para sua consecução, os quais devem ser atendidos pelos Estados que as ratificam mediante providências sucessivas, a médio e longo prazo.

Objeto

Relativamente ao seu **objeto**, as convenções versam sobre:

a) direitos humanos do trabalhador, considerado **latu sensu**;
b) política de emprego e desenvolvimento dos recursos humanos;
c) igualdade de direitos e migração;
d) populações indígenas e tribais;
e) relações coletivas de trabalho;
f) contrato individual de trabalho e condições gerais de emprego;
g) condições especiais de trabalho;

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 175 29/06/2018 15:35:50

h) segurança, higiene e meio ambiente;
i) seguridade social;
j) administração do trabalho.

d) Vigência internacional e revisão

Vigência internacional e *eficácia da ratificação*

A vigência de uma convenção no âmbito internacional não se confunde com a eficácia jurídica resultante da sua ratificação por qualquer dos Estados-membros da OIT, embora essa eficácia esteja condicionada àquela vigência. Como ensina PLÁ RODRIGUEZ, "deve fazer-se uma distinção entre a **vigência objetiva** (ou seja, a vigência da convenção em si mesma) e **vigência subjetiva** (ou seja, a obrigatoriedade de uma convenção para um determinado Estado). Como se compreenderá, a vigência subjetiva pressupõe a objetiva, ou seja, que nenhuma convenção pode obrigar a um Estado, se previamente não entrou em vigor. Enquanto isto não ocorre, as obrigações que o Estado poderia contrair em virtude da ratificação, ficam submetidas a uma condição **suspensiva** (**Los convenios internacionales de trabajo**, Montevideo, 1965, pág. 325). Esclareça-se, porém, que as disposições adjetivas, inclusive as que tratam da vigência da convenção, começam a vigorar no momento em que o instrumento, adotado pela Conferência, é assinado pelo Presidente da correspondente reunião e pelo Diretor Geral da RIT (Cf. art. 24 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, 1969).

A vigência objetiva da convenção deve ser prevista no seu próprio texto. Em regra, as convenções da OIT estabelecem que ela se inicia "doze meses após o registro de duas ratificações" e tem duração indeterminada. Em alguns casos, como acontece geralmente com as convenções marítimas, a vigência fica subordinada a condições especiais.

Revisão. Direito Intertemporal

A convenção, entretanto, pode ser objeto de revisão pela Conferência, e, neste caso, a primitiva não mais permanece aberta à ratificação dos Estados-membros, embora continue vigorando em relação aos países que a ratificaram e deixaram de ratificar o instrumento de revisão. Prudentemente, para evitar dúvida no tocante ao tema, a Conferência tem inserido, no texto das próprias convenções, regras de **direito intertemporal** segundo as quais, se vier a ser adotada uma nova convenção, que implique na revisão total ou parcial da anterior, e a menos que o instrumento contenha disposições em contrário: a) a ratificação, por um Membro, da nova convenção revisora implicará **ipso jure,** na denúncia imediata da anterior, a partir da data em que entrar em vigor; b) a partir dessa data, a convenção revista deixará de estar aberta à ratificação dos Estados-membros; c) a convenção revista, não obstante a vigência do diploma revisor, continuará em vigor, com suas disposições originais, para os Membros que a hajam ratificado e não tenham procedido desta forma no tocante ao novo instrumento internacional.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 176 29/06/2018 15:35:50

e) Submissão ao órgão nacional competente

Submissão. Obrigação formal

Ao ingressar na OIT e aderir à sua Constituição, o Estado contrai a obrigação formal de submeter toda convenção, no prazo máximo de dezoito meses da sua adoção, à autoridade nacional competente para sua aprovação (art. 19, § 5º, **a**, da Constituição). A ratificação do tratado constitui ato de Governo; mas este só poderá promovê-la depois de aprovado o correspondente texto pela autoridade competente, segundo o direito público interno. Como regra geral, essa autoridade é o Parlamento ou Congresso Nacional. Também as recomendações devem ser submetidas, em igual prazo à autoridade nacional competente para que, se lhe aprouver, adote, mediante lei ou outra forma, no todo ou em parte, as medidas nelas preconizadas (art. 19, § 6º, **a**, da Constituição).

A submissão, portanto, não se confunde com a ratificação. O Estado é soberano para aderir à convenção da OIT, ratificando-a; no entanto, está obrigado a cumprir a formalidade de submetê-la ao órgão nacional competente, a fim de que este decida soberanamente sobre sua aprovação.

No exame de diversos aspectos jurídicos referentes a essa obrigação constitucional, a Comissão de Expertos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT tem acentuado, com o apoio da Conferência, que:

> "as convenções e recomendações devem ser submetidas às autoridades competentes em **todos os casos** e não somente naqueles em que a ratificação de uma convenção parece possível ou que é julgado desejável dar efeito às disposições de uma recomendação";
>
> "os pontos essenciais, que se precisa ter em conta, são: a) que os governos, ao submeterem as convenções e recomendações às autoridades legislativas, encaminhem seus textos acompanhados ou seguidos, seja de indicações sobre as medidas que podem ser tomadas a fim de lhes dar seguimento, seja de proposições tendentes a que nenhuma ação seja tomada neste sentido ou que uma decisão seja diferida para uma data posterior; b) que a autoridade legislativa tenha a possibilidade de travar um debate sobre a questão" (Cf. nosso Direito Internacional do Trabalho, S. Paulo, 1983, pág. 177).

f) Ratificação e seus efeitos no direito nacional

Ratificação e seus efeitos

Uma vez aprovada a convenção pelo órgão competente, cumpre ao Governo ratificá-la, depositando o instrumento formal de adesão na RIT, em Genebra, perante o seu Diretor Geral.

Os efeitos jurídicos da **ratificação**, compreendendo essa expressão a adesão a que alude a Convenção de Viena, têm sido objeto de valiosos estudos, variando a opinião dos juristas, desde os pronunciamentos de HANS KELSEN e GEORGES SCELLE, para quem o tratado ratificado derroga, automaticamente, as normas da legislação nacional que lhe sejam contrárias, inclusive as de hierarquia

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 177 29/06/2018 15:35:50

constitucional, até o restrito entendimento de que a ratificação não transforma o conteúdo do tratado em **jus receptum**, gerando apenas, para o respectivo Estado, a obrigação de adotar, mediante leis próprias, as respectivas normas internacionais.

Para MAROTTA RANGEL, "a superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional", tem por fundamento "a noção de unidade e solidariedade do gênero humano", e "deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o **pacta sunt servanda** e o **voluntas civitatis maximae est servanda (Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais, in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Rio, 1967, págs. 54/5.

Essa tese, que sempre defendemos, não é pacífica, nem na doutrina, nem na jurisprudência, em face da diversidade dos sistemas jurídicos adotados pelos países, embora seja inquestionável a responsabilidade do Estado na ordem jurídica internacional em decorrência da ratificação do tratado. A questão se resume na prevalência da concepção monista ou dualista em relação às ordens jurídicas. Para a **teoria monista** não há independência, mas interdependência entre a ordem jurídica internacional e a nacional, razão por que a ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna. Para a **teoria dualista**, as duas ordens jurídicas - internacional e nacional - são independentes e não se misturam. A ratificação do tratado importa no compromisso de legislar na conformidade do diploma ratificado, sob pena de responsabilidade do Estado na esfera internacional; mas a complementação ou modificação do sistema jurídico interno exige um ato formal por parte do legislador nacional.

Consoante estatui a Constituição da OIT, promovida a ratificação, o Estado "adotará as medidas necessárias para tornar efetivas as disposições da respectiva convenção" (art. 19, § 5, **d**). Isto significa que, nos países onde prevalece o dualismo jurídico, a legislação correspondente à convenção ratificada, se ainda não existir, deve ser aprovada no prazo de doze meses que flui entre a adesão ao tratado e a vigência do mesmo no território nacional. Ressalve-se, obviamente, a hipótese de se tratar de convenção do tipo promocional, cujos objetivos podem ser atingidos por etapas sucessivas. Nos países onde vigora o monismo jurídico, devem os governos divulgar, dentro desse prazo, o texto da convenção ratificada, com a data da sua vigência no território nacional e com a informação, se for o caso, das disposições legais que, em conseqüência, estarão revogadas ou modificadas.

Ratificação com reservas.

A OIT não admite a ratificação de uma convenção com reservas, não se considerando como tal a exclusão de determinada parte, quando facultada pelo próprio texto. Neste sentido se pronunciou também a Comissão de Direito Internacional da ONU (**Asamblea General, Documentos Oficiales**, 6º período de sessões, New York, 1976, pág. 49). Conforme tem ponderado a doutrina, a reserva seria inadmissível no caso da OIT, pois comumente o texto aprovado

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 178 29/06/2018 15:35:50

pela Conferência resulta de uma transação entre os grupos governamental, de empregadores e de trabalhadores.

Flexibilidade

Algumas convenções, para motivar a maior adesão dos Estados aos seus princípios fundamentais, procuram facilitar sua ratificação mediante inserção de regras flexíveis, que oferecem: a) **soluções alternativas** sobre certas questões; b) estabelecem que o país indique se aceita, ou não, **determinadas** partes do instrumento; c) dispõe que o Estado fixe o **nível** e a **forma** em que a aplicação da norma internacional é aceita. Nestas hipóteses, a ratificação deve ser acompanhada de uma declaração registrando, de maneira objetiva, a opção ou opções requeridas pela convenção.

Condição mais favorável

A preservação da condição nacional mais favorável foi expressamente afirmada pela Constituição da OIT (art. 19, § 8). Destarte, mesmo nos países em que a ratificação do tratado importa, independente de lei interna, na modificação ou complementação da legislação em vigor, sobrevivem as condições mais favoráveis ao trabalhador, qualquer que seja a fonte geradora do direito.

g) Vigência nacional e denúncia

Vigência nacional e denúncia

Como já assinalamos, a vigência da convenção no plano nacional (subjetiva) não se confunde com a vigência do tratado no plano internacional (objetiva), embora a primeira esteja subordinada à segunda. Esse tema, envolvendo inclusive a denúncia da ratificação, tem sido focalizado nas disposições adjetivas das próprias convenções da OIT, as quais com pequenas variações, estabelecem as seguintes regras:

a) convenção entrará em vigor, em relação a cada Estado-membro, doze meses após a data em que houver sido registrada sua ratificação, desde que já vigore no âmbito internacional;

b) o prazo de validade de cada ratificação é de dez anos;

c) após a fluência dos dez anos, o Estado-membro poderá denunciar a ratificação, mediante comunicação oficial dirigida ao Diretor Geral da RIT, para o devido registro. Todavia, a denúncia surtirá efeito somente doze meses após o referido registro;

d) decorrido o prazo de doze meses após o período de validade de ratificação, sem que o respectivo Estado use da faculdade de oferecer denúncia, verificar-se-á a renovação tácita da ratificação, por mais dez anos. Nesta hipótese, a faculdade de denúncia renascerá após o decurso do segundo decênio de vigência da ratificação, aplicando-se a mesma regra aos decênios que se sucederem.

Além da denúncia voluntária ou expressa, pode ocorrer a **denúncia tácita**, resultante da ratificação da convenção revisora da anteriormente ratificada pelo mesmo país.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 179 29/06/2018 15:35:50

h) Controle da aplicação

Controle da aplicação

O controle da aplicação das normas da Constituição e das convenções da OIT, pelos países que as ratificaram, constitui remarcada inovação verificada neste século do Direito Internacional; FRANCIS WOLF, depois de lembrar que "toda regra de direito, quer se trate de direito privado ou de direito público, não tem valor efetivo senão pelo que ela possa ser sancionada", afirma que a OIT "possui a esse respeito regras originais e precisas... que constituem o mais avançado e eficaz sistema para controlar a aplicação efetiva de convenções internacionais e dos princípios que as regem" (**Aspects judiciaires de la protection internationale des droits de l'homme par l'OIT, in Revue des droits de l'homme**, Paris, 1971, vol. IV-4, pág. 773).

O cumprimento dos tratados ratificados é a pedra angular e o fim supremo do Direito Internacional (**Pacta sunt servanda**). Daí proclamar a Carta das Nações Unidas, no seu preâmbulo, a necessidade do "respeito às obrigações decorrentes dos tratados" e afirmar a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969) que "uma parte não poderá invocar as disposições do seu direito interno como justificação do incumprimento de um tratado" (art. 27). O Estado é, assim, responsável, na esfera internacional, pelos atos de qualquer dos seus poderes que violarem disposições de um tratado ratificado.

O sistema de controle da OIT prevê dois tipos de procedimentos: a) regular ou permanente; b) contencioso ou provocado.

Controle regular

O controle regular ou permanente é exercido pela Comissão de Expertos na Aplicação de Convenções e Recomendações, integrada por juristas independentes, eleitos, a título pessoal, pelo Conselho de Administração (órgão técnico-jurídico) e pela Comissão de Aplicação de Normas da Conferência, composta de representantes governamentais, de empregadores e de trabalhadores (órgão político tripartite). Cabe-lhes supervisionar a aplicação das convenções ratificadas e das disposições constitucionais relacionadas com a atividade normativa da OIT. Incumbe-lhes ainda verificar em que medida estão sendo aplicadas certas convenções, inclusive por parte de países que não as ratificaram, e determinadas recomendações, escolhidas, umas e outras, anualmente, pelo Conselho de Administração da entidade, apontando os obstáculos porventura encontrados para sua integral aplicação e, se for o caso, a conveniência de sua revisão pela Conferência.

Para empreender essa tarefa, a Comissão dos Expertos se vale dos relatórios e comunicações que os Estados-membros estão obrigados a enviar à Repartição Internacional do Trabalho (arts. 19, 22, 23, 32 e 35 da Constituição), além dos relatórios da inspeção do trabalho (devidos pelos países que ratificaram a Convenção nº 81), decisões de tribunais, observações e organizações de trabalhadores ou de empregadores (cada vez mais estimuladas pela OIT) e outros elementos idôneos disponíveis.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 180 29/06/2018 15:35:50

Os comentários da Comissão de Expertos, destinados à Comissão de Aplicação de Normas da Conferência, assim como o estudo de direito comparado e de análise jurídica que elabora anualmente sobre convenções e recomendações alusivas ao tema escolhido pelo Conselho de Administração, configuram respeitável interpretação das respectivas normas, comumente invocada pela doutrina, pela jurisprudência e por autoridades administrativas e legislativas de inúmeros países.

Antes, porém, de encaminhar à Comissão tripartite da Conferência suas observações sobre os casos que cumpre examinar, que caracteriza o **controle de legalidade**, a Comissão de Expertos empreende o chamado **controle de eficácia**, em virtude do qual procura obter o efetivo cumprimento das normas internacionais. O método adotado consiste em enviar, inicialmente, uma "demanda direta" ao respectivo governo; na hipótese de não lograr êxito, a Comissão sugere um "contato direto" entre um representante do Diretor Geral e as autoridades nacionais competentes na matéria. As observações públicas destinadas à Conferência são feitas quando malogrados esses procedimentos, salvo nos casos de evidente gravidade, que requerem providências imediatas por parte da Conferência.

1.630 casos de 1964 a 1986

A Comissão de Expertos comprovou que, no período de 1964 a 1986, em mais de 1.630 casos os governos de países de todos os continentes adotaram medidas concretas a fim de harmonizar a legislação e as práticas nacionais com as convenções ratificadas.

Controle Provocado

Os procedimentos contenciosos, que caracterizam o **controle provocado**, são instaurados mediante representação formal. A Constituição da OIT prevê, a respeito, duas modalidades: a) **reclamação** (arts. 24 e 25), apresentada por uma "organização profissional de empregadores ou de trabalhadores", contra qualquer Estado-membro, tendo por objeto o não-cumprimento satisfatório de uma convenção ratificada; b) **queixa** (arts. 26 a 34), apresentada contra um Estado-membro pela violação de uma convenção ratificada, mediante representação de outro Estado-membro que haja ratificado a mesma convenção, por qualquer delegação à Conferência ou ainda, **ex-officio**, pelo Conselho de Administração, podendo versar ainda sobre a inobservância de preceito constitucional atinente à submissão das convenções e recomendações às autoridades nacionais competentes.

Como se infere, o Estado querelante - sujeito ativo de procedimento da queixa - não precisa invocar qualquer prejuízo direto, seu ou dos cidadãos sob sua jurisdição, para instaurar o processo. Conforme assinala VALTICOS, "aqui foi abandonado o conceito clássico de dano direto, para ser substituído pelo do interesse geral" (**Derecho Internacional del Trabajo**, Madrid, Ed. Tecnos, 1977, pág. 519). Por outro lado, como ressalta KROTOSCHIN, as organizações sindicais de trabalhadores e de empregadores adquiriram "personalidade de direito público internacional" em razão da **legitimatio** que lhes conferiu a Constituição

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 181 29/06/2018 15:35:50

da OIT para apresentar reclamações contra governos (**Instituciones de Derecho del Trabajo**, Buenos Aires, Depalma, 1948, vol. I, pág. 333).

Compete ao Conselho de Administração da OIT processar as acusações recebidas e deliberar sobre o seu objetivo. Para tal fim, se julgar cabível, poderá designar, no caso de reclamação, um comitê tripartite e, no caso de queixa, uma Comissão de Investigação cujos membros são escolhidos a título pessoal, em virtude dos seus conhecimentos e reconhecida independência.

Comitê de Liberdade Sindical

As representações oriundas de organizações de trabalhadores ou de empregadores, concernentes a violação de direitos sindicais, são destinadas ao Comitê de Liberdade Sindical, que as processa, enviando relatórios conclusivos, provisórios ou definitivos, ao Conselho de Administração.

Releva ponderar que esse Comitê pode examinar casos referentes a países que não ratificaram a Convenção n° 87, sobre liberdade sindical e direito de sindicalização. Neste sentido é iterativa sua jurisprudência, com o endosso do Conselho de Administração. Consoante escrevemos alhures.

> "a Constituição da OIT, no seu preâmbulo, alude ao 'princípio da liberdade sindical' e a Declaração de Filadélfia, a ela incorporada na revisão constitucional de 1946, 'reafirma os princípios fundamentais sobre os quais está baseada a Organização", destacando entre eles, "a liberdade de expressão e de associação (art. I, alínea **b**). Ora, os países que se filiaram à OIT aderiram à sua Constituição e os que nela ingressaram antes da revisão de 1946, ratificaram, em seguida, essa forma constitucional. E, em qualquer hipótese, aceitaram formalmente as obrigações que emanam da Constituição. Destarte, o ato de filiação importou, como importa, no compromisso de respeitar os princípios da liberdade sindical. Certo é que essa obrigação não alcança todas as normas inseridas nas convenções sobre os direitos sindicais, em relação aos Estados que não as ratificaram. Mas há certos direitos e obrigações que são incontroversamente emanentes do **princípio da liberdade sindical,** hoje incluído entre os direitos humanos de maior relevo. Em relação a esses direitos não se poderá, a nosso ver, contestar a competência do Comitê de Liberdade Sindical e, a **fortiori**, a do Conselho de Administração" (**Direito Internacional do Trabalho,** S. Paulo, LTr., 1983, págs. 228/9).

Pelo mesmo diapasão se regem os conceituados juristas VALTlCOS (**La protection internationale de la liberté syndicale vingt-cinc ans aprés, in Revue des Droits de l'homme,** Paris, 1974, vol. VII-1, pág. 19); WOLF (trab. cit., pág. 828); POTOBSKY (**Les visites sur place: un rouage important du mecanisme de contróle de l'OIT, in Revue Internationale du Travail,** Genève, 1981, vol. 120, nº 5, págs. 622/3) e MORELET (**L'influence des conventions internationales du travail sur la législation française, Extrait de la Revue International de Travail,** Genève, 1970, vol. 101, nº 4, pág. 13).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 182 29/06/2018 15:35:50

JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO DO BRASIL. A ABRANGÊNCIA DO ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.(*)

Georgenor de Sousa Franco Filho(**)

SUMÁRIO: 1. COLOCAÇÃO DO TEMA; 1.1. Generalidades; 1.2. A Emenda Constitucional; 2. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA "EX RATIONE PERSONAE"; 2.1. Noções gerais; 2.2. "Nova" competência da Justiça do Trabalho brasileira; 2.3. Breve visão do direito constitucional comparado; 3. ABRANGÊNCIA DO PRECEITO CONSTITUCIONAL; 3.1. Sujeitos atingidos; 3.2. Situação das organizações internacionais; 4. CONCLUSÃO; 4.1. Vantagens da "nova" competência; 4.2. Resumo crítico; 5. BIBLIOGRAFIA.

1. COLOCAÇÃO DO TEMA

1.1. Generalidades

Mais que a simples necessidade de se dispor claramente sobre o papel do Judiciário, o que surge, sobretudo quando se discute acerca da jurisdição internacional do Juiz estadual, é, no âmbito interno, a necessidade de se conhecer qual o órgão judiciário que possui competência para conhecer de dada demanda. Afinal, quando um juiz pronuncia uma sentença em um caso entre nacional e estrangeiro ou entre estrangeiros, ele deixa de ser um Juiz nacional e torna-se um Juiz internacional (Scelle).

A Constituição promulgada a 05.X.1988 solucionou questão que vinha, no correr dos anos, afligindo aos que procuravam a prestação jurisdicional. Resolveu, como pá de cal, a dúvida que existia, no Poder Judiciário, quanto ao segmento competente para apreciar demandas trabalhistas em que fosse parte ente de Direito Público externo, inclusive, via constitucional, a preliminar de imunidade de jurisdição[1].

(*) Recebido para publicação em 16.8.90. (Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 23, n. 45, p. 51-65, jul./dez./1990)

(**) Juiz Presidente da 4ª Junta de Conciliação e Julgamento do Belém, Professor Titular de Direito Internacional Público da União das Escolas Superiores do Estado do Pará (UNESPA), Doutorando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Membro da Academia Paraense de Letras e da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

[1] Defendeu-se essa medida, como relator de tema, no VIII Encontro de Magistrados

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 183 29/06/2018 15:35:50

Nenhuma das seis Constituições anteriores deu atenção a um problema que atingia os magistrados, ao apreciar as ações interpostas, os trabalhadores, ao pretenderem postular seus eventuais direitos, os empregadores, ao se defenderem ou pretenderem reconvir, e os advogados, - sem ingressar no mérito da questão pertinente ao **jus postulandi**[2], - que apresentavam argumentos variados a querer uma resposta jurídica ante a omissão constitucional e a dúvida jurisprudencial.

O **caput** do art. 114 da Constituição, texto básico sobre a competência material da Justiça do Trabalho[3], enuncia: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, **abrangidos os entes de direito público externo**..." (grifou-se).

Assim, desapareceu a controvérsia que, mais que às partes, sem dúvida prejudicadas pela incerteza, ensejou demorados e judiciosos debates doutrinários entre renomados juristas, eis que, pelo texto anterior, acompanhando a normação dos pretéritos, a competência tanto poderia ser da Justiça do Trabalho (federal e especializada), quanto da Justiça Federal (também federal, mas comum)[4].

A breve exposição que se vai fazer desenvolver-se-á a partir dos avanços na Assembléia Nacional Constituinte, sendo de ressaltar, nesse aspecto, a impossibilidade de olvidar os trabalhos preparatórios que resultaram no texto

---

Trabalhistas e I de Procuradores do Trabalho e Juízes de Direito investidos de jurisdição trabalhista da 8ª Região, em Belém, em setembro de 1984, expondo sobre "Reclamações contra entes de Direito Público externo. Competência da Justiça do Trabalho. Imunidade de jurisdição" (**In**: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, 18(34):75-97, jan./jun.1985), e na monografia "Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de Direito Internacional Público" (In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 1988, pp. 113-65), ampliada e transformada em livro com o mesmo nome (São Paulo, LTr, 1986). Anteriormente, no mesmo sentido, se posicionaram juristas como Mozart Victor Russomano, Valentin Carrion, Ribeiro de Vilhena, Rezende Puech, **Inter alia**, e Georgette N. Nazo apontou possível confusão que os Juízes do Trabalho praticavam, até 1975, declinando competência à Justiça Federal (**Imunidades diplomáticas e certos tipos de contrato de trabalho; as Convenções de Viena de 1961 e 1963 sobre "Relações Diplomáticas" e "Relações Consulares"**. **In**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. LXXIII, jan./dez. 1978, p. 154).

[2] Parece que essa matéria vem de ser superada pelo C. Tribunal Superior do Trabalho, através do V. Ac. TST-SDI nº 4928/90 (Proc. TST-RO-AR-468/84), de 12.XII.1989 (Luiz Carlos de Lima Santos vs. Estado de Minas Gerais). Relator: Ministro Orlando Teixeira da Costa.

[3] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho.** 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 74.

[4] Acredita-se que a última decisão declinatória de foro para a Justiça Federal foi o Ac. TRT 8ª Região 928/88 (Proc. TRT-RO 581/88), de 25.VII.1988 (Antônio da Silva **vs.** Consulado Geral do Japão em Belém). Relator: Juiz Classista Alberone Benedito Corrêa Lobato. Esse processo será decidido pela Justiça Federal, até final, por força da competência residual, **ex vi** do art. 27, § 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 184 29/06/2018 15:35:50

definitivo, indispensáveis à correta hermenêutica da norma constitucional. A seguir, far-se-á necessária distinção entre jurisdição e competência. À frente, serão tecidos comentários sobre a abrangência do preceito, indicando-se a situação dos principais órgãos de representação dos Estados estrangeiros (Missões diplomáticas e Repartições consulares), e, de modo especial, a condição das organizações internacionais, suas representações, seus agentes e as missões de Estado estrangeiros acreditadas junto a elas.

As indicações que se pretende fazer objetivam demonstrar a hermenêutica do art. 114 da Constituição, verificando o novo posicionamento que a Justiça do Trabalho, por seus magistrados, deve tomar com a competência internacional que finalmente lhe foi reconhecida.

1.2. A Emenda Constitucional

Sem fazer digressões acerca dos pormenores que levaram ao texto em vigor, de notar que, nos debates que resultaram na redação presente, sobretudo nos diversos projetos que tramitaram na Assembléia Nacional Constituinte, a matéria só foi aparecer no primeiro Substitutivo do Relator (de aposto. 1987), referindo-se apenas às Missões Diplomáticas (art. 162, **caput**), excluindo, por corolário, todos os demais. Esse entendimento foi mantido no segundo Substitutivo (de setembro 1987) e no Projeto "A" (de novembro 1987), até que foi apresentada emenda ao art. 137 do último, de autoria do Deputado paraense Aloysio da Costa Chaves.

A emenda apresentada e finalmente acolhida pelo Plenário, demonstrando a verdadeira intenção do Constituinte, a **mens legislatoris**, tem o seguinte teor:

> "Da forma como se acha regido /redigido/ o art. 137, não tem a Justiça do Trabalho competência para apreciar questões que envolvam, ativa ou passivamente, sujeitos outros /do Direito Internacional Público/ que não as Missões Diplomáticas. Exceto essas, todos os demais são da competência da Justiça Federal, através dos juízes federais, como prescreve o substitutivo em exame.
>
> A matéria foi tratada no livro 'Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de DIP' /do autor deste estudo/ (São Paulo, LTr, 1986), que é considerado o único no gênero em português (cf. Evaristo de Morais Filho, C. A. Barata Silva, Orlando Teixeira da Costa, Délio Maranhão e outros) e em espanhol (José Montenegro Baca, da Universidade de Trujillo - Peru).
>
> Parece-nos que o correto é substituir 'inclusive de Missões Diplomáticas acreditadas no Brasil' por 'inclusive de entes de Direito Público externo'. Dessa forma estarão abrangidas as Missões Diplomáticas e as Repartições Consulares (**ultima ratio**, Estados estrangeiros), organismos internacionais e as chamadas coletivas /coletividades/ não estatais (Santa Sé, Soberana Ordem de Malta, etc.), que são entes de DIP

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 185 29/06/2018 15:35:50

e não se confundem com Missões Diplomáticas (Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, ratificada pelo Brasil)"[5].

Com pequenas alterações gramaticais levadas a efeito pela Comissão de Redação (substituição de "inclusive os" por "abrangidos os"), foi a expressão do texto final, "abrangidos os entes de Direito Público externo" que deu origem à competência internacional da Justiça do Trabalho brasileira, matéria que se abordou, em novembro 1987, na imprensa diária de Belém do Pará, sugerindo a alteração[6], pondo termo à controvérsia pretérita.

Assim, não há discutir, agora, qual o órgão do Judiciário competente. Há, sem dúvida, que se demonstrar como exercitar a "nova" competência.

2. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA "EX RATIONE PERSONAE"

2.1. Noções gerais

Jurisdição e competência não se confundem. Enquanto aquela, do ponto de vista lógico, é ilimitada, como indica Carnelutti[7], e, como Jessup, no seu território, a jurisdição do Estado é exclusiva e absoluta[8], esta (a competência) é a sua delimitação[9].

Vai daí que "jurisdição é o poder de julgar; competência é a possibilidade de exercer a jurisdição", na síntese clara do saudoso Coqueijo Costa[10]. Só quem exerce a jurisdição é o juiz[11], dotado de atribuições indelegáveis, porque, regularmente investido, exerce um monopólio do Estado[12]. Assim o é porque,

---

[5] Emenda 2P00042-8, **In** BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Projeto de Constituição (A); Emendas oferecidas em Plenário** (I). Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988, p. 0019. Os registros entre barras são do A. deste estudo.
Outra Emenda, nesse mesmo turno de votações (de nº 2P02040-2), coletiva, encabeçada pelo Deputado Eraldo Tinoco, foi apresentada a 13.I.1988, em que não tratava da competência internacional da Justiça do Trabalho, e que foi rejeitada (**In**: BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Idem (II), pp. 0785-96).

[6] FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Os sujeitos de Direito Internacional e a Justiça do Trabalho no projeto de Constituição.** O Liberal, Belém, 08.XI.1987,1º cad., p. 26.

[7] **Apud** BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil** (I/II). Rio de Janeiro, Forense, 1975, p. 393.

[8] JESSUP, Philip. **Direito transnacional.** Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965, p. 48.

[9] SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil** (I). 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, p. 170.

[10] COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. **Direito judiciário do trabalho.** 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 23.

[11] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 170.

[12] COSTA, C. C. T. da. **Ob. cit.**, p. 25.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 186 29/06/2018 15:35:50

na lição de Chiovenda, a jurisdição é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva[13].

Embora a soberania do Estado seja una e indivisível, como o é a jurisdição, é certo que, hoje, não há falar em soberania absoluta, eis que incompatível com o moderno Direito Internacional[14], havendo apenas soberania relativa, significando a imunidade de jurisdição, que não se abordará neste estudo, um "abrandamento da soberania" do Estado receptor, em relação aos outros membros da comunidade internacional que se encontrem em seu território geograficamente considerado, e que precisam desse privilégio para melhor cumprir seu mister.

Exerce o Estado soberano jurisdição. E a competência é a sua medida, ou, como E. Couture, o seu poder[15], donde poder-se-ia falar em competência especiais, ou competência de jurisdição, que importa em espécies de jurisdição[16], ou em jurisdição especial, o que, segundo alguns, seria incorreto, porque fragmentaria o poder estatal. "Na realidade", leciona Dinamarco, "cada uma dessas justiças tem uma competência distinta da competência das demais"[17].

2.2. "Nova" competência de Justiça do Trabalho brasileira

Do exposto, tem-se que há uma competência trabalhista, limitando o poder daqueles que detém a jurisdição. Somente o juiz trabalhista tem competência para apreciar as matérias elencadas no art. 114 na Constituição, inclusive, por óbvio, as que envolvam relações trabalhistas com sujeitos de Direito Internacional Público. Nesse aspecto, portanto, força observar que não houve equívoco na expressão. **Primus**, note-se que, à luz das Convenções de Viena de 1961 e de 1963, cuidando, respectivamente, de relações diplomáticas e relações consulares, e, como de resto, as demais a respeito, a jurisdição civil cuidada nesses diplomas inclui também a jurisdição trabalhista, porque existem países que não dispõem de órgão judiciário especializado tal como conhecido no Brasil. Assim, quando se fala em jurisdição civil, também se abrange a jurisdição trabalhista, donde a competência inegável da

---

[13] **Apud** BARBI, C.A.. **Ob. cit.** (I/II), p. 387. No mesmo sent.: SANTOS, M.A.. **Ob. cit.** (I), que aponta que a substituição da atividade das partes litigantes pela do juiz visa a compor o conflito e resguardar a ordem jurídica (p. 63).

[14] TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Fundamentos de derecho internacional publico.** 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1977, p. 87.

[15] **Apud** GRECCO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro** (I). São Paulo, Saraiva, 1989, p. 176.

[16] SANTOS, M.A.. **Ob. cit.** (I), p. 68.

[17] Refere-se às Justiças eleitoral, militar e do trabalho. DINAMARCO C. R.. Ob. cit., p. 169.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 187 29/06/2018 15:35:50

Justiça do Trabalho[18]. **Secundus**, trata-se de abranger, pela norma constitucional, os entes de Direito Internacional Público, externos, **extraterritorium**, alheios, a princípio, à jurisdição brasileira, e não internos públicos, constantes do art. 14, do Código Civil brasileiro, a partir de dúvida suscitada por Alcides de Mendonça Lima[19], consoante demonstrou-se em outro estudo[20].

Ao apreciar questões dessa natureza, o poder do juiz é absoluto, porque estará exercitando a jurisdição de que é detentor, devendo, todavia, atender, na aplicação da norma legal, os seus fins sociais e às exigências do bem comum (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro), o que é de suma importância quando se trata de aplicar ao caso concreto os preceitos constantes dos tratados internacionais. E, quando se trata de competência internacional da Justiça do Trabalho, é preciso ter em mira a competência da jurisdição[21] não se limita apenas ao território nacional. Vai além, atingindo as missões diplomáticas brasileiras acreditadas em Estados estrangeiros ou junto a organismos internacionais, as repartições consulares, os navios mercantes de bandeiras nacional em alto mar, os navios de guerra, as aeronaves, sobretudo militares. Aí igualmente se exerce a jurisdição, conforme a competência de cada juiz, inclusive a trabalhista.

Todavia, cumpre frisar que "a jurisdição não ó apenas a função de decidir qual o direito em dado caso, senão também o de tornar efetivo o direito reconhecido"[22]. Isso importa em que o juiz competente vai, na sua missão, além da indicação do direito, mas alcança também a efetivação do julgado. É o princípio da efetividade que, para os que se socorrem da Justiça do Trabalho, importa em receber os **quanta** a que a parte **ex adversa** foi condenada (sentença condenatória, **v.g.**).

---

[18] N. sent: SOARES, Guido Fernando Silva. **Das imunidades de jurisdição e de execução.** Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 50; LAMARCA, Antônio. **Competência da Justiça do Trabalho na nova Constituição. In:** Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, nº 22/88, 2-1923, 2ª quinz. nov. 1988, p 301; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **A convenção de Viena sobre relações diplomáticas.** 2ª ed., Rio de Janeiro, Centro de Serviços Gráficos IBGE, 1978, p. 143; VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Estado estrangeiro e contrato de trabalho. In:** Anais do IV Congresso Ibero - Americano de Direito do Trabalho. São Paulo, Universidade Mackenzie, 1972, p. 657; CARRION, Valentin. **Comentário à Consolidação das Leis do Trabalho.** 10ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 423; SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Conflitos de leis do trabalho.** Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1979, p. 94.

[19] LIMA, Alcides de Mendonça. **O poder judiciário e a nova Constituição.** Rio de Janeiro, Aide, 1989, p. 127.

[20] FRANCO FILHO, G. de S.. **Os efeitos da imunidade de jurisdição sobre a competência internacional da Justiça do Trabalho. In:** Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, nº 1/90, 2-3341, 1ª quinz., jan. 1990, p. 19.

[21] "Manifestação do poder", para Dinamarco (**Fundamentos do processo civil moderno**. 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 77).

[22] BARBI, C. A.. **Ob. cit.** (I/II), pp. 27-8.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 188 29/06/2018 15:35:51

Entrementes, alerta Barbi, "o poder de tornar efetivo aquilo que foi decidido sofre limitações, porque existem outros países organizados, e que não reconheceriam a validade da sentença em seu território e, portanto, não permitiriam sua execução nele, o que tornaria inútil a sentença"[23]. Esse gravíssimo aspecto apontou-se alhures, onde foi indicada a impossibilidade da aplicação extensiva do princípio da efetividade, no sentido de que não pode extrapolar os limites ínsitos a boa convivência entre os Estados[24], sendo de recordar que o legislador, ao ditar as leis, não pode levar muito longe a jurisdição de seu país tanto por conveniência, quanto por viabilidade, porque há outros Estados, igualmente soberanos, porque deve respeitar os tratados internacionais aos quais se obrigou (**pacta sunt servanda**), e porque tem interesses próprios[25], que ultrapassam os individuais (art. 5º, da Lei de Introdução CLT.). Salta em tudo isso que, pela doutrina clássica, que é a que o Judiciário brasileiro, até há pouco, adotava, pacífica e predominantemente[26], é consagrada a igualdade jurídica dos Estados, e, pelo princípio **par in parem non habet imperium** (ou **judicium**), nenhum pode pretender jurisdição sobre outro, a menos que espontaneamente aceite a jurisdição alheia[27].

Nesse ponto, há que se recorrer a Kelsen, ao doutrinar que "a ningún Estado lê está permitido ejercer por intermédio de sus propios tribunales, jurisdicción sobre otro Estado, a menos que el otro Estado lo consienta expressamente"[28], tratando-se de esfera de validez pessoal da ordem jurídica interna que passa a ser limitada pela ordem jurídica internacional.

Não parece, ante tais considerações, **data venia**, merecer guarida a assertiva de José Afonso da Silva, de que o art. 114 superou as dúvidas existentes quanto a empregados de embaixadas, se nacionais brasileiros regidos pela legislação obreira, procurarem seus direitos na Justiça do Trabalho, que agora "é competente para examinar e decidir as relações de trabalho de brasileiros com essas representações estrangeiras"[29]. Em voto proferido nos autos do Proc. AC 9696-SP, no Supremo

---

[23] BARBI, C. A.. Idem (I/II), p. 394. Assim ocorreu no Proc. TRT 9ª Região nº 1896/74, oriundo da 4ª JCJ de Curitiba, em que era reclamado o Consulado de Portugal (V. FRANCO FILHO, G. de S., **Imunidade de jurisdição... cit.,** pp. 91-2)

[24] FRANCO FILHO, G. de S.. Idem, pp. 37-41.

[25] ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos **et alii**. **Teoria geral do processo.** São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, pp. 101-2.

[26] Julgado recente do Excelso Pretório manifesta-se diversamente (Proc. STF Pleno AC-9696-SP (Ageni de Oliveira **vs.** República Democrática Alemã). Voto de Vista do Ministro José Francisco Rezek. Relator: Min. Sidney Sanches. Voto proferido em 31.05.1989)

[27] CASTRO, Amilcar de. **Direito internacional privado** (II). 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 228. A igualdade jurídica dos Estados está consagrada na Carta das Nações Unidas (arts. 1,2, e 2,1) (São Francisco, 26.VI.1945), ratificada pelo Brasil a 12.IX.1945, promulgada pelo Decreto nº 19.841, de 22.X.1945.

[28] KELSEN, Hans. **Princípios de derecho internacional publico.** Trad. H. Caminos & E. C. Hermida. Buenos Aires, El Ateneo, 1965, p. 203.

[29] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 5ª ed., São Paulo,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 189 29/06/2018 15:35:51

Tribunal Federal, o Prof. José Francisco Rezek, então Ministro daquela Alta Corte, demonstra que esse poderia vir a ser o entendimento do STF, inclusive seria a fundamentação encontrada no Voto do Relator, Ministro Sidney Sanches, (v. nota 26, supra), mas esclarece que essa não foi a intenção do Constituinte, no que tem razão. Informava Rezek, no aludido voto, que teria sido intenção de dois ou três constituintes insculpirem no art. 114 regra pela qual demanda contra entre de Direito Internacional Público ó possível. Porém, adianta, se foi essa a intenção, não foi esta a expressa no texto constitucional, mas tão-só a da simples competência.

Observando-se que, como demonstrado acima (nº 1.2.), a emenda partiu de um único Constituinte (emenda individual, não coletiva, v. nota 5, **supra**), deve-se ter que o que se entende é que a Constituição atribuiu competência à Justiça do Trabalho também para apreciar a preliminar de imunidade de jurisdição, nos exatos termos em que preconizava a Súmula 83, do antigo Tribunal Federal de Recursos. Por que assim? Porque a Constituição não veio romper, nem poderia, com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, enquanto integrante da comunidade das nações na retomada da posição kelseniana. Ao revés, compatibilizou seu Poder Judiciário com a realidade. Ou seja, há uma Justiça especializada em questões trabalhistas, federal, constituída por magistrados que possuem formação direcionada para os problemas sociais, e que também conhecem as questões que estão em derredor da simples, ou pelo menos aparentemente singela, relação patrão-empregado. Não havia motivo racional justificador para a disputa entre duas estruturas distintas do mesmo Poder. A Constituição veio solucionar a divergência, como sói haveria de ocorrer, mas não gerou a denúncia de qualquer tratado, nem contrariou qualquer postulado consagrado pelo costume internacional. Apenas conformou seus instrumentos de jurisdição com os interesses dos que buscam socorro dessa instituição. Essa a **mens legis**, porque, ao cabo, quem menos aproveitava com a erudita disputa entre as duas Justiças (Federal e do Trabalho) era o trabalhador, de regra nacional brasileiro, a quem não se poderia negar a prestação jurisdicional.

Hoje, no Brasil, não padece dúvida quanto à competência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas envolvendo entes de Direito Internacional Público, que, anteriormente, criava intermináveis debates doutrinários e divergentes decisões jurisprudenciais. Por quê? Pela maneira pouco objetiva com que os dispositivos constitucionais anteriores cuidaram da matéria, conferindo jurisdição à Justiça do Trabalho a partir da Carta de 1946, mas não lhe deferindo competência internacional expressa, abrindo margem a interpretações diversas, no mais das vezes não condizente com o verdadeiro objetivo social desse segmento do Judiciário[30].

Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 489.

[30] A respeito, FRANCO FILHO, G. de S.. **Imunidade de jurisdição...** cit., pp. 74-7 e 85-7, inclusive as notas 217 e 261, com indicação de diversos julgados sobre a competência da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, respectivamente, verificando-se

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 190 29/06/2018 15:35:51

2.3. Breve visão do direito constitucional comparado

Um pequeno comentário deve ser feito, à luz do direito constitucional comparado, tendo em vista dois diplomas internacionais que cuidam de certos privilégios conferidos a entes de Direito Internacional Público: as Convenções de Viena de 1961 a 1963.

Tais convenções reconhecem jurisdição civil do Estado receptor sobre os representantes diplomáticos e consulares, estes por seus atos oficiais, nas hipóteses que elenca. Não se tratará de imunidade, expressamente referida nesses tratados, mas apenas de jurisdição, mencionada como civil, e, como visto, abrangendo também a trabalhista.

Não são poucos os Estados que consagram o primado do Direito Internacional. Na Espanha[31], a Constituição de 31.X.1978 assinala que a celebração de um tratado contrário à Carta exige uma prévia revisão constitucional (art. 95,1), e, após publicado, o tratado integra o ordenamento interno, só deixando de ser aplicado conforme dispuser o próprio tratado (art. 96,1). A França, que não adotou a Convenção de 1961, mas ratificou a de 1963, em 31.XII.1970, considera, pela Constituição de 04.X.1958, que o tratado é superior à lei (art. 55). Ou seja, nesses Estados, o juiz deve atentar para o tratado internacional, antes de aplicar a lei ordinária.

Ademais, quanto à competência específica, o Chile[32], pelo art. 497 do Código del Trabajo, atribuiu à Justiça do Trabalho "competência para conocer de todos aquellos litigios a raiz de conflictos individuales del trabajo"[33], ou seja, superou-se ali a competência em razão da matéria, incluindo os entes de Direito Internacional Público, persistindo, porém, a possibilidade de exceção **ex ratione personae**, o que enseja a apreciação das imunidades das pessoas internacionais públicas.

Idêntica a situação do Peru[34], onde, como recordou o saudoso mestre Montenegro Baca, o art. 23 da anterior Constituição de 1933 "habla de habitantes de la República; no habla de ciudadanos del Peru; por tanto la Constitución y las leyes del Peru proteyen y obligan sin distinción de nacionalidade"[35], donde a Justiça do Trabalho peruana tinha competência material para ações contra entes de Direito Internacional Público, mesmo que o autor não fosse seu nacional,

---

a divergência existente.

[31] Aderiu à Convenção de 1961 em 21.XI.1967, e à de 1963, em 03.II.1970.

[32] Ratificou ambas as Convenções de Viena em 09.I.1968.

[33] ERRAZURIZ, Francisco Walker. **La competência de la Justicia del Trabajo en Chile. In:** RUSSOMANO, Mozart Victor **et alii**. A competência da Justiça do Trabalho na América do Sul. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 137.

[34] Aderiu à Convenção de 1961 em 18.XII.1986, e apenas assinou a de 1963, em 24.IV.1963.

[35] MONTENEGRO BACA, José. **La competência de la Justiça del Trabajo en el Peru. In:** RUSSOMANO, M.V. **et alii**). **Ob. cit.**, p. 199.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 191 29/06/2018 15:35:51

fosse, **v.g.**, nacional do Estado contra o qual demanda. Parece não ter sido alterada essa posição, porque a atual Constituição de 12.VII.1979, no art. 101, reconhece a prevalência do tratado, consignando que deve haver reforma da Constituição para se adequar ao tratado, regendo-se a nacionalidade da pessoa física pela lei e pelo tratado (art. 95). Deve-se entender, então, que a Justiça do Trabalho do Peru é competente para conhecer ações contra entes de Direito Internacional Público, observando-se os tratados internacionais, pelo que o exercício da jurisdição está restringido pela norma da Convenção de Viena de 1961.

No Paraguai, a Constituição de 25.VIII.1967 determina que o tratado prevalece sobre as leis e integra o direito positivo interno, e esse país aderiu às convenções vienenses em 23.XII.1969, donde a competência da Justiça do Trabalho paraguaia também inclui os entes tratados neste estudo.

Na Costa Rica[36] é semelhante a situação. Lá, onde também existe Justiça do Trabalho (art. 70, da Constituição de 07.XII.1949), a mesma Carta Magna reconhece a superioridade do tratado à lei (art. 7º), observando-se que, embora os estrangeiros estejam sujeitos à jurisdição dos tribunais, sem que recorram à vida diplomática, ressalva quando disponha o tratado à via diplomática, ressalva quando disponha o tratado internacional (art. 19, 2ª parte), o que enseja o retorno ao problema das imunidades.

Na Suíça[37], a Constituição de 29.V.1974 atribui competência ao Tribunal Federal para apreciar reclamações de particulares por violação de tratados (art. 113, 1, 3), e deve aplicar os tratados ratificados pela Assembléia Federal (art. 113, 3). Ou seja, um nacional, **v.g.**, que postule seus direitos ensejará a que se aplique o tratado, havendo competência do Judiciário local, por força da jurisdição civil (trabalhista), a que se referem as Convenções de Viena.

No Uruguai[38], a Constituição de 24.VIII.1966 declara que à Suprema Corte incumbe conhecer causas dos diplomatas ali acreditados, nos casos previstos pelo Direito Internacional (art. 239, 1º). Donde, a competência originária é do Tribunal de mais alto grau, obrigando-se à aplicação das regras vienenses.

3. ABRANGÊNCIA DO PRECEITO CONSTITUCIONAL

3.1. Sujeitos atingidos

O preceito do art. 114 abrange, na abordagem que se procede, os órgãos do Estado, aqueles que representam o Estado estrangeiro. Assim, tomos as Missões Diplomáticas, as Repartições Consulares, que representam Estados estrangeiros no Brasil, e o próprio Estado.

Cumpre observar, nesse último ponto, que também os Estados estrangeiros gozam de imunidades, tema que não se analisará em detalhes neste trabalho.

36 Ratificou a Convenção de 1961 em 09.XI.1964 e a de 1963, em 29.XII.1966.
37 Ratificou a Convenção de 1961 em 30.X.1963 e a de 1963, em 03.V.1965.
38 Ratificou ambas as convenções vienenses a 10.III.1970.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 192 29/06/2018 15:35:51

Merece, contudo, brevíssimo comentário. Em seu brilhante "Curso elementar", Rezek rememora que a origem da imunidade dos Estados é costumeira, fundada no princípio **par in parem non habet imperium**[39], mas se encontra superada a partir de posições tomadas no âmbito do Conselho da Europa, em 1972, do "Foreign Sovereign Immunities Act", dos Estados Unidos da América, de 1976, do "State Immunity Act" britânico, de 1978[40]. **Data venia**, há pelo menos um aspecto que se pode invocar, no caso específico de ação movida por um trabalhador. Supondo-se o conhecimento do processo, sua instrução, prolação de sentença, seu trânsito em julgado, como executar a decisão? Como satisfazer o trabalhador? Não há possibilidade, porque inexistem meios legais para penhorar bens do Estado estrangeiro, e, mesmo inexistindo norma internacional expressa a respeito, mas só costume que se quer pretender superado, basta que se adote, por analogia, a norma interna (escrita) aplicável aos bens públicos do Estado brasileiro. Ou seja, para cumprir a sentença, e atender à eventual condenação, somente **bona fide**, e o trabalhador, aquele que busca o Judiciário, não pode ficar esperando a boa vontade do Estado estrangeiro, nem ficar a mercê de discussões e debates doutrinários. Afinal, não adianta exercício de retórica para quem deseja receber salário, que, ao cabo, é **apenas** o seu ganha-pão. Não se entrará mais amiúde nesse aspecto porque refoge ao tema principal (competência).

O art. 114, então, dá competência à Justiça do Trabalho para dirimir divergências movidas contra Missões Diplomáticas, Repartições Consulares, ambas representantes de Estados, e também contra as chamadas coletividades não-estatais, como a Santa Sé e a Soberana Ordem de Malta, como se infere da fundamentação da emenda (nº 1.2., **supra**), que possuem legações diplomáticas no Brasil, de fundo religioso (Accioly).

3.2. Situação das organizações internacionais

Ainda que **en passant**, não há cogitar em excluir da competência da Justiça do Trabalho a de apreciar ações trabalhistas movidas contra organizações internacionais, a partir do art. 109, nº II, da Constituição, para que se reconheça competente a Justiça Federal.

Não á assim, nem poderia, importaria em um retrocesso ao **status quo ante**, representado pela norma contida na Constituição de 1967. Dessarte, para se interpretar o art. 114 da Carta atual, é imperioso recorrer à sua história, à forma encontrada para consignar no texto constitucional a expressão "abrangidos os entes de direito público externo". E, como Tanon, estudando a escola histórica de Savigny, lançador das bases do direito internacional privado

---

[39] REZEK, José Francisco. **Direito internacional público; curso elementar.** São Paulo, Saraiva, 1989, p. 175.

[40] REZEK, J. F.. Idem, p. 178. Esses mesmos fundamentos serviram a seu voto no Proc. STF Pleno AC 9696-SP, cit. na nota 26, **supra.**

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 193 29/06/2018 15:35:51

moderno, "le droit est un produit historique"[41], exatamente porque "le droit n'est pas la création spontanée de mouvements sociaux incohérentes et fortuits; Il est le produit de l'histoire"[42], e, como produto da história, impossível evitar o recurso à sua origem para saber o verdadeiro alcance da norma, para sua mais perfeita exegese.

Então, a emenda que resultou na redação final refere expressamente às organizações internacionais, donde, por razões de hermenêutica, não se pode pretender deslocamento de competência para outro órgão judiciário. Há que se considerar que o preceito do art. 114 é genérico, e o art. 109 é específico, com aquele preferindo este[43].

Por outro lado, embora não exaustivo, é oportuno indicar que a Justiça do Trabalho brasileira é competente, hoje, sem divergência, para apreciar questões envolvendo, ativa ou passivamente, **inter alia**, as seguintes organizações: FAO, UNESCO, OACI, FMI, OMS, BIRD, UPU e UIT, que estão referidas no art. 1º, 1ª seção, II, da Convenção de Nova York de 1947, e também a própria ONU (Convenção de Londres de 1964), a OEA (Acordo de Washington de 1949), e a ALADI (Acordo de Montevidéu de 1961), todos ratificados pelo Brasil. Igualmente é competente para ações contra o CETREDE, órgão da OEA, e o CIME, das Comunidades Européias, cujo ato constitutivo foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 64, de 1956, e, como se indicou alhures, quando estiver em vigor a Convenção sobre o Direito do Mar (Montego Bay, 1982), serão beneficiados, **v.g.**, os membros de seu Tribunal Internacional (cf. art. 11, do Anexo VI, da Convenção)[44].

Com todos esses organismos, a Justiça do Trabalho pode conviver, exercendo sua jurisdição, como órgão do Estado, sem esquecer, contudo, que, previamente à apreciação do mérito, necessariamente perquirirá acerca da imunidade que eventualmente os privilegia.

Existe, por outro ângulo, a figura das delegações dos Estados membros acreditados junto aos organismos internacionais, quando surge uma operação triangular (Estado membro + organismo internacional + Estado anfitrião), como registra Gilda Russomano[45]. Em casos que tais, apresenta-se uma situação

---

41 TANON, L. **L'evolution du droit et la conscience sociale.** 3ª ed., Paris, Felix Alcan, 1911, p. 12.

42 TANON, L.. Idem, p. 24.

43 Também assim pela Constituição de 1967. cf. RUSSOMANO, M.V.. **A competência da Justiça do Trabalho no Brasil. In:** RUSSOMANO, M.V. **et alii. Ob. cit.**, pp. 40-2. Assim também o entendimento de Wagner D. Giglio (**A nova Constituição e as alterações na competência da Justiça do Trabalho. In:** Revista LTr. São Paulo, a. 53, nº 9, set. 1989, p. 1029.

44 FRANCO FILHO, G. de S.. **Os efeitos da imunidade de jurisdição...** cit., p. 18.

45 RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. A imunidade de jurisdição territorial do Estado; estudos sobre as convenções de Viena 1961 e 1963. Exposição no XV Congresso; Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid. s.c.p., 1989, p. 11.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 194 29/06/2018 15:35:51

peculiar, cujo enfrentamento merece detida reflexão do julgador, como aplicador da lei, pelos reflexos que sua decisão pode gerar na convivência internacional. Entende-se que o procedimento, na hipótese, é o mesmo aplicável aos representantes de Estados estrangeiros no Estado acreditado ou receptor quanto aos dois princípios consagrados nos tratados internacionais (dupla imunidade e dupla renúncia). Assim, **v.g.**, com relação às representações de Estados junto às agências especializadas das Nações Unidas, cf. o art. 5º, 16ª secção, da Convenção de Nova York de 1947.

Esta, parece, é a exegese que se deve ter do art. 114 da Constituição brasileira em vigor.

4. CONCLUSÃO

4.1. Vantagens da "nova" competência

Decorreram muitos anos para que fosse superada a dúvida doutrinária quanto ao órgão do Judiciário brasileiro para apreciar demandas movidas contra entes de Direito Internacional Público. Hoje, tal não mais ocorre. Definitivamente, a competência ó da Justiça do Trabalho, inclusive e antecedentemente, para apreciar a preliminar de imunidade de jurisdição, que não se objetivou analisar neste estudo.

Superou-se, por outro lado, a divergência jurisprudencial, e, por outro, não se pode cogitar de denegação de justiça, não se ferindo o princípio do juízo natural, pelo qual a lei não pode excluir de apreciação pelo Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, nº XXXV, da Constituição).

O nacional, no advento da demanda, ocorrendo arguição de preliminar de imunidade de jurisdição, e seu acolhimento, ou mesmo sua declaração **ex officio,** poderá usar o recurso da via diplomática para fazer valer seus prováveis direitos.

Não se pode pretender, **ad argumentandum,** que, com a "nova" competência atribuída à Justiça do Trabalho, deva-se retomar o Projeto de Lei nº 365/71, do então Senador Itamar Franco, que pretendia "determinar que o Poder Executivo EXIJA das Representações Diplomáticas estrangeiras o cumprimento da legislação trabalhista" (destacou-se), o que seria um contra-senso, em virtude das obrigações que o Brasil, voluntária, soberana e coerentemente, assumiu perante a comunidade internacional.

A competência da Justiça do Trabalho é para conhecer demandas contra entes de Direito Internacional Público. Vai grande distância em pretender lei interna "exigindo" que se ajuste uma representação diplomática estrangeira às práticas trabalhistas internas. Afinal, as convenções internacionais já cuidam da matéria, despicienda semelhante - e absurda - pretensão, até porque, quando ratificadas, incorporam-se ao ordenamento positivo nacional.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 195 29/06/2018 15:35:51

4.2. Resumo crítico

Mostrou-se ser a competência o limite da jurisdição, expressão da soberania do Estado, e, agora, quanto à Justiça do Trabalho, inquestionavelmente, é ela competente também quanto aos entes de Direito Internacional Público, a partir do exame hermenêutico que se pretendeu proceder, com base nos elementos históricos que originaram o preceito e a posição da mais respeitada doutrina.

Contestou-se, com o fito de eliminar quaisquer suspeitas, a possibilidade de excluir da competência da Justiça do Trabalho as organizações internacionais, pelo caráter genérico do art. 114. e específico do art. 109.

Derradeiramente, como se vem insistindo, a Justiça do Trabalho, agora definitivamente competente, ante a transparência do dispositivo, deve, por seus magistrados, decidir a **quaestio juris**, com observância, preliminar, das regras contidas nos tratados internacionais aos quais o Brasil está obrigado. De notar, ainda, que o art. 5º § 2º, da Constituição, obriga o Brasil a cumprir os tratados internacionais de que seja parte, e o **caput** do dispositivo refere, expressamente, a estrangeiros.

Esses dois aspectos, fundamentais quanto à competência, demonstram o acerto do Constituinte em consignar o preceito, eliminando a controvérsia, e sepultando, em definitivo, discussão que não conduzia a bom termo demanda trabalhista movida, de regra, por um trabalhador. Resta, a concluir, que, ao aprecisar semelhantes ações, o julgador esteja atento para a questão das imunidades, a serem comentadas ulteriormente.

5. BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos **et alii. Teoria geral do processo.** São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código do processo civil,** (v.I/t.I-II). Rio de Janeiro, Forense, 1975.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Projeto de Constituição (A); Emendas oferecidas em Plenário** (v.I-II). Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988.

CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho.** 10ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

CASTRO, Amilcar de. **Direito internacional privado** (II). 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.

COSTA, Carlos Coqueijo Torreão. **Direito judiciário do trabalho.** 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 196 29/06/2018 15:35:51

_____. **A Instrumentalidade do processo.** São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

ERRAZURIZ, Francisco Walker. **La competência de la Justicia del Trabajo en Chile. In:** RUSSOMANO, Mozart Victor **et alii**. A competência da Justiça do Trabalho na América do Sul. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, pp. 130-9.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Reclamações trabalhistas contra entes de Direito Público externo, Competência da Justiça do Trabalho; Imunidade de jurisdição. In:** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, **18** (34):75-97, jan./jun. 1985.

_____. **Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de Direito Internacional Público. In:** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 1985, pp. 113-65.

_____. **Imunidade de jurisdição trabalhista dos entes de Direito Internacional Público.** São Paulo, LTr, 1986.

_____. **Os sujeitos de direito internacional e a Justiça do Trabalho no projeto de Constituição.** O Liberal, Belém, 08.XI.1987, 1º cad., p. 26.

_____. **Da competência internacional da Justiça do Trabalho. In:** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 1988, pp. 35-49; **In**: Revista Jurídica do Trabalho. Salvador/Lisboa, **II** (4):125-42, jan./mar. 1989; **In**: Revista de Informação Legislativa. Brasília, **26** (101):71-86, jan./mar. 1989; e, **In**: Revista LTr. São Paulo, **53** (12):1399-408, dez. 1989.

_____. **Os efeitos da imunidade da jurisdição sobre a competência internacional da Justiça do Trabalho. In:** Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, nº 1/90, 2-3341, 1ª quinz. jan. 1990, pp. 17-9.

GIGLIO, Wagner Drdla. **A nova Constituição e as alterações na competência da Justiça do Trabalho. In:** Revista LTr. São Paulo, a. 53, nº 9, set. 1989, pp. 1026-9.

GRECCO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro** (I). São Paulo, Saraiva, 1989.

JESSUP, Philip. **Direito transnacional.** Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965.

KELSEN, Hans. **Princípios de derecho internacional publico.** Trad. H. Caminos & E.C. Hermida. Buenos Aires, El Ateneo, 1965.

LAMARCA, Antônio. **Competência da Justiça do Trabalho na nova Constituição. In:** Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, nº 22/88, 2-1923, 2ª quinz. nov. 1988, pp. 300-3.

LIMA, Alcides de Mendonça. **O poder judiciário e a nova Constituição.** Rio de Janeiro, Aide, 1989.

MONTENEGRO BACA, José. **La competência de la Justicia del Trabajo en el Peru. In:** RUSSOMANO, Mozart Victor **et alii.** A competência da Justiça do Trabalho na América do Sul. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, pp. 176-208.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho.** 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 197 29/06/2018 15:35:51

NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **A convenção de Viena sobre relações diplomáticas.** Brasília, Centro de Serviços Gráficos IBGE, 1978.

NAZO, Georgette Nacarato. **Imunidades diplomáticas e certos tipos de contrato de trabalho; as convenções de Viena de 1961 e de 1963 sobre "Relações Diplomáticas" e "Relações Consulares". In**: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, v. LXXIII, jan./dez. 1978, pp. 145-54.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público; curso elementar.** São Paulo, Saraiva, 1989.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **A imunidade de jurisdição territorial do Estado; estudos sobre as convenções de Viena 1961 e 1963.** Exposição no XV Congresso; Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Madrid, s.c.p., 1989.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **A competência da Justiça do Trabalho no Brasil. In:** RUSSOMANO, Mozart Victor **et alii.** A competência da Justiça do Trabalho na América do Sul. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil** (I). 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Das imunidades da jurisdição e de execução.** Rio de Janeiro, Forense, 1984.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Conflitos de leis do trabalho.** Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1979.

TANON, L.. **L'evolution du droit et la conscience sociale**. 3ª ed., Paris, Felix Alcan, 1911.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Fundamentos de derecho internacional publico.** 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1977.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Estado estrangeiro e contrato de trabalho. In**: Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho. São Paulo, Universidade Mackenzie, 1977, pp. 653-8.

SÃO PAULO, 24.IV.1990.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 198 29/06/2018 15:35:51

KONRAD HESSE: UMA NOVA CRENÇA NA CONSTITUIÇÃO *

Inocêncio Mártires Coelho **

SUMÁRIO: 1. Colocação do tema: por que uma nova **crença** na Constituição? - 2. Condicionamento recíproco entre a Constituição e a realidade político-social - 3. Limites e possibilidades de atuação da Constituição **jurídica**. - 4. Pressupostos de eficácia da Constituição. - 5. Conclusão.

"Esta Constituição é a minha bíblia jurídica; seu plano de governo, o meu plano de governo; e o seu destino, o meu destino"
(Hugo Lafayette Black - **Crença na Constituição**)

Este escrito de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição, que ora é entregue ao público brasileiro, em cuidadosa tradução de Gilmar Ferreira Mendes, está sendo divulgado em momento singularmente oportuno, quando a nossa Carta Política está a completar apenas dois anos de vigência, mas já se ouve, nos mais diversos setores da sociedade, e com intensidade crescente, a perniciosa pregação de que se faz necessário reformar o seu texto, para ajustá-lo a uma imprecisa e mal definida realidade nacional.

Por isso, mas - como se verá adiante - não apenas por isso, é que a publicação desse Escrito parece-nos extremamente importante, porque a idéia central desse precioso estudo é, precisamente, a de que, embora não disponha de existência autônoma, em relação à realidade, da qual, aliás, não pode estar desvinculada, a Constituição não é imposta, simplesmente, por essa mesma realidade; em outros termos, embora condicionada pela realidade político-social, a Constituição não é determinada por essa mesma realidade.

Daí, desde logo, Hesse nos advertir de que a força vital e eficacial da Constituição assenta-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo - mas sua **força normativa** não deriva dessa adaptação a uma dada realidade, antes se devendo a um fator de natureza espiritual e cultural, que ele sugestivamente denomina **vontade de Constituição**.

Acentuando a natureza espiritual dessa atitude perante a Constituição, dessa crença de que a Constituição não é e não deve ser um subproduto mecanicamente derivado das relações de poder dominantes, Hesse nos diz

* Este estudo foi feito para servir de Introdução ao Escrito de Konrad Hesse "A força normativa da Constituição", a ser publicado por Sérgio Fabris Editor/RS. (Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 24, n. 46, p. 43-58, jan./jun./1991)
** Professor Titular da UNB.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 199 29/06/2018 15:35:51

que essa vontade de Constituição "que indubitavelmente constitui a maior garantia de sua força normativa" - se origina de três vertentes diversas, embora ontologicamente semelhantes, a saber: da compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido *e* disforme; da compreensão de que essa ordem é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, já que possui legitimidade própria; e, finalmente, da consciência de que, ao contrário do que se dá com as leis do pensamento, essa ordem não consegue ser eficaz sem o concurso da vontade humana, pela qual adquire e preserva a sua validade.

Trata-se, bem se vê, de um autêntico discurso de **conversão**, via do qual o ilustre constitucionalista alemão, sem abandonar a necessária postura analítica, nos conduz a **ver a verdade naquilo que, até então, nada nos dizia**, para usarmos a feliz expressão com que João Baptista Machado expõe a moderna teoria da argumentação, em **Nota** à 1ª edição portuguesa da "Introdução ao Pensamento Jurídico", de Karl Engisch.

Diante dessa sua pregação quase catequética - também por isso dizemos que ele encarna uma nova **crença** na Constituição - é fácil compreender porque Hesse inicia seu estudo evocando, para criticar-lhe o unilateralismo de perspectiva, a célebre conferência de Fernando Lassalle "Que é uma Constituição?", pronunciada em Berlim, no mês de abril de 1862.

Nessa conferência, que virou texto clássico da doutrina constitucional, Fernando Lassalle levou ao extremo o discurso da submissão dos textos constitucionais aos chamados **fatores reais de poder** existentes nas sociedades, os quais, para ele, informam todas as leis e instituições jurídicas, fazendo com que, em essência, **não possam ser mais do que são e como são**[1].

Exprimindo esse sociologismo exagerado, Lassalle chega a dizer que aqueles fatores reais de poder - referindo-se à Prússia de seu tempo, ele os identificava na monarquia, na aristocracia, na grande burguesia, nos banqueiros, na pequena burguesia e na classe operária - eram verdadeiros **fragmentos de Constituição** que, somados, corresponderiam à Constituição **real** e, transladados para uma folha de papel, se converteriam na Constituição escrita, na Constituição **jurídica** propriamente dita.

Por isso, para ele, e neste ponto ó frontal o choque entre a sua concepção e o pensamento de Konrad Hesse, a Constituição escrita, para ser boa e duradoura, deve refletir, **necessariamente**, os fatores reais de poder existentes na sociedade pois um eventual descompasso - ele usa a expressão **conflito** - entre o texto escrito e a Constituição real fará com que, mais cedo ou mais tarde, a Constituição **folha de papel** seja rasgada e arrastada pelas verdadeiras forças vigentes no país, num denominado momento da sua história; noutras palavras, a Constituição **real** "revogaria" a Constituição **formal**, substituindo-a por outra, atualizada ou "em dia" com aqueles fatores reais de poder.

---

[1] Que es una Constitución? Buenos Aires, Siglo Veint, 1957, pág. 15.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 200 29/06/2018 15:35:51

Se fosse verdade, como afirmava Lassalle, que, para se fazer uma Constituição escrita, bastaria simplesmente recolher os fatores reais de poder, estendê-los sobre uma folha de papel e dar-lhes expressão jurídica, efetivamente o texto afinal produzido não teria nenhuma autonomia, sendo a sua força normativa meramente aparente, como expressão subalterna daqueles fatores reais de poder.

A essa concepção mecanicista das relações entre a Constituição e as forças sociais, Konrad Hesse opõe, até certo ponto se poderia considerar **dialética**, na medida em que, sem desprezar a importância das forças sócio-políticas para a criação e a sustentação da Constituição jurídica, nos sugere admitir, como **ponto de partida** para a análise do fenômeno, a existência de um condicionamento **recíproco** entre a Lei Fundamental e a realidade político-social subjacente.

Trata-se de algo que, de resto, é não só admitido, mas até mesmo enfatizado por ninguém menos que o velho Engels, quando, em crítica mordaz aos ideólogos, observa que eles padecem de uma **ignorância absoluta** sobre a **ação recíproca** existente entre as normas jurídicas e os fatores econômicos, que as engendram ou, pelo menos, condicionam[(2)].

Do contrário - adverte Hesse - até mesmo o Direito Constitucional, como ciência **normativa**, deixaria de estar a serviço de uma ordem estatal justa, para cumprir tão-somente a miserável função - indigna de qualquer ciência - de justificar as relações de poder dominantes.

Neste passo cabe relembrar, por sua pertinência para a compreensão do problema, os ensinamentos de Hans Kelsen, quando, ao traçar as linhas distintivas entre a Jurisprudência Normativa e a Jurisprudência Sociológica - para, como disse evitar **sincretismos metodológicos** - nos adverte de que esses dois saberes possuem objetos distintos, pois enquanto a primeira estuda a validade do Direito, enquanto a segunda discorre sobre a sua eficácia[(3)].

Se perdermos de vista essa distinção metodológica, aliás correlata da diversidade dos objetos formais ou pontos de vista sob os quais um mesmo objeto material - no caso, o Direito - pode ser encarado, confundiremos os planos e âmbitos de seu conhecimento, retirando, como fez Lassalle, da Ciência do Direito Constitucional o caráter **normativo**, que lhe é próprio, para lhe emprestar um caráter **sociológico**, que, em absoluto, ela não possui.

Então, vale insistir, para sermos coerentes, do ponto de vista metodológico, e, assim, podermos "construir" uma Ciência do Direito Constitucional que seja, como deve ser, efetivamente normativa, devemos ter presente que a Constituição é uma norma, expressão de um **dever ser**, e não subproduto ou precipitado natural, ainda que enunciado em forma normativa, das relações de poder existentes em certa sociedade, num dado momento da sua história.

---

(2) Carta a Franz Mehring, in Marx e Engels - **Cartas Filosóficas**. São Paulo, Ed. Moraes, 1987, pág. 51.

(3) Jurisprudência Normativa e Sociológica, in **O Direito e a vida social - Leituras básicas de sociologia jurídica**: coletânea organizada por A. L. Machado Neto e Zahidé Machado Neto. São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1966, pág. 17.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 201 29/06/2018 15:35:51

Se recusarmos à Constituição esse caráter deontológico e essa força normativa, reduzindo-a a um simples reflexo dos chamados fatores reais de poder, lhe retiraremos, também, por via de conseqüência, a dimensão reformadora que indiscutivelmente possui, enquanto instrumento de transformação social.

Por isso, Konrad Hesse insiste na necessidade de se admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força normativa própria, motivadora e ordenadora, não apenas da vida do Estado, como também da vida não-estatal. Para usar as suas próprias palavras e, assim, melhor traduzir-lhe as idéias, vale relembrar, neste ponto, o que ele nos diz sobre as funções da Lei Fundamental: "por intermédio de suas prescrições materiais, das relativas à estrutura estatal e a regulamentação constitucional do processo de formação de unidade política e da atuação estatal, a Constituição origina unidade estatal, confere forma à vida da Comunidade, assegura continuidade suprapessoal, com o conseqüente efeito estabilizador; por outro lado, permite entender e compreender a formação de unidade política e a atuação estatal, torna possível a participação consciente, protege contra recaídas no informe e indiferenciado, com a conseqüente eficácia estabilizadora; pela ordenação do procedimento de formação de unidade política, da fundação sempre limitada de atribuições de poder estatais, da regulamentação processual do exercício dessas atribuições e do controle dos poderes estatais, a Constituição pretende limitar o poder estatal e impedir o abuso desse poder; enfim, nessa sua função de possibilitar e garantir um processo político livre, de instituir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar o poder e, com tudo isso, assegurar a liberdade individual, é que reside a **qualidade da Constituição** [4].

Neste passo, ele nos faz lembrar as reflexões de Georges Burdeau sobre o papel desempenhado pela Constituição na configuração do **Estado de Direito**, porque, segundo aquele notável jurista e pensador político - pela forma como atua sobre o Poder - a Constituição deve ser considerada verdadeiramente criadora do Estado de Direito, pois, se antes dela, o Poder é um mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas, com a Constituição ele muda de natureza e se juridiciza, para se converter em Poder de direito, desencarnado e despersonalizado[5].

Vista assim, em correta perspectiva jurídico-normativa, a Constituição, por sua energia conformadora da realidade social, converte-se, também ela, num autêntico **fator real de poder**, na medida em que, vigente e eficaz, interage com os demais fatos sociais, sobre eles influindo e deles recebendo influência, dentro do processo dialético de ação recíproca entre a infraestrutura e a superestrutura, que é próprio das sociedades humanas.

Destarte, como fato normativo, a Constituição deixa de ser um simples subproduto das tensões fático-axiológicas, para, com energia própria, inserir-se e

---

[4] Conceito e Qualidade da Constituição, in Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, Centro de Estudos Constitucionales, 1983, págs. 21/22.

[5] **Traité de Science Politique**, Paris, LGDJ, 1984, tomo IV, págs. 44/45.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 202 29/06/2018 15:35:51

atuar na realidade política e social, a que dá um específico sentido - o de realizar, em dado momento, numa sociedade concreta, a **idéias do direito**[6].

Retornando ao texto de Hesse, impõe-se, agora, seguir-lhe a seqüência do raciocínio, para compreender como ele tenta fundar a sua crença na força normativa da Constituição e, assim, conferir dignidade própria à Lei Fundamental, em que pese reconhecer e afirmar - aliás com certa freqüência - que nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais, do que resulta não dispor, a norma constitucional, de existência autônoma em relação à realidade social, da qual emerge e na qual se insere.

Como passo inicial para a fundação dessa crença, ele formula uma pergunta que respondida corretamente, nos oferece a chave para deslindar todo o seu discurso: "existirá, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional?

Cauteloso, Konrad Hesse nos apresenta o que denomina uma simples "tentativa" de resposta à sua própria indagação, resposta que ele desdobra em três etapas ou aspectos: a) existe um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social; b) a atuação da Constituição jurídica tem limites e possibilidades; c) a eficácia da Constituição está sujeita à satisfação de determinados pressupostos.

Examinemos, ainda que sumariamente, essas três proposições.

I

Quanto ao primeiro aspecto, o do **condicionamento recíproco** entre a lei e a realidade, entre a Constituição jurídica e os fatos sociais, Hesse começa a sua análise lembrando que esse ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo **isolamento** entre fato e norma, entre direito e realidade, em razão do que juristas e sociólogos do direito, de costas voltadas uns para os outros, acabaram por se encastelar em posições extremadas, mas igualmente estéreis, levados que foram em direção a uma norma despida de qualquer elemento da realidade, ou a uma realidade esvaziada de qualquer conteúdo normativo.

Comentando esse divórcio, e apontando o caminho que, a seu ver, superaria as referidas divergências entre o normativismo e o sociologismo exagerados, Hermann Heller, um dos mais notáveis publicistas germânicos deste século, nos brinda com esta preciosa síntese: "A doutrina dominante, sob a direção de Georg Jellinek, contenta-se em colocar a Constituição como **ser** ao lado da Constituição jurídica, como **deve ser**, sem conexão científica de nenhuma classe entre si. Os propósitos de superar este insustentável dualismo não têm levado, até

[6] Gustavo Radbruch, **Filosofia do Direito**. Coimbra, A. Amado, 1961, vol. I, p. 50; Georges Burdeau, in **Traité**, cit., p. 45, e in **El Estado**, Madrid, Seminários y Ediciones, 1975, págs. 54/58.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 203 29/06/2018 15:35:51

hoje, mais que à absolutização de uma ou outra de ambas as posições. Kelsen faz constituir o Estado e a Constituição em um dever ser, exclusivamente; O Schmitt pretende eliminar da Constituição toda normatividade. A Teoria do Estado só poderá evitar estas unilateralidades se conseguir descobrir a conexão real a partir da qual possam ser explicadas e compreendidas tanto a Constituição, enquanto ser, como a Constituição jurídica normativa e o método dogmático-jurídico e ela correspondente"[7].

Trata-se de uma crise que se instaurou não apenas no âmbito do Direito Público ou do Direito Constitucional, como, à primeira vista, se poderia imaginar, mas que atingiu todos os quadrantes do pensamento jurídico, segundo observou Miguel Reale, em reflexões sobre a necessária e ineliminável conexão entre vigência, a eficácia e o fundamento dos modelos normativos, conexão que para ele só se revela, com nitidez, na própria experiência jurídica[8].

Para superar esse impasse, Konrad Hesse nos propõe buscar um caminho que, de um lado, evite o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas e, de outro, não leve à criação de uma normatividade despida de qualquer elemento da realidade.

Então, parece evidente que esse caminho só poderá ser encontrado se conseguirmos rejeitar as opções, inconciliáveis ou mutuamente excludentes, entre os normativismos abstratos e os sociologismos rasteiros, representativos, ambos, de concepções unilaterais ou setorizadas da experiência jurídica.

Como toda regra de Direito **vige** com pretensão de eficácia, assim como não lhe pode faltar, também, a pretensão de ser **justa** - consoante oportunamente observado pelo mesmo Miguel Reale[9]. - e como a Constituição, porque é regra jurídica, também vige com essa mesma pretensão de eficácia, que é inseparável das condições históricas de sua realização, Hesse ressalta que ambos os elementos, a pretensão de eficácia e as condições de sua realização **interagem reciprocamente**, embora se mantenham distintos na especificidade de suas funções; por isso, podem e devem ser diferençados, embora não possam e não devam ser separados, nem confundidos.

Trata-se de uma relação dialética em tudo semelhante à que existe entre Estado e Direito, e que só se poderá compreender se considerarmos o Direito como a condição necessária do Estado atual e, do mesmo modo, o Estado como a necessária condição do Direito presente, pois sem o caráter de criador de poder, que o Direito acarreta, não existe nem validez jurídica normativa, nem poder estatal, assim como, sem o caráter de criador de direito, que tem o poder do Estado, não existe nem Estado, nem positividade jurídica. A propósito - como acentua Herman Heller – "a relação entre o Estado e o Direito não consiste nem em uma unidade indiferenciada, nem em uma irredutível oposição, antes devendo considerar-se

---

(7) **Teoria do Estado**. São Paulo, Mestre Jou, 1968, págs. 306/307.
(8) **Teoria Tridimensional do Direito**, São Paulo, Saraiva, 1986, págs. 28/34.
(9) **Filosofia do Direito**, São Paulo, Saraiva, 1969, vol. II, pág. 530.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 204 29/06/2018 15:35:51

como relação **dialética, como relação necessária das esferas separadas e admissão de cada pólo no seu oposto**"[10].

II

Quanto às **possibilidades** e aos **limites** da pretensão de eficácia da Constituição, Hesse inicia suas considerações afirmando que, embora em termos relativos, a Constituição jurídica possui significado próprio; que sua pretensão de eficácia se apresenta como elemento autônomo, no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado; e, finalmente, que sua força normativa é adquirida na medida em que ela consegue tornar efetividade aquela mesma pretensão de eficácia.

Também nesta parte, observa-se em Konrad Hesse a preocupação de advertir que não podemos isolar, em campos fechados, a Constituição **real** e a Constituição **jurídica** porque, a despeito de serem distintas, elas se correlacionam e se complicam mutuamente. Daí que a normatividade da Constituição jurídica, embora dependa de sua adequação à Constituição real, para se transformar em energia normalizadora, ainda assim procure imprimir ordem e conformação à realidade política e social; noutras palavras, por sua peculiar natureza e qualidade, a Constituição jurídica não *se* limita a sancionar o existente - como teria afirmado Lenine acerca do Direito -antes pretende e consegue juridicizá-lo, de tal sorte que, a partir dela, o Poder se torna juridicamente qualificado, inclusive, ou sobretudo, como Poder **legítimo**.

Nessa mesma linha de pensamento, o citado Hermann Heller observa, com propriedade, que, ao lado do normal fático, tem também grande importância a força normalizadora do normativo, sendo certo, ademais, que nenhuma decisão pode, **sem normatividade**, produzir normalidade e, portanto, **continuidade de conduta**; disso decorre que a própria continuidade histórica da Constituição real depende, em larga medida, da Constituição **jurídica**, que dá forma à ocasionalidade das relações de poder sempre mutáveis, estruturando-as em unidade de poder **permanente**, pois "se as decisões adotadas para esta ou aquela forma de estado ou de Governo não possuíssem validez normativa para o futuro, difícil seria explicar como puderam construir, enquanto **decisões**, tanto hoje como amanhã, o suposto básico de todas as normações ulteriores"[11].

Noutras palavras, somente mediante o elemento normativo se normaliza uma situação de dominação atual e plenamente imprevisível: convertendo-se numa situação contínua e previsível então, até mesmo a Constituição **real** precisa normatizar-se para durar além do momento presente, pois somente formalizada juridicamente é que uma situação transitória de dominação se converte em uma situação de dominação relativamente duradouro[12].

---

(10) **Teoria do Estado**, cit. pág. 231.
(11) **Teoria do Estado**, cit., págs. 233, 298, 312 e 313.
(12) Hermann Heller, op. cit. págs. 233 e 301.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 205 29/06/2018 15:35:51

Especificamente quanto aos **limites da força normativa** da Constituição, e para explicitá-los, Konrad Hesse relembra alguns trechos de um dos primeiros escritos de Wilhelm Humboldt, onde este afirma que nenhuma Constituição exclusivamente fundada num plano racionalmente elaborado pode lograr êxito, e que somente consegue desenvolver-se aquela Constituição resultante da luta do acaso poderoso com a racionalidade, que se lhe opõe.

Esta remissão está a evidenciar, mais uma vez, a preocupação de Hesse em nos mostrar que a força normativa da Constituição não é algo que possua existência autônoma, até porque a Constituição, por si só, não pode realizar nada, embora possa, isso sim, impor **tarefas** que, acaso efetivamente realizadas, emprestam-lhe força ativa, assente na incomparável qualidade do presente.

Por isso, como lembramos anteriormente, Konrad Hesse nos diz que "a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizer presente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a **vontade de Constituição**", juízo esse que se pode completar lembrando, ainda uma vez com Heller, que "o conteúdo e o modo de validez de uma norma não se determinam nunca somente por sua letra, nem mesmo pelos propósitos e qualidades de quem a dita, mas sobretudo pelas qualidades daqueles a quem a norma se dirige e que a observam"[(13)].

De fato, se tivermos presente a idéia de que a energia normalizadora (= força normativa) da Constituição, conquanto potencialmente apta a atuar sobre a sociedade e conformá-la aos seus ditames, depende de sujeitos concretizadores para se tornar eficaz, se tivermos presente essa idéia, facilmente compreenderemos porque Hesse condiciona à existência de uma **vontade de Constituição** o êxito de qualquer programa normativo.

Como toda Constituição só se torna juridicamente **eficaz** (= ter efetivada a respectiva pretensão de ficácia) através de sua **realização**, e como essa realização é **tarefa** de todos os órgãos constitucionais, da qual participam, ademais, os cidadãos que fundamentam na Constituição, de forma direta *e* imediata, os seus direitos e os seus deveres - consoante observa Canotilho [(14)]-, conclui-se que onde não houver essa vontade de Constituição jamais a sua normatividade conseguirá criar e manter qualquer espécie de normalidade: por outras palavras, onde e quando as tarefas cometidas pela Constituição não forem cumpridas, onde não se professar uma verdadeira crença no valor intrínseco da Constituição, ter-se-á tudo, menos vida e condutas em conformidade com os preceitos constitucionais. É preciso, portanto, que haja **fidelidade** à Constituição, como condição indispensável à sua **eficácia** e à sua **realização**.

Em contrapartida - prossegue Hesse, em linguagem simples, porém densamente comunicativa - quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e as fronteiras impostas à sua força normativa, do mesmo modo que essa força será maior onde e quando se

(13) **Teoria do Estado**, cit., pág. 302.

(14) **Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, 4ª ed. 1986, pág. 143.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 206 29/06/2018 15:35:51

mostrarem dispostos a homenagear a Constituição precisamente aqueles que tenham condições de violar os seus mandamentos.

III

Quanto aos **pressupostos da eficácia** da Constituição, Hesse começa anotando que tais pressupostos se referem tanto ao seu **conteúdo**, quanto à **praxis** constitucional.

Preliminarmente, neste ponto, a seu ver, quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à singular **natureza** do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Noutro ensaio (**Conceito e Qualidade da Constituição**), Konrad Hesse também enfrentou a problemática relativa à **possibilidade de realização** do conteúdo da Constituição, insistindo em que, quanto mais intensa for a conexão de seus preceitos com as circunstâncias da situação histórica - procurando conservar e desenvolver o que já se acha esboçado na individualidade do presente - tanto maior será a capacidade da Constituição para expandir a sua força normativa; em caso contrário, isto é, se ignorar o estágio do desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico do seu tempo, a Constituição não conseguirá realizar o que projeta o seu texto, porque a sua força normativa estará em descompasso com a realidade sobre a qual pretende atuar. Noutras palavras, um modelo normativo constitucional não fundado na experiência jamais realizará o tipo de comportamento considerado necessário pelo constituinte que o elaborou.

Por isso, Miguel Reale, em precioso ensaio sobre as estruturas e modelos da experiência jurídica, nos adverte de que a tipificação normativa - e essa advertência, obviamente, se aplica à macrotipificação normativa em que consiste a elaboração dos textos constitucionais - não é uma obra cerebrina ou imaginosa, mas o resultado de uma análise positiva dos dados empíricos, pois nada é mais contrário à idéia de modelo do que a de uma abstração não fundada no real concreto[(15)].

Prosseguindo em suas considerações sobre os pressupostos da eficácia da Constituição, Hesse afirma que, para durar (= permanecer com força normativa), a Constituição deve poder adaptar-se às eventuais mudanças na realidade sócio-política, o que só conseguirá, e com mais facilidade, se o seu texto limitar-se ao estabelecimento de uns poucos **princípios fundamentais**, suscetíveis de receber sempre novos desenvolvimentos, de parte dos sujeitos concretizadores, desde que, obviamente, tais desenvolvimentos não representem mutações constitucionais conflitantes com a própria Constituição.

Ao contrário - adverte Hesse - se a Lei Maior "constitucionalizar" interesses momentâneos ou passageiros, o tecido constitucional perderá a necessária ductilidade, do que resultará seu rompimento e a conseqüente

---

(15) **O Direito como Experiência**, São Paulo, Saraiva, 1968, págs. 165 e 167.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 207 29/06/2018 15:35:51

necessidade de se refazer a tecedura (= emenda; reforma; revisão), com o inevitável comprometimento da força normativa da Constituição.

Sob esse ponto de vista, exemplo que todos lembram de Constituição **ideal** é o da Constituição dos Estados Unidos da América, que, redigida em 1787 e logo complementada, em 1791, pelas dez Emendas conhecidas como Bill of Rights, por desenvolvimentos jurisprudenciais sempre renovados - sobretudo pela mediação criadora da Suprema Corte - teve preservado seu texto fundamental por mais de duzentos anos e, não obstante, conseguiu operar o milagre da "contemporaneidade dos não contemporâneos", na feliz expressão de Orlando Bittar, tomada de empréstimo a Karl Mannhein[16].

Pela estrutura ampla e aberta de seus enunciados normativos, a Constituição dos Estados Unidos, como **supremo direito da terra**, tem permitido a seu povo encontrar soluções para todas as **crises dos negócios humanos**. A partir do seu texto, mas na ambiência do contexto, ali se produziram as mais radicais mutações constitucionais de que se tem conhecimento - sugestivamente chamadas pela doutrina de processos **oblíquos**, processos **informais**, processos **de fato** ou mudanças constitucionais **materiais** - sem que, para tanto, tenha sido alterado o documento original da Carta, o qual, ao lado da Declaração de Independência dos Estados Unidos, "encontra-se exposto ao público no Edifício dos Arquivos Nacionais, em uma vitrina que oferece a maior proteção possível contra a ação do tempo...".

Essa é, fundamentalmente, a razão pela qual os juristas e cientistas políticos norte-americanos costumam dizer, com fina ironia - que mais sugere um acentuado sentimento de orgulho nativo, do que eventual crítica à bíblia da sua cidadania - que a sociedade e a economia mais dinâmicas da Terra coexistem com a estrutura constitucional mais antiga e subdesenvolvida encontrada em qualquer país ocidental[17].

Finalmente - prossegue Hesse - para lograr plena eficácia normativa, não deve a Constituição assentar-se numa **estrutura unilateral**, antes precisa incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura **contrária**.

Por isso, sentencia o notável professor de Friburgo e juiz do Tribunal de Karlsruhe: "direitos fundamentais não podem existir sem a correspectiva vinculação; a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder; o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo.

A fim de melhor compreender essa advertência, convém ter presente que, para Konrad Hesse, a Constituição tem por objetivos precípuos ou essenciais produzir a **unidade política** e criar uma **ordem jurídica**, entendendo-se por unidade política uma **unidade de atuação** que, ao mesmo tempo, possibilite e condicione as tomadas de decisão, harmonizando o inevitável entrechoque dos interesses e aspirações inerentes à convivência humana.

---

(16) Orlando Bitar, **A Lei e a Constituição**, Belém, 1951, pág. 182.

(17) **A Constituição, o Capitalismo e a Necessidade de Regulamentação Racionalizada, In A Constituição Norte-Americana**, Rio, Forense, 1986, págs. 122/123.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 208 29/06/2018 15:35:51

Como, por outro lado, a produção e a continuação dessa unidade política ocorrem num processo permanente, para que tal processo não se dissolva no jogo daqueles interesses e daquelas aspirações - que é necessariamente um jogo conflitivo - Impõe-se estabelecer um mínimo de **regras** para esse jogo, o que só *se* obterá com a criação de uma **ordem jurídica**, segundo pautas axiológicas que devem ser democraticamente compartidas por todos - ou, ao menos, pela maioria - como condição de legitimidade da própria organização política.

Particularmente ilustrativa dessa sua visão dialética do processo de produção da unidade política, levada a efeito pela Constituição, é a passagem em que Hesse ressalta a importância dos conflitos sociais como fatores determinantes das mudanças e da evolução histórica.

Essa unidade - afirma Hesse - é inimaginável sem a presença dos conflitos, que são próprios da convivência humana; são os conflitos que impedem a rigidez e o estancamento em formas superadas; representam, embora não apenas eles, a força motriz sem a qual não se produziria a mudança histórica; sua ausência ou sua repressão podem conduzir ao imobilismo; mas os conflitos, por si, não possibilitam o viver e o conviver humanos; por isso, a questão não se coloca em termos de possibilitar os conflitos ou os seus efeitos, mas em termos que garantam a formação e a continuação da unidade política, sem ignorar ou reprimir os conflitos em nome dessa unidade e sem sacrificar *a* unidade política em nome daqueles conflitos[18].

Prosseguindo na sua exposição, Hesse aponta, logo a seguir, a **práxis** constitucional como fator igualmente condicionante de um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição.

Nesse contexto, ganha particular relevo e importância o respeito devotado à Lei Maior por todos os partícipes da vida constitucional, sobretudo naquelas situações de crise, em que a observância da Constituição parece revelar-se politicamente incômoda, porque posta em conflito com as sempre invocadas, mas nunca bem definidas **razões de Estado**, argumento de que se utilizam os tiranos de todos os tempos, e dos mais diversos matizes ideológicos, para impor aos homens livres a insuportável obrigação de trocar suas camisas de cidadãos por túnicas de súditos.

Por isso, invocando e transcrevendo considerações de Walter Burckhardt, Konrad Hesse nos diz que aquele sentimento, por ele identificado como **vontade de Constituição**, deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios ou até a algumas vantagens justas, pois quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente do Estado Democrático.

Diversamente, aquele que não se dispõe a esse sacrifício, pouco a pouco vai malbaratando um capital precioso, muito mais significativo do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, nunca mais se recupera.

---

(18) **Conceito e Qualidade de Constituição, In Escritos**, cit. pág. 9.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 209 29/06/2018 15:35:51

Neste ponto, vale insistir nas reflexões com que iniciamos esta **introdução** ao estudo de Hesse, no sentido de que a sua publicação, nesta hora, se nos apresenta extremamente oportuna, como advertência e apelo a todos quantos, de uma forma ou de outra, enquanto atores da cena política, devem lutar antes pela **realização** do que pela **reforma** da nova Constituição, sem favor a mais avançada e a mais democrática de quantas já tivemos nestes quase 170 anos de vida política independente.

Como último - mas, nem por isso, como fator menos importante para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição - Hesse aponta a **intercepção**, que logo afirma estar submetida ao princípio hermenêutico da **concretização excelente** da norma, princípio que ele adverte não se poder aplicar com base em construções meramente lógico - formais, do tipo subsunção fato/norma, sobretudo porque, estando a eficácia da Constituição condicionada pelos eventos concretos da vida, o sentido de suas proposições normativas deve ser efetivado dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Disso decorre, para o intérprete-aplicador do texto constitucional, o dever de se manter em permanente sintonia com a realidade social ou, como diz o próprio Hesse, com aqueles eventos concretos da vida, sob pena de, não o fazendo, colaborar para o enfraquecimento da força normativa da Constituição, que só permanece operativa enquanto estiver ajustada às mudanças fálicas e axiológicas ocorridas no seio da sociedade.

Neste ponto, cabe refletir, criticamente, sobre a posição de Hesse, para ver se, em essência, apesar do seu esforço em demonstrar uma postura superadora do sociologismo mecanista de Fernando Lassalle - que tão enfaticamente verberou -não acaba, ele mesmo, por cometer pecado, colocando a normatividade (= força normativa) da Constituição a reboque das alterações ocorridas na realidade social, ainda que esse atrelamento esteja escondido por trás de um sofisticado discurso aparentemente, mas só aparentemente, dialético.

Por isso, certamente, é que, logo após afirmar que uma mudança das relações fáticas pode - ou **deve** - provocar mudanças na interpretação da Constituição, ele tem o cuidado de dizer que o sentido das proposições jurídicas estabelece o **limite** da sua interpretação e, por conseguinte, também o limite de qualquer mutação normativa; que o sentido de uma proposição e sua **nítida** vontade normativa não devem ser sacrificados pelas mudanças de situação; que, finalmente, se aquele sentido normativo não mais pode ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável.

Nas palavras de Lassalle, ter-se-ia, aí, uma revogação da Constituição **jurídica** pela Constituição real, só que, civilizadamente, pela via jurídica da revisão constitucional...

Diante das lições da experiência histórica, rica em exemplos da chamada "revolta dos fatos contra os códigos", expressão afortunada com que os juristas modernos explicaram as transformações ocorridas na passagem do Estado liberal ao Estado social, diante dessas lições, tanto Hesse como os demais

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 210 29/06/2018 15:35:51

constitucionalistas, que se viram a braços com o problema da alteração do sentido dos preceitos constitucionais, como conseqüência das mudanças verificadas na realidade social, todos eles tiveram que "conviver" com aquelas já referidas **mutações constitucionais**, eufemicamente consideradas simples processos **adaptativos**, que permitem alterar a concretização do conteúdo das normas constitucionais, sem a correspondente necessidade de modificar-lhe o texto.

Por outras palavras, graças ao que esses e outros constitucionalistas chamam de **amplitude** e **abertura** das normas constitucionais - Canotilho fala em caráter aberto, indeterminado e polissêmico[19] - graças a isso podem tais normas conduzir a **resultados distintos**, em decorrência das mutações verificadas nos respectivos supostos fáticos, sem necessidade de prévias alterações em sua estrutura proposicional, o que se obtém, sem traumatismos, pela mediação construtiva dos sujeitos concretizadores, nos diversos níveis em que se opera a realização constitucional.

Em face dessa realidade, e para "racionalizá-la" - até porque o real é racional e o racional é real... - os juristas cuidaram de conceber métodos capazes de **explicar/compreender** o fenômeno e assimilá-lo pela dogmática jurídica.

Assim nasceram, no âmbito da hermenêutica jurídica, embora sob diferentes denominações, todos os métodos de **leitura atualizadora** das normas legais, bem como, simultaneamente, as diversas teorias que passaram a legitimar a jurisprudência como fonte criadora do direito e a exaltar o papel dos juízes como agentes desse **desenvolvimento** do direito para além das formalizações normativas[20].

Paralelamente, desenvolveu-se, também, um novo campo de estudos, a chamada **Semântica Jurídica**, que inicialmente concebida como teoria das mudanças dos conteúdos significativos das normas de Direito, independentemente da inalterabilidade de seu enunciado formal, nos dias atuais vem sendo explicada não apenas em função do caráter aberto, expansivo ou elástico, que é próprio dos modelos jurídicos, mas sobretudo em virtude das variações operadas ao nível do "mundo da vida", no qual o Direito afunda as suas raízes[21].

No campo específico da hermenêutica constitucional, sob o ponto de vista da lingüística e da filosofia da linguagem, registra-se, como atestado de cidadania, um principio metodológico que proclama ser a interpretação uma atividade condicionada pelo **contexto**, pois se efetua em condições sociais historicamente caracterizadas, que produzem determinados "usos" lingüísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado às proposições normativas; disso resultaria, para os sujeitos concretizadores do texto constitucional, a obrigação de considerar o espaço semântico dos conceitos ou palavras como suscetível de se alterar em função do próprio contexto[22].

---

(19) **Direito Constitucional**, cit. pág. 160.

(20) Karl Larenz, **in Metodologia da Ciência do Direito**, Lisboa, Gulbenkian, 2ª ed., 1989, págs. 443 e ss.

(21) Miguel Reale. **Direito Natural/Direito Positivo**, São Paulo, Saraiva, 1984, pág. 56.

(22) Gomes Canotilho, op. cit. pág. 148.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 211 29/06/2018 15:35:52

A essa altura, e à vista das considerações de Hesse sobre o que ele chama a **polaridade** dos caracteres de **abertura/amplitude** dos preceitos constitucionais, de um lado e, de outras a sua **finalidade vinculante** - do que decorre a necessidade de se levar em conta, no ato de interpretação-aplicação de Lei Maior, simultaneamente, tanto os elementos **permanentes**, quanto os **cambiantes**, inerentes, ambos, a todos as normas constitucionais - tendo em vista essa colocação, achamos que Hesse, em verdade, acaba se rendendo à força normativa dos fatos, embora mascare essa rendição com a afirmativa de que a problemática (= necessidade) da revisão somente se coloca - melhor seria ter dito que **necessariamente** se coloca - quando terminam as possibilidades da mutação constitucional.

No particular, pensamos que não lhe socorrem nem mesmo os elogios que faz à rebuscada construção de F. Müller, via da qual se assimilam as mutações constitucionais com o argumento de que a realização do direito constitucional só se verifica, efetivamente, quando o conteúdo das normas que o integram se incorpora à conduta humana, mediante aplicação e observância diárias, o que faz a realidade se converter em parte integrante e constitutiva da normatividade jurídica[23].

Trata-se, impõe-se registrar, de uma aceitação que não é apenas de Hesse, mas da grande maioria dos doutrinadores, todos acordes em reconhecer que, à luz da experiência - sobretudo da experiência recolhida junto aos Tribunais Constitucionais - é cada vez mais relevante o papel da jurisprudência como fator de desenvolvimento (= readequação) dos textos constitucionais, os quais, por essa via e em razão das alterações ocorridas na sociedade, podem receber sentidos sempre renovados, sem necessidade de se alterar a sua configuração literal[24].

Admitidas as mutações constitucionais - sobretudo aquelas reconhecidas como decorrentes de **fatos de natureza político-social**[25] - admitidas tais mutações como processos legítimos de **readequação** dos textos constitucionais à realidade social, do que resulta postergarem-se ao máximo as alterações da letra da Constituição, tem-se, como conseqüência lógica, no essencial, a aceitação das teses sociologizantes, porque, tais processos de "atualização" normativa são muito mais dinâmicos e eficazes do que os procedimentos, sempre morosos e complicados, de alteração formal das Constituições (emenda; reforma; revisão).

Considerando que o reconhecimento dessa **força normativa** dos fatos é o que sempre pretenderam os sociólogos do direito, ficam eles muito mais felizes ao verem aquela força normativa lograr eficácia exclusivamente pela atuação da jurisprudência, sem a prévia e, até certo ponto, dispensável mediação legislativa.

---

(23) **Limites da Mutação Constitucional, in Escritos**, cit. pág. 107.

(24) Paolo Biscaretti di Ruffia e Stefan Rozmaryn. **La Constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe Occidentale et dans les Étates Socialites**, Torino/Paris, 1966, págs. 60/68.

(25) **Introduccion al Derecho Constitucional Comparado**. México FCE, 1975, pág. 347.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 212 29/06/2018 15:35:52

Então, sob um discurso aparentemente exaltador da força normativa da Constituição, o que se tem, em verdade, é uma **capitulação realista**, pelo reconhecimento de que a pretensão de eficácia das normas constitucionais somente será operosa enquanto se contiver nos limites de realização impostos pelo contexto social. Além desses limites - todos reconhecem - a força normativa da Constituição não consegue transformar-se em energia **normalizadora**, embora, obviamente, ainda conserve válida a **pretensão** de produzir normalidade de conduta de acordo com ela[26].

E tanto isso é verdadeiro que não se encontra nenhum constitucionalista -nem mesmo entre os de formação idealista - que considere jurídico um ordenamento "globalmente ineficaz". Ao contrário, embora anunciando repúdio ao sociologismo exagerado, todos se curvam à realidade, admitindo, ainda que a contragosto, não faltar razão a um Kelsen quando reconhece - também ele contrafeito - que, embora uma norma jurídica, **isoladamente** considerada, possa continuar valendo (= válida) mesmo nos casos particulares em que não se mostre eficaz (= desobedecida), perderá sua validade quando o sistema normativo a que pertença se tornar, **globalmente**, ineficaz[27].

Assim, em termos de **ordem jurídica** - lembremos que, ao lado da unidade política, Hesse aponta como objetivo precípuo da Constituição a criação de uma **ordem jurídica**, sendo a Constituição a própria ordem jurídica fundamental da comunidade[28] - nesses termos, por implicação do seu raciocínio, poder-se-á reconhecer certa autonomia à força normativa da Constituição, até porque, como acentuado pelo próprio Hesse, se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes foram ignoradas pela Constituição, esta carecerá do imprescindível germe de sua força vital.

Daí, sinteticamente, com sua linguagem sempre precisa, a sentença de Kelsen, o mais normativista dos normativistas: "logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ele se apoia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica e com ela cada uma das suas normas perdem a sua **validade** (= vigência)"[29].

Condicionada, ou quase determinada, pela natureza das coisas; pelos fatores naturais, técnicos, econômicos e sociais; pela situação histórica concreta; pela incomparável qualidade ou singular natureza do presente; pelas forças espontâneas e pontâneas e pelas tendências dominantes do seu tempo; pelos eventos concretos da vida, etc. - essas e muitas outras expressões equivalentes são empregadas ao longo do texto de Hesse - dificilmente se poderá compreender como possa a Constituição ter força normativa própria, embora possua, aí sim, com indiscutível

---

(26) Hermann Heller, op. cit. pág. 305.

(27) Hans Kelsen, **Teoria General del Derecho y del Estado**. México, Imprensa Universitária, 1950, págs. 31/43; Teoria Pura do Direito. Coimbra, A. Amado, 1962, vol. II, pág. 48.

(28) **Escritos**, cit., págs. B e 17.

(29) **Teoria Pura do Direito**, cit., pág. 48.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 213 29/06/2018 15:35:52

autonomia, aquela **pretensão de eficácia** que lhe é inerente, e que se mantém válida independentemente de serem ou não observados os comportamentos nela abstratamente tipificados.

Destarte, ao limite, e diante da força inexorável da realidade, como que se esvai a energia normativa da Constituição e, conseqüentemente, também a de todas as normas infraconstitucionais, que extraem da Lei Maior - instauradora e unificadora do ordenamento jurídico - os pressupostos para a sua criação, vigência e execução.

Posta a questão nesses termos, qual seria, então, o elemento novo trazido ao debate por Konrad Hesse e os demais juristas e pensadores políticos que sustentam a existência, embora relativa, de uma autêntica **força normativa** da Constituição?

É o que apreciaremos a seguir, à guisa de conclusão.

IV

Inicialmente, cumpre ter presente que o principal objetivo de Hesse é reafirmar o valor, ainda que simbólico, do respeito à Constituição. Então, sob essa perspectiva, vale insistir, ele como que encarna ou professa uma nova **crença** na Constituição. Por isso, também, é que o seu discurso configura, como já o dissemos antes, um autêntico discurso de **conversão**, via do qual pretende nos conduzir a ver verdade naquilo que, até então, nada nos dizia.

Também por isso, todo o seu Escrito é perpassado de expressões exortativas e catequéticas, tanto ao se referir à Constituição propriamente dita, como ao se reportar ao Direito Constitucional, enquanto "ciência das Constituições" (Orlando Bitar), porque afirmar a dignidade da Constituição jurídica implica afirmar, também, a dignidade científica da disciplina que a estuda, pois "o Direito Constitucional não está em contradição com a natureza da Constituição".

Mas, como fundar essa crença se, a todo instante, os problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, se convertem em questões políticas, que se resolvem, via de regra, com o sacrifício da Constituição?

Como fugir a esse "destino trágico" das Constituições, que as faz sucumbirem quando suas disposições entram ou parecem entrar em conflito com a realidade política e social, que elas pretendem apreender nas malhas de sua juridicidade?

A resposta a essas indagações é o grande cometimento teórico do discurso de Hesse que, torturado entre a realidade e o sonho, não abdica da crença no valor intrínseco da Constituição, mas não pode negar que os limites e possibilidades da sua força normativa estão necessariamente condicionadas pela situação concreta do seu tempo.

Daí a tentativa, até certo ponto exitosa, de superar o impasse pela via da correlação dialética entre **ser** e dever ser, no âmbito da qual a Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade mas, graças ao

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 214 29/06/2018 15:35:52

seu elemento normativo, ordena e conforma essa mesma realidade, integrando e superando as tensões fático-axiológicas próprias da convivência humana.

Como o próprio Hesse enfatiza que a força normativa impõe-se de forma tanto mais enfática quanto mais ampla for a **convicção** sobre a inviolabilidade da Constituição e quanto mais intensa for a **vontade** de Constituição, disso se conclui que a sua construção teórica assenta-se num dado eminentemente **axiológico**, pois a eficácia da Constituição fica a depender, ao limite, menos da realidade, do que do respeito que lhe devotem exatamente aqueles que a podem violar ou destruir.

Trata-se, portanto, de uma postura também essencialmente idealista, na medida em que ele desloca, do plano da condicionalidade fática para o do condicionamento ético, o problema da eficácia da Constituição, convertendo, assim, numa **questão de fé** o que antes era apenas uma **questão de força**.

Por isso, insistimos em que ele encarna uma **nova crença** na Constituição, crença que o conduz, por outro lado, a redefinir até mesmo o próprio papel da Ciência do Direito Constitucional, à qual atribui a tarefa **deontológica** de - explicitando as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível - **realçar**, **despertar** e **preservar** a vontade de Constituição.

Neste ponto, a nosso ver, é que reside, senão a originalidade, pelo menos o aspecto mais fecundo do pensamento de Konrad Hesse sobre a eficácia e a sobrevivência da Constituição, porque, ao exaltar o valor intrínseco da Carta Política, ele lhe confere certo grau de autonomia, em face da realidade histórica e social, ao mesmo tempo em que, proclamando a necessidade de seu permanente reajustamento às condições históricas de sua realização, assegura viabilidade à sua energia normalizadora.

Em outras palavras, assumindo-se a crença de Hesse, aos idealistas platônicos que, olimpicamente indiferentes, assistem o funeral das instituições, como se essa morte não lhes dissesse respeito, a esses alienados se poderá advertir para a necessidade de se alistarem entre *os* defensores da Constituição, porque só o respeito à suas normas assegurará a todos os homens, inclusive a eles, o direito de se desenvolverem com liberdade, no marco da civilização democrática. Por outro lado, com a mesma crença, aos realistas políticos de todas as tendências, que submetem o respeito à Constituição a juízos de conveniência e oportunidade, a esses "realistas" se poderá dizer que, também eles, correm o risco de terem a sua vida e a sua liberdade julgadas segundo esses mesmos e evanescentes critérios quando, por qualquer motivo, a ordem jurídica se converter em ordem de dominação, colocada a serviço de grupos, facções ou partido.

Em síntese, para usarmos palavras do próprio Hesse, a Constituição somente se converterá em força ativa quando se fizer presente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a **vontade de poder**, mas também a **vontade de Constituição**.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 215 29/06/2018 15:35:52

Então, para não termos que dar razão a Fernando Lassalle, nem recairmos no **informe** e no **indiferenciado** - que esse é o destino trágico de todos os povos que perdem a bússola representada pela sua Constituição - façamos votos de que a crença de Hesse prospere e alcance a conversão de todos; se isso não for possível, que pelo menos ela consiga converter o maior número, de preferência entre aqueles que, absurdamente e por qualquer estranho motivo, ainda detenham o poder de violar impunemente as Constituições.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 216 29/06/2018 15:35:52

ACIDENTE DO TRABALHO E GARANTIA DE EMPREGO - INTERPRETAÇÃO DO ART. 118 DA LEI Nº 8.213/91 (*)

Walmir Oliveira da Costa *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de Acidente do Trabalho. 3. Competência da Justiça do Trabalho. 4. Constitucionalidade do art. 118 da Lei nº 8.213/91. 5. Requisitos para o reconhecimento da garantia de emprego. 6. Conclusão.

1 - Introdução

A Justiça do Trabalho tem-se defrontado com uma pletora de ações trabalhistas em que empregados, infortunados por acidente do trabalho, reivindicam a reintegração ao emprego com fundamento em estabilidade provisória assegurada no art. 118 da Lei nº 8.213, de 24.7.91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

Pretendemos demonstrar neste breve e despretensioso ensaio, sem a intenção de esgotar a matéria e sem menoscabo aos que defendem ponto de vista contrário a respeito desse tormentoso (mas palpitante) tema, que a garantia de emprego prevista no sobredito diploma legal não se destina a todos os casos em que o empregado sofre acidente do trabalho, como é o entendimento que tem predominado no Judiciário Trabalhista, mais, particularmente, no E. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região.

Examinaremos a questão relacionada à Constitucionalidade do art. 118 da Lei nº 8.213/91, em face do disposto no art. 7º, inciso I, da Constituição de 1988, como também incursionaremos na interpretação lógico-sistemática do antedito dispositivo legal, combinando-o com o art. 86 da precitada legislação, porque, como veremos, a boa hermenêutica não aconselha que sejam interpretados de forma isolada.

Igualmente serão abordados os requisitos exigidos em lei para o reconhecimento da garantia de emprego prevista na legislação providenciária em comento, e, por derradeiro, pronunciaremos uma breve conclusão, sendo inegável que essa síntese nunca será definitiva, nem imutável, pois, na dinâmica das relações sociais com que se depara o Direito, nada pode ser absoluto.

(*) Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 29, n. 56, p. 87-94, jan./jun./1996.

* Juiz do Trabalho, Presidente da 1ª JCJ de Belém-PA.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 217 29/06/2018 15:35:52

2 - Conceito de Acidente do Trabalho

Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos demais segurados obrigatórios, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade de trabalho, *ex-vi* do art. 19 da Lei nº 8.213/91.

Considera-se também acidente do trabalho, a teor do art. 20 do diploma legal em menção, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério da Previdência Social; II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais, em que o trabalho é realizado e com ele se relacione, constante da relação mencionada no inciso I. Não são consideradas como doença do trabalho: a) a doença degenerativa; b) a inerente a grupo etário; c) a que não produza incapacidade laborativa; d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Equiparam-se também ao acidente do trabalho (art. 21 da Lei nº 8.213/91):

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II - o acidente sofrido pelo segurado no local de trabalho, em conseqüência de: a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada com o trabalho; c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado, ainda que fora do local e horário de trabalho; a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado; d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 218 29/06/2018 15:35:52

Nos períodos destinados à refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local de trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

3 - Competência da Justiça do Trabalho

Alguns estudiosos do assunto em foco sustentam que a Justiça do Trabalho não detém a competência material para conhecer e proclamar a existência ou não de acidente do trabalho, ainda que se trate de questão prejudicial do pedido principal de reintegração ao emprego, tendo alguns julgados entendido que o processo deve ficar sobrestado até que a Justiça Comum diga se houve ou não o acidente.

Podemos afirmar - com respaldo na melhor doutrina e na jurisprudência - ser inegável que em ação trabalhista na qual o empregado pleiteia reintegração ao emprego, com suporte em estabilidade provisória conferida por lei ao acidentado, o problema do conhecimento da existência, ou não, de acidente do trabalho é questão prejudicial que pode e deve ser apreciada pelo Poder Judiciário Trabalhista, incidentalmente, com fundamento no que dispõe o art. 469, III, do CPC, aplicado subsidiariamente.

Emerge daí que em reclamação trabalhista onde o fato litigioso esteja relacionado com o acidente do trabalho sofrido por empregado, essa declaração judicial, incidental, é, iniludivelmente, admissível e até se torna imperiosa, sem, no entanto, produzir a coisa julgada material, e que se justifica plenamente em razão dos princípios de celeridade e economia processual que norteiam o processo do trabalho, os quais seriam desprestigiados e postos à margem, se viesse a prevalecer o entendimento dos que pregam que se há de aguardar o desfecho da lide na Justiça Estadual.

Com efeito, há na espécie, sem dúvida, uma relação de causa (o acidente) e efeito (a estabilidade), sendo necessário que se reconheça a competência da Justiça do Trabalho para declarar, *incidenter tantum, a* existência ou não do acidente do trabalho na reclamação em que o empregado infortunado postula a sua reintegração ao emprego, valendo apenas *inter-partes.*

4 - Constitucionalidade do art. 118 da Lei nº 8.213/91.

Parte dos juslaboralistas pátrios, com destaque para Octavio Bueno Magano[1], posiciona-se no sentido da inconstitucionalidade do art. 118 da Lei nº 8.213/91, que resolveu aquinhoar com estabilidade, pelo prazo mínimo de doze meses, o empregado que sofreu acidente do trabalho, após a cessação do auxílio doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

[1] MAGANO, Octavio Bueno. *Política do Trabalho,* v. 2. São Paulo: LTr, 1995.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 219 29/06/2018 15:35:52

Pontifica o eminente autor que a Constituição de 1988, além das hipóteses já no seu bojo consagradas, só admite outros tipos de estabilidade, quando criados através de lei complementar, não havendo, pois, como fugir ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 118 da Lei nº 8.213/91, a qual, por isso mesmo, a seu ver, haverá de ser proclamada pelo Supremo Tribunal Federal.

Conquanto judiciosas as considerações do renomado professor Bueno Magano, cremos que a garantia de emprego inserta na sobredita legislação previdenciária, longe de violar o preceito constante do art. 7º, inc. I, da Lei Fundamental de 1988, constitui medida de cunho social que protege o direito ao trabalho, este igualmente assegurado no texto constitucional vigente, que instituiu direitos sociais mínimos, não proibindo que, por via de legislação ordinária, outros direitos sejam criados em benefício dos trabalhadores. Especialmente quando se trata de proteger empregados que se deparam com situações especiais, como no caso de infortúnios, que, não raro, deixam o trabalhador em situação precária tanto do ponto de vista físico quanto do emocional.

Da questão acima delineada emerge a convicção de que a garantia de emprego aludida no inciso I, do art. 7º da Constituição de 1988, é genérica, referindo-se à proteção contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa de uma universalidade de trabalhadores, sem atentar para situações atípicas, especiais, específicas, como é o caso do empregado acidentado no trabalho.

Em igual sentido é a opinião de Ney Frederico Cano Martins, Juiz do Trabalho de São Paulo e professor universitário, ao comentar a estabilidade provisória do trabalhador acidentado conferida pela legislação previdenciária vigente, assinalando que "Pode o legislador ordinário, sim, estabelecer quantos tipos de estabilidade provisória no emprego entenda sejam necessários, desde que para atender a situações peculiares. O que é vedado ao legislador é o estabelecimento de estabilidade que se estenda à generalidade dos trabalhadores. Tal tipo de garantia, aliás, sequer por lei complementar poderá vir a ser criada, ao menos enquanto prevalecer a atual redação do inciso I, do artigo 7º, da Lei Maior"[2].

Replicando a tese esposada por Magano, conclui o eminente magistrado paulista, com base na lógica do razoável, de Recaséns Siches, que "os fatores políticos, ao lado dos jurídicos, serão decisivos no sentido de levarem os tribunais trabalhistas e o próprio Supremo Tribunal Federal a considerarem constitucional a norma da lei ordinária que criou a estabilidade provisória para o empregado acidentado"[3].

De passagem, concordamos inteiramente com o professor Cano Martins quanto à constitucionalidade do art. 118 da Lei nº 8.213/91, pelas razões já expostas alhures.

---

[2] MARTINS, Ney Frederico Cano. "Estabilidade provisória do trabalhador acidentado na nova lei previdenciária", *in* Revista LTr, v. 56/10-92.

[3] MARTINS, Ney Frederico Cano. "Acidente do Trabalho gera Estabilidade", *in* Revista LTr, v. 57/9.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 220 29/06/2018 15:35:52

5 - Requisitos para o reconhecimento da garantia de emprego

Para que um acidentado do trabalho tenha direito à estabilidade provisória conferida pelo art. 118 da Lei nº 8.213/91, alguns requisitos básicos devem ser observados, a saber: a) que o trabalhador tenha sido vítima de um acidente de trabalho ou de doença profissional a ele equiparada; b) a sua incapacidade laborativa a partir do 16º dia, contado do acidente do trabalho, com a percepção de auxílio-doença acidentário; e, finalmente, c) a cessação do benefício previdenciário, com o retorno ao trabalho após a alta concedida pela Previdência Social, e, o mais importante, desde que o acidente do trabalho implique a redução da capacidade laborativa do trabalhador.

Aqui, é bem dever, não se pode descurar da interpretação lógica-sistemática dos arts. 86 e 118 da Lei nº 8.213/91, processo mais adequado para se saber o sentido e o alcance das expressões do Direito, concludente no sentido de que nem todo empregado acidentado, ao reassumir seu emprego, goza de estabilidade provisória por doze meses. Como é cediço, as estabilidades provisórias são, em regra, concedidas de forma restrita, e, como corolário lógico, na interpretação da norma criadora, não se poderá ir além do que foi almejado pelo legislador *(mens legislatoris)*.

Com efeito, acentua o art. 118, *in fine,* da Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social, que a manutenção do emprego ao empregado acidentado, pelo prazo de 12 meses, após a cessação do auxílio-doença acidentário, dá-se "**independentemente de percepção de auxílio-acidente**". Por seu turno, prescreve o art. 86 da precitada Lei, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95, que "O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza que impliquem em redução da capacidade funcional".

Resulta daí que, interpretados conjuntamente os arts. 86 e 118 da Lei nº 8.213/91, a estabilidade acidentária será restrita à hipótese de acidente em que o trabalhador, após a cessação do benefício previdenciário, apresenta seqüelas, resultando na redução de sua capacidade laborativa. Em face dessa situação é que a Previdência Social passa a pagar-lhe o auxílio-acidente, mensal e vitalício que corresponderá a 50% do salário de benefício do segurado, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, sendo que, nem mesmo a percepção de salário ou concessão de outro benefício poderá prejudicar a continuidade do recebimento do auxílio-acidente (art. 86, §§1º, 2º e 3º).

De modo que a estabilidade acidentária não se destina a qualquer empregado que sofreu acidente do trabalho, ficando delimitado o seu campo de abrangência ao acidentado que apresenta seqüela resultante do infortúnio laboral, resultando a seu favor o direito ao benefício denominado auxílio-acidente, a título de indenização paga pela Previdência Social em decorrência de redução da capacidade laborativa do trabalhador.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 221 29/06/2018 15:35:52

Sem dúvida, não teria sentido lógico, nem jurídico, a extensão da garantia de emprego ao empregado acidentado que, recuperando completamente a capacidade de trabalho, sem qualquer seqüela, reassume suas funções, passando a se conduzir e produzir como antes do evento, sem dar motivos ao empregador para dispensá-lo. Ao contrário, o acidentado que retorna ao emprego, com seqüelas, readaptado ou não, por corolário da redução de sua capacidade produtiva, merece a proteção legal aludida pelo art. 118 da Lei Previdenciária, porque, não raro, sem dúvida estará prestes a engrossar a legião de desempregados.

Nessa mesma linha de raciocínio pontifica Décio Sebastião Daidone, Juiz Togado do TRT da 2ª Região, *in verbis:*

"Ao que sofrer acidente do trabalho e permanecer afastado do emprego em auxílio-doença, até completo restabelecimento, podendo voltar ao desempenho de suas funções, sem qualquer redução laborativa, não merecerá a percepção de auxílio-acidente e conseqüentemente, a garantia de emprego por determinado período, pois se dispensado, ao contrário do que aconteceria com o primeiro, não teria qualquer dificuldade, além das normais, para a obtenção de novo emprego, o que certamente não ocorreria com o portador de seqüelas por acidente do trabalho e que reduzem a capacidade laborativa"[4].

6 - Conclusão

À guisa de conclusão, podemos afirmar que compete à Justiça do Trabalho apreciar, incidentalmente, a controvérsia relacionada à existência, ou não, de acidente do trabalho na reclamação trabalhista em que o empregado invoca a garantia de emprego prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

Não padece de inconstitucionalidade o sobredito dispositivo legal, pois a garantia de emprego assegurada constitucionalmente é genérica, referindo-se à proteção contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa de uma universalidade de trabalhadores, sem atentar para situações especiais, como é o caso do empregado que sofre acidente do trabalho, podendo o legislador infraconstitucional instituir quantos tipos de estabilidade provisória no emprego entenda sejam necessários, desde que para atender a situações peculiares, sem ofensa ao art. 7º, inc. I, da Constituição de 1988.

A estabilidade acidentária não é ampla, sendo restrita à hipótese de acidente em que o trabalhador, após a cessação do benefício previdenciário, apresenta seqüelas, resultando na redução de sua capacidade laborativa, passando a perceber da Previdência Social o auxílio-acidente, a título de indenização, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento por ele auferido e do retorno ao trabalho.

---

[4] DAIDONE, Décio Sebastião. Artigo publicado no Suplemento Trabalhista, LTr, nº 086/95.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 222 29/06/2018 15:35:52

JUSTIÇA DO TRABALHO: LIMITES DE JURISDIÇÃO. NOVOS ATORES, NOVOS CONFLITOS. (*)

Rider Nogueira de Brito *

Desde a sua criação em nosso País, à Justiça do Trabalho, basicamente, compete dirimir os conflitos, individuais ou coletivos, entre empregadores e empregados, embora, com espectro menor, possa dirimir outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, desde que lei assim disponha.

Não tem importância, a meu ver, na abordagem que entendo deva fazer, ante o tema proposto, se à Justiça do Trabalho compete dirimir todas as controvérsias decorrentes de relação de trabalho ou somente as que defluem de relação de emprego ou de relação de trabalho, nesta última hipótese desde que haja lei assim dispondo.

A instituição Justiça do Trabalho, em nosso País, está em uma encruzilhada, ante os recentes acontecimentos econômicos, exponencialmente o fenômeno da globalização da economia e do extraordinário avanço da informática e sua utilização nos meios de produção. De tais fatos decorrem a crise que vivemos. A necessidade imperiosa de modernização dos meios de produção para que possamos ter condições de competição, no mercado interno, ante a entrada maciça de produtos importados, e no mercado externo, para que tenhamos condições não apenas de manter o já conquistado mas alargar os horizontes para os nossos produtos.

Os longos anos de mercado interno fechado, com enormes barreiras protecionistas, sem exposição do nosso parque fabril à concorrência internacional, provocou uma letargia na nossa economia e um abismal atraso tecnológico. Felizmente, a esta altura, o panorama já está mudado ou em acelerado processo de mudança, não sem traumas, não sem crises, não sem problemas sociais. Todos esses fatos teriam que necessariamente repercutir nas relações de trabalho, no nível de emprego. Em toda a história, as mudanças tecnológicas levaram ao desemprego agudo em determinados setores, mas a médio e longo prazo ao incremento dos empregos como um todo. E aqui, espero que não seja diferente.

Como observa o consultor de empresas JÚLIO LOBOS "nos últimos dois séculos as perdas de emprego causadas por formas modernas de produção acabaram sendo compensadas em pouco tempo. O diabo é que agora não estamos falando de teares, e, sim, de **chips** e **infoways.** O impacto da tecnologia de informação sobre a organização econômica é mais difuso e abrangente, afetando muitos postos de trabalho; a sua implantação é velocíssima, dificultando a reciclagem do conhecimento; e, finalmente, criam-se condições para substituir o trabalho local por outro baseado em qualquer lugar do planeta"[1].

(*) Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 31, n. 60, p. 161-168, jan./jun./1998.

* Ministro Togado do Tribunal Superior do Trabalho.

(1) JÚLIO LOBOS - "O emprego - altos e baixos", *in* Jornal da Tarde de 4.10.97.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 223 29/06/2018 15:35:52

Quando os irmãos Perrier instalaram bombas elevatórias em Chaillot, em 1782, em Paris, puxando as águas do Sena para alturas de 35 metros, tornando subitamente desempregados 22 mil carregadores de água, houve uma comoção. O automóvel liquidou com a indústria de carruagens e a eletricidade praticamente varreu da face da terra as indústrias de velas e lampiões, como lembra ROBERTO CAMPOS [(2)], e nem por isso o mundo acabou e muito menos os empregos; ao contrário, eles aumentaram.

Em todas essas fases da história muitos sofreram mas muitos mais ganharam com as novas tecnologias e tenho certeza de que não será diferente com a fase em que vivemos. Acho que tem razão ROBERTO CAMPOS quando afirma que "o computador e os robôs são vistos como grandes ameaças ao emprego. Mas o que tem sido de sobejo historicamente demonstrado é que o progresso tecnológico tem virtudes autocorretivas. Pode gerar desemprego temporário e setorial, mas o aumento da produtividade, elevando a renda e baixando os preços, induz aumento da procura em variadas direções".

Acontece que há países que lideram as transformações e delas obviamente são os grandes beneficiários, enquanto outros menos rápidos, são mais vulneráveis, porque sempre tardiamente correm, não raro apenas caminham, na tentativa de superar os prejuízos. Dentre eles estamos nós, País que tradicionalmente teve uma economia fechada. E, mesmo que venhamos a superar as desigualdades tecnológicas, muitos de nós sucumbirão. Os que se qualificarem, no presente e no futuro, operarão as máquinas computadorizadas, enquanto outros deverão lhes servir o cafezinho. O drama para nós e nossos filhos é saber a qual desses dois grupos pertenceremos? Indaga JÚLIO LOBOS.

A Justiça do Trabalho e a legislação que ela aplica não foram concebidas para essa realidade que vivemos, daí o descompasso que todos proclamam. As normas para reger as relações de trabalho existentes são demasiadamente rígidas, não têm as juntas de dilatação capazes de suportar os abalos que sofremos e, pior do que isso, para adaptar-se à nova realidade. Ainda que lá adiante possa ocorrer uma certa acomodação, jamais poderá essa realidade ser regida pelas mesmas regras e pelos mesmos métodos de solução. É impossível que se possa ter proteção e inflexibilidade. Por isso mesmo nunca se falou tanto em flexibilização das normas de proteção ao trabalho; por essa razão se aponta como uma das tendências do direito a redução do grau de coercibilidade e, nesse campo específico, há uma tendência de enfraquecimento progressivo do Direito do Trabalho em decorrência da volatilidade e mobilidade dos capitais e das mudanças ocupacionais e organizacionais subjacentes ao fenômeno da globalização. Os novos métodos de produção estão provocando uma acelerada migração da mão-de-obra para o setor de serviços, com uma enorme gama de conseqüências nas relações de trabalho, não se admitindo a padronização existente nas formas de contratação trabalhista. Os contratos sem determinação de prazo, porque em desconformidade com a

---

[(2)] ROBERTO CAMPOS - "A Teoria da Saturação Global", *in* O Globo de 21.9.97.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 224 29/06/2018 15:35:52

realidade econômica, tendem e estão dando lugar aos de prazo determinado, de jornadas parciais, com remuneração basicamente decorrente da produtividade, daí por que se afirma que o espaço até então ocupado pelas normas padronizadoras da legislação trabalhista está sendo preenchido por normas de tendência civilista [3], em que se dá mais liberdade ao trabalhador e à empresa para estabelecer o tipo de relação de trabalho que lhes interesse e que possa atender à realidade do momento.

Na precisa observação do professor JOSÉ EDUARDO FARIA , "o País tem uma sociedade urbana de massa organizada em torno de uma complexa economia industrial. O descompasso entre os textos legais e o contexto sócio-econômico, por isso é gritante. A neutralização desse hiato exige, evidentemente, mudanças radicais na ordem jurídico-positiva. E a tendência dessas mudanças, no mundo inteiro, é no sentido de um enxugamento da legislação, de uma redução da intermediação judicial, da livre negociação e da auto-solução dos conflitos. Nos meios econômicos, particularmente, essa tendência é ainda mais acentuada, caminhando na linha da auto-organização de sua normatividade e de seus mecanismos jurisdicionais, pelos atores empresariais"[4]. Afirma JOSÉ PASTORE que a fonte do direito está se deslocando da lei para o contrato; que a negociação se descentraliza; a sindicalização diminui[5].

Frente a essa realidade, não há mais razão para a permanência da competência normativa da Justiça do Trabalho, não só por tudo o que se disse, mas especialmente porque ela não está, como nunca esteve, preparada para dar a solução, ditando as regras que devam reger as relações de trabalho, cada vez mais complexas, cada vez mais mutantes, cada vez mais diversificadas. Por isso, nem as Casas Legislativas, nem a Justiça do Trabalho estão em condições de, a tempo e hora, ditar essas regras. Somente as partes interessadas poderão fazê-lo.

Ante a necessidade crescente de mutabilidade das regras de direito material, as processuais, necessariamente, devem ter a mesma dinâmica. Já se disse e com razão que "os juízes estão preparados para lidar com a lei e não com a economia". Os órgãos jurisdicionais trabalhistas devem, em grande parte, ser substituídos por outros menos formais, mais simples, mais atuantes, mais numerosos, mais realistas e menos onerosos. O que se observa é a "inviabilidade de uma legislação processual que ritualiza excessivamente a tramitação das ações judiciais"[6]. Quais? Mais uma vez os próprios interessados devem dizer, mas para que possam fazê-lo é igualmente necessário que as normas fundamentais assim permitam, acabando com o monopólio estatal das soluções dos conflitos de trabalho, como também com o da representação e da defesa dos interesses dos trabalhadores e das empresas

---

[3] JOSÉ EDUARDO FARIA - "Para onde vai o Direito?", *in O* Estado de São Paulo de 15.8.97.

[4] JOSÉ EDUARDO FARIA - "Reforma da Justiça", *in O* Estado de São Paulo de 3.3.97.

[5] JOSÉ PASTORE - "Flexibilização e Emprego", *in* Gazeta Mercantil de 26.6.97.

[6] JOSÉ EDUARDO FARIA - "Direito. Governabilidade e Democracia", *in O* Estado de São Paulo de 28.3.97.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 225 29/06/2018 15:35:52

pelos sindicatos. A multiplicidade de realidades e interesses, variáveis de empresas para empresas, sendo estas cada vez mais complexas e abrangentes, não aconselha que uma entidade sindical, organizada por categoria profissional ou por profissão, possa ter o monopólio dessa representação, embora possa representar, desde que os interessados, em cada caso *e* situação, assim o deliberem. Os sindicatos, como hoje se apresentam, estão muito distantes da realidade do dia-a-dia das empresas e de seus empregados, da dinâmica das relações de trabalho. Somente órgãos do tipo "comissões de fábrica", "comissões de empresa", podem dar respostas prontas e realistas aos problemas específicos do dia-a-dia das relações de trabalho.

Tudo o que estou dizendo não significa o desaparecimento, nem dos sindicatos, nem de órgãos jurisdicionais capazes de atuar no campo das relações de trabalho e nas soluções dos conflitos, especialmente dos individuais. Quero enfatizar a necessidade do aparecimento de novos atores que atuem na prevenção ou nas soluções desses conflitos, deixando para os órgãos jurisdicionais apenas uma atuação residual, não preponderante e insatisfatória, como a meu ver hoje acontece, em que pese todo o esforço da magistratura trabalhista, mas incapaz de oferecer as respostas céleres que a sociedade exige, dado o descomunal número de ações que são ajuizadas nos órgãos jurisdicionais trabalhistas.

No campo dos conflitos coletivos, onde se imagina uma interferência mais forte dos sindicatos, sempre subordinada à deliberação dos trabalhadores interessados, a possibilidade de intervenção de órgãos jurisdicionais estatais deve ficar restrita aos casos de suma gravidade, como por exemplo, nos de greve em serviços essenciais.

Tudo o que preconizo decorre da constatação de que os órgãos jurisdicionais trabalhistas, assim como os sindicatos, não atendem mais à realidade e aos anseios da sociedade brasileira. Por isso, deve haver uma redução na atuação de uns e outros. Cresceram desordenadamente, burocratizaram-se desmesuradamente em proveito de poucos e não foram capazes de dar respostas a tempo e a hora aos problemas decorrentes das relações de trabalho, por isso outros mecanismos devem ser pensados.

Cada vez com mais freqüência e intensidade se discute a necessidade e a utilidade de normas de proteção ao trabalhador, que, ao fim e ao cabo, não protegem, que considera o trabalhador, e o trata, como se fosse absolutamente incapaz de discutir as condições em que quer, pode e precisa trabalhar. Isto se torna mais esquisito quando se compara tal situação com as demais, em que o trabalhador, enquanto ser social, enfrenta e decide, sem peias ou com poucas restrições. Como se entender que o trabalhador possa decidir tudo da sua vida: o estudar, o casar, o comprar, o ter filhos, o economizar, o endividar-se, o mudar-se, só não possa deliberar sobre o seu trabalho? Não acho que não deva existir regra nenhuma de proteção ao trabalho. Longe disso! Mas certamente penso na rigidez das normas trabalhistas, onde praticamente só há lugar para a contratação sem determinação de prazo, onde se acredita que somente no trabalho com carteira assinada o trabalhador terá proteção quando, na realidade, isso, de fato, não lhe

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 226 29/06/2018 15:35:52

proporciona proteção nenhuma, nem dignidade de condições de trabalho. Penso mesmo que dignas condições de trabalho assalariado, com carteira assinada, só têm os empregados das estatais, nem sempre por razões legais ou moralmente defensáveis, mas fruto da prodigalidade com que seus dirigentes, historicamente, têm tratado o patrimônio público. Carteira assinada não é garantia de boas condições de trabalho, nem de proteção de qualquer ordem. Tem sido sim fator de pesados ônus para as empresas e os próprios trabalhadores, que não se traduzem em melhores condições no trabalho ou fora dele, no emprego ou no desemprego e mesmo, e principalmente, na jubilação. Afinal, quem se aproveita desse arcabouço?

Deixando de lado todas essas realidades e preocupações, tendo como pressuposto a manutenção da Justiça do Trabalho, quer com esta ou com outra estrutura mais moderna e condizente com o seu papel, tenho que a sua atuação deve ser reduzida em alguns sentidos e ampliada em outros. A principal, já enunciada: a perda da competência normativa, restrita, em termos de conflito coletivo de trabalho, aos dissídios coletivos de natureza jurídica, que inclusive, imagino, devam ser ampliados como um meio de evitar conflitos individuais decorrentes, especialmente de interpretação de lei ou de norma coletiva de âmbito nacional, não se devendo esperar os penosos e demorados caminhos hoje percorridos para, após alguns anos, vir a dizer que tal tema deve ser entendido neste ou naquele sentido, o que hoje é feito através dos múltiplos recursos até que a Corte possa, nos Embargos para a sua Seção de Dissídios Individuais, uniformizar a jurisprudência. Ora, isso tem sido um dos principais fatores de desprestígio da instituição, com nenhum proveito mas, ao contrário, com total prejuízo para os únicos e verdadeiros interessados: os trabalhadores e as empresas, que afinal só têm uma resposta definitiva depois de anos e anos de atritos, despesas e perda de tempo. Os dissídios coletivos de natureza jurídica poderiam se constituir no meio adequado para atalhar esses caminhos.

Mantida a competência do Tribunal Superior do Trabalho, com a função precípua que hoje tem de uniformizador da jurisprudência, penso que os meios para atingir esse fim devem ser repensados. Como velho juiz de carreira que sou, acho extremamente penoso que tenhamos de estar decidindo questiúnculas sem qualquer expressão jurídica ou econômico-financeira. Não é raro, ao contrário, são muito freqüentes, os processos em que a tese jurídica é de nenhuma importância e a expressão financeira menor ainda. Por exemplo, as intermináveis discussões sobre minutos que antecedem ou sucedem as marcações de ponto. Ora, o papel do TST, de uniformizador de jurisprudência, poderia ser mantido, mas o exame das questões ficaria subordinado a um outro princípio - o da relevância. Somente as matérias que a Corte considerasse relevantes, quer pelo seu aspecto jurídico, quer pelo seu aspecto financeiro, seriam examinadas. A par de provocar drástica redução dos processos a julgar, impedir-se-ia que questões relevantíssimas, sob um ou outro prisma, deixassem de ser examinadas, muitas vezes montados os processos de tal forma a impedir que a Corte possa chegar ao exame do seu

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 227 29/06/2018 15:35:52

mérito, porque os mecanismos vigentes de conhecimento dos recursos de revista e de embargos impedem que, por motivos puramente processuais-formais, sejam examinados, sacramentando-se situações extremamente graves, especialmente quando envolvidos órgãos públicos. Deixaria o TST de ser só um órgão de cúpula uniformizador de jurisprudência, para ser um órgão de cúpula uniformizador de jurisprudência mas também fazedor de justiça.

Penso que feita alguma coisa nesse sentido, não apenas ter-se-ia uma maior celeridade na tramitação dos feitos trabalhistas, como se prestigiaria os Tribunais Regionais e estar-se-ia atendendo melhor às peculiaridades locais e regionais.

Meu convencimento é o de que a grande competência material da Justiça do Trabalho é a decorrente da relação de emprego, isto é, os conflitos advindos da relação entre empregado e empregador. E, embora já se observe algum progresso no sentido de julgar conflitos decorrentes de outras relações de trabalho, sou partidário de uma ampliação da nossa competência para abranger outras situações decorrentes de relação de trabalho, correlatas ou conexas com aquela.

É o caso de todos os conflitos inter ou intra-sindicais, indo desde a fundação de sindicatos, suas disputas de representação, quer de ordem territorial quer de ordem pessoal, inclusive os relativos a eleições sindicais, conflitos entre a entidade e seus associados, enfim, tudo o que dissesse respeito aos sindicatos na sua relação interna e nas com terceiros.

São relativamente freqüentes os conflitos entre sindicatos, tanto profissionais como de empregadores, sobre representação da categoria. Surgem nos dissídios coletivos. Nessas hipóteses tem o Tribunal Superior do Trabalho decidido **incidenter tantum,** como questão prejudicial, nos termos do art. 469, III, do CPC, isto é, não fazendo a decisão coisa julgada.

Os conflitos decorrentes de acidente de trabalho também deveriam ser julgados pela Justiça do Trabalho. A magistratura trabalhista está bem mais próxima e familiarizada com os problemas dessa natureza porque, basicamente, imbricados com os das relações de trabalho e das relações de emprego. Poderia mesmo haver órgãos de primeiro e segundo graus especializados na apreciação desses conflitos.

As cooperativas de mão-de-obra podem ensejar conflitos decorrentes da relação de trabalho, quer sob a alegação de que a natureza do vínculo entre o trabalhador cooperado e a empresa tomadora do serviço é de emprego, como decorrentes de conflito entre o trabalhador cooperado e a cooperativa da qual faz parte.

Se se pretende o reconhecimento de que a relação do trabalhador foi pura e simplesmente de emprego, não há dúvida sobre a competência da Justiça do Trabalho. Mas também deveria ser da Justiça do Trabalho a competência para julgar qualquer conflito do trabalhador cooperado, tanto com a sua cooperativa como com a empresa tomadora do serviço, ainda que não se pretendesse o reconhecimento da relação de emprego. Deveria também a Justiça ser competente para dirimir os conflitos entre a Cooperativa do Trabalho e a empresa tomadora dos serviços dos trabalhadores cooperados.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 228 29/06/2018 15:35:52

Esse tipo de associação para a prestação de serviços tende a dinamizar-se pelo atrativo que oferece de inexistência de relação de emprego entre a cooperativa e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviço. É que essa modalidade de relação de trabalho sempre estará na chamada **zona cinzenta,** estando a Justiça do Trabalho mais preparada para identificar a real natureza da relação e proporcionar a solução mais adequada, porque afinal tudo decorrerá de uma relação de trabalho **lato sensu,** inclusive e principalmente para coibir possíveis abusos na utilização dessa modalidade de relação de trabalho.

Sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações em que o sindicato pretendesse a cobrança de desconto assistencial previsto em sentença normativa, convenção ou acordo coletivo, o TST chegou a editar o Enunciado 224, isto antes da Constituição Federal de 1988, posicionando-se pela incompetência. Com o advento da atual Constituição, dando competência à Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas (art. 114, **in fine**), o TST revisou esse enunciado, aprovando o de nº 334, restringindo a incompetência apenas em relação a descontos assistenciais previstos em convenção ou acordo coletivo, isto em maio de 1994.

Para superar essa jurisprudência, o Congresso Nacional aprovou projeto de lei que se converteu na Lei nº 8.984, de 7.2.95, dando competência à Justiça do Trabalho para "conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador".

Na primeira hipótese podem acontecer disputas intersindicais pelo direito à contribuição assistencial, enquanto na segunda o conflito se estabelece entre o sindicato profissional e a empresa e o objetivo é compelir a última a descontar a contribuição do salário do empregado e recolhê-la aos cofres do sindicato profissional.

Sobre o tema contribuição assistencial, entendo, por tudo quanto já argumentei, que deve ser da Justiça do Trabalho a competência para dirimir os conflitos entre o sindicato profissional e o associado ou integrante da categoria profissional, relativamente à contribuição assistencial ou qualquer outra dessa natureza. Aliás, essa matéria é freqüentemente causa de conflitos entre os sindicatos profissionais e seus associados ou integrantes da categoria profissional que representam, porque na realidade representam imposições da diretoria da entidade, mascaradas de deliberações de assembléias gerais, não raro apenas formalmente existentes, noutras tantas apresentada a matéria em bloco para obter a aprovação.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 229 29/06/2018 15:35:52

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 230 29/06/2018 15:35:52

AS MUDANÇAS NO MUNDO E NO DIREITO DO TRABALHO [1]

José M. Q. de Alencar [2]

1 INTRODUÇÃO

1.1 O trabalho humano e suas transformações

O trabalho humano conheceu diversos paradigmas de organização. Por paradigma, entendam-se as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência[3]. Primeiramente, sob o comunismo primitivo, assumiu a forma de trabalho comunitário, sucedido, na Antigüidade, pelo trabalho escravo, a sua vez substituído pelo trabalho artesanal, na Idade Média. Superado o paradigma do trabalho artesanal, surgiu, e tornou-se dominante, o trabalho industrial.

Sendo o trabalho um valor e uma categoria de análise central para diversas ciências - sociologia, antropologia, economia e direito, por exemplo -, tem sido ele conceito-chave para a explicação de diversos fenômenos sociais, daí dizer-se que vivemos - antes e ainda - em uma sociedade, do trabalho, mais precisamente, em uma sociedade do trabalho industrial. É certo que essa centralidade do trabalho e até mesmo o próprio conceito de trabalho estão sendo fortemente questionados, como faz notar Marta Ceballos Acasuso[4]. Há quem, como André Gorz, anuncie que estamos saindo da sociedade do trabalho assalariado e ingressando em uma

---

[1] Apontamentos para comunicação oral do autor em colóquio promovido pela Université d'Angers - Faculte de Droit, d'Économie et des Sciences Sociales e pela Cour d'Apell d'Angers, de 13 a 20 de maio de 2001, em Angers, França, em homenagem a Santo Ivo, patrono dos juristas. (Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 34, n. 67, p. 69-76, jul./dez./2001)

[2] JOSÉ Maria Quadros DE ALENCAR é Juiz Togado do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região (Belém - Pará - Brasil), pelo quinto constitucional dos advogados, desde 5 de outubro de 1995. É Especialista em Planejamento do Desenvolvimento de Áreas Amazônicas, formado pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos - NAEA da Universidade Federal do Pará - UFPA (1989). e-mail: jose.alencar@trt8.gov.br e alencar.gab@trt8.gov.br.

[3] KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1989. p. 13.

[4] ACASUSO, Marta Ceballos. **El trabajo como fenómeno multidimensional: notas para una revisión conceptual.** [texto transmitido pela Internet]. Corrientes: Universidad Nacional del Nordeste - UNNE / Cátedra de Introducción a las Relaciones de Trabajo / Relaciones Laborales.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 231 29/06/2018 15:35:52

sociedade do tempo liberado[5]. Ou que está em curso, como quer Domenico de Masi, a *libertação do trabalho, que irá caracterizar a sociedade pós-industrial*[6]. Isso dá bem o tom das mudanças atualmente em curso no mundo do trabalho, tema a que volveremos mais adiante.

2 TRABALHO E DIREITO

A vida em sociedade requer a pactuação coletiva de normas de convivência e de dominação, estruturadas sob a forma de um sistema de relações sociais que dá origem ao direito[7]. Assim, sendo parte da superestrutura jurídico-ideológica, o direito é resultante das relações econômicas e sociais. A cada sociedade, portanto, corresponde um dado direito E para cada mudança ocorrida na sociedade ocorre uma mudança no direito que lhe corresponde. Tais mudanças, entretanto, não acontecem sem sobressaltos, bastando, para ilustrar, relembrar eventos como a Revolução Francesa e a Revolução Russa. Tais mudanças ocorrem sempre em ambiente de crise, que pode ser entendida como crise de paradigmas, no sentido kuhniano do termo. No período de transição entre um e outro paradigma os problemas - sociais, econômicos, políticos etc. - não são resolvidos porque as soluções modelares propostas pelos antigos paradigmas não mais funcionam e as novas soluções modelares ainda estão sendo gestadas. Crise, assim, é percebida como a ausência de soluções para os problemas. Por isso mesmo, por exemplo, a transição do trabalho escravo para o trabalho artesanal e deste para o industrial provocou crises.

O trabalho industrial assumiu, no Século XX, as feições do paradigma da especialização rígida, ou paradigma taylorista-fordista, caracterizado por (1) uma minuciosa divisão do processo de trabalho (fragmentação e prescrição das tarefas, métodos e tempos); (2) maquinaria complexa, cara e especializada; (3) linha de montagem; (4) pessoal altamente treinado e especializado para projetar o produto e para projetar, organizar e levar a cabo o processo de produção; (5) por grandes quantidades de pessoal com qualificação escassa ou nula para realizar as tarefas mais simples e mais minuciosamente programadas; (6) definição estrita de tempos e conteúdos; e por (7) medições para encontrar a maneira mais rápida

---

[5] GORZ, André. **Saindo da sociedade do trabalho assalariado.** *in* **São Paulo em Perspectiva. Revista da Fundação Seade.** São Paulo: Fundação SEADE, 1995. v. 9, n. 3, jul-set/1995, p. 135-144; GORZ, André. **Entrevista com André Gorz: o *fim do trabalho assalariado.*** *in* **LUGAR COMUM - Estudos de mídia, cultura e democracia.** Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro / Núcleo de Estudos e Projetos em Comunicação / Pós-Graduação da Escola de Comunicação.

[6] DE MASI, Domenico. **Desenvolvimento sem trabalho.** São Paulo: Editora Esfera, 1999. p. 11.

[7] STUCKA, Petr Ivanovich. **Direito e luta de classes. Teoria geral do direito.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1988. p. 68-87.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 232 29/06/2018 15:35:52

de executar a tarefa *(one best way)*[8]. Esse paradigma surgiu no início do Século XX, nos Estados Unidos, tendo por base os princípios de administração cientifica de Frederick Winslow Taylor[9] e as iniciativas de Henry Ford, daí a designação de paradigma taylorista-fordista. Embora concebido originariamente para a indústria, o paradigma da especialização rígida foi também - e logo - aplicado em larga escala nos demais setores da economia, inclusive no setor público, tornando-se rapidamente hegemônico e universal, modificando radicalmente o modo de produção capitalista e a própria sociedade, que passou a ser identificada como uma sociedade industrial (ou sociedade do trabalho industrial, ou ainda, sociedade do trabalho assalariado, na expressão de André Gorz). Tornou-se ele para nossa civilização o código cujos princípios - padronização, especialização, sincronização, concentração, maximização e centralização - informavam todos os aspectos da vida[10].

3 DIREITO DO TRABALHO

Com a emergência dessa sociedade industrial surge um novo sistema jurídico, onde se destacam novos ramos do direito, inclusive um ramo especializado, o direito do trabalho, que, em uma conceituação mais objetiva, poderia ser designado como o direito do trabalho rigidamente especializado. Ou seja, o paradigma da especialização rígida era - e é ainda - uma concepção tão poderosa que fez surgir até mesmo ramos rigidamente especializados do direito, dentre os quais um dedicado ao próprio trabalho industrial.

No Brasil, o paradigma da especialização rígida foi introduzido e ganhou forma jurídica com a modernização conservadora da Era Vargas, da qual resultou a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) e o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939)[11], a primeira para regular as relações de trabalho do setor privado e o segundo do setor público.

---

[8] COHEN. Stephen S. **As opções da Europa no novo cenário econômico, ou como aprender com os erros norte-americanos.** *in* **Novos Estudos CEBRAP.** São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - CEBRAP, 1993. n. 35. mar-1993. p. 38-39.
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **RELASUR. Revista de Relaciones Laborales en America Latina - Cono Sur.** Montevideo: OIT, 1995. n. 6. p. 235-236.

[9] TAYLOR, Frederick Winslow. **Princípios da administração científica.** São Paulo: Editora Atlas, 1986.

[10] TOFFLER. Alvin. **A terceira onda.** 15ª edição. [tradução de João Távora]. Rio de Janeiro: Editora Record, s/d. p. 59-72.

[11] WAHRLICH, Beatriz M. de Souza. **Reforma administrativa na Era Vargas.** Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1983. p. 235-592; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **O funcionário público e seu regime jurídico.** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958. t. 1, p. 101-102.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 233 29/06/2018 15:35:52

Na segunda metade do Século XX, a partir dos anos sessenta, entretanto, o paradigma da especialização rígida entrou também ele em crise, acelerada no último quartel desse século. Da superação dessa crise emerge um novo e vigoroso paradigma que substitui a rigidez do taylorismo-fordismo pela flexibilidade: máquinas flexíveis e multiusos; trabalhadores flexivelmente especializados, multifuncionais e com responsabilidade e capacidade sobre uma parcela muito maior do processo produtivo (empoderamento); tarefas polivalentes *e* de conteúdo amplo; formação profissional na própria empresa; postos de trabalho não prescritos e definição de tarefas ampla e ambígua. É o paradigma da especialização flexível. Esse novo paradigma surge no Japão, resultante da superação da crise do paradigma da especialização rígida (taylorismo-fordismo), tendo origem nas contribuições de W. Edwards Deming[12] e Joseph M. Juran[13], consultores americanos, e Taiichi Ohno, engenheiro-chefe da Toyota, daí ser designado também paradigma toyotista ou simplesmente toyotismo[14].

O Controle da Qualidade Total *(Total Quality Management)* e seus congêneres são a expressão metodológica e gerencial do paradigma da especialização flexível. Esse é o novo paradigma que rapidamente torna-se hegemônico e universal, alcançando todos os setores da economia, a exemplo do que ocorrera antes com o paradigma da especialização rígida.

4 A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO

4.1 Crise do direito, direito da crise

Acontece que o direito do trabalho positivado na legislação trabalhista ainda é o direito do trabalho rigidamente especializado, em descompasso, portanto, com a nova realidade socioeconômica e política, que vem sendo drástica e rapidamente alterada pela incidência do novo paradigma da especialização flexível, daí resultando uma inevitável tensão entre os fatos e a norma, pois não há mais uma estrita correspondência entre uma e outros. O direito do trabalho taylorista-fordista não mais dá conta das relações de trabalho que ocorrem sob a égide do paradigma toyotista. As soluções modelares do direito do trabalho, positivadas ainda com base no paradigma em vias de superação, deixaram de ser adequadas para as novas relações de trabalho. Em rigor, não são mais soluções para os problemas atuais do trabalho sob o paradigma da especialização flexível.

---

[12] DEMING, W. Edwards. **Qualidade: a revolução da administração.** [tradução de Clave Comunicações e Recursos Humanos]. Rio de Janeiro: Marques-Saraiva, 1990.

[13] JURAN, Joseph M. **A qualidade desde o projeto: os novos passos para o planejamento da qualidade em produtos e serviços.** [tradução de Nivaldo Montingelli Jr]. São Paulo: Pioneira, 1992.

[14] CORIAT, Benjamin. **Pensar pelo avesso. O modelo japonês de trabalho e organização.** Rio de Janeiro: Editora da Universidade Federal do Rio de Janeiro / Editora Revan, 1994.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 234 29/06/2018 15:35:52

Por isso mesmo tais problemas persistem e não são resolvidos pela aplicação desse direito antigo, que assim perde efetividade, daí surgindo a atual crise do direito do trabalho. Da superação dessa crise surgirá um novo direito do trabalho - o direito do trabalho da crise -. mas enquanto tal não acontece permanece o quadro atual de impasse, tensão e inquietação[15].

4.2 A transição e seu direito

O presente momento, portanto, é de crise e de transição entre dois paradigmas. Requer desta forma, um direito próprio, um direito formulado para este momento crítico, um direito do trabalho para a transição e para a crise, como diria Antônio Fernandes[16]. Esse direito em construção já começa a surgir entre nós sob a forma de doutrina, de que é exemplo pioneiro a obra **Flexibilização do direito do trabalho,** tese de doutorado da Doutora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar, atualmente Juíza Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região (Estados do Pará e Amapá)[17], e tantas outras seguintes[18]. A legislação também já começa a ser modificada, de que são exemplos as sucessivas leis flexibilizadoras do direito do trabalho. A jurisprudência também começa a sofrer influxos, de que é exemplo o Enunciado nº 331 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que abrandou o rigor do antigo Enunciado nº 256, ampliando os casos de terceirização lícita para alcançar todas as atividades-meio.

Do mesmo modo que a introdução do paradigma da especialização rígida no Brasil deu-se no curso de uma modernização conservadora, a introdução do paradigma da especialização flexível também acontece no âmbito - e como parte - de um novo surto de modernização, igualmente conservadora. Conquanto não se possa negar os progressos alcançados sob a vigência do paradigma antigo, sobretudo os progressos econômicos, é igualmente impossível deixar de realçar as mazelas que o acompanharam, bastando mencionar os indicadores sociais abjetos que ainda hoje - e cada vez mais - marcam o país, expressos no Índice

---

[15] FERNANDES, António de Lemos Monteiro. **A crise do direito do trabalho e o direito do trabalho "da crise".** *in* **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região.** Belém: Tribunal Regional do Trabalho, 1985. v. 18, n. 34, p. 145-150.

[16] FERNANDES. António de Lemos Monteiro. **Direito do trabalho.** Coimbra: Almedina, 1994. v. 1. p. 31-38.

[17] NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do direito do trabalho.** São Paulo: Editora LTr, 1991. Ver também ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho.** São Paulo: Editora LTr, 1994; MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho.** São Paulo: Editora LTr, 1998.

[18] Por exemplo, ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1994; DAL ROSSO, Sadi. **A jornada de trabalho na sociedade: o castigo de Prometeu.** São Paulo: LTr, 1996; SILVA, Ciro Pereira da. **Jornada flexível de trabalho: ferramenta para administrar flutuações de produção.** São Paulo: LTr, 1997.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 235 29/06/2018 15:35:52

de Desenvolvimento Humano - IDH das Nações Unidas. Essa combinação de progresso econômico e mazelas sociais - e, em alguns momentos, políticas - é o que poderia ser chamado de sincretismo do pior, tal seja a combinação do que tem de pior nesses dois paradigmas. Assim, embora não se deva - nem se possa - impedir a introdução do novo paradigma, deve-se evitar que dela decorra o agravamento das condições de vida dos trabalhadores brasileiros. É preciso impedir que, mais uma vez, da introdução de um novo paradigma resulte o sincretismo do pior, agravando ainda mais as mazelas sociais do país. E no âmbito do direito do trabalho isso há de ser feito combinando a rigidez dos tradicionais princípios do direito do trabalho[19] - seu núcleo duro, essencial e irrenunciável - com a flexibilidade desse novo e emergente direito material do trabalho.

A base legal para tanto é encontrada na própria legislação trabalhista brasileira, tal seja o parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, combinado com o artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil. Há de ser buscado sempre, em tese e em cada caso concreto, o fim social a que se destina a lei aplicável. É quando entra em cena a função criadora do juiz - e do jurista - pois o direito serve à vida[20], e não o contrário Assim, deve o operador do direito do trabalho perquirir, em cada caso concreto, se está ocorrendo - ou não - o sincretismo do pior; se o empregador faz - ou não - uma introdução oportunista do novo paradigma, em prejuízo dos trabalhadores, individual e coletivamente considerados; se algum princípio do direito do trabalho é - ou não - violado.

É preciso construir uma doutrina e uma jurisprudência para a crise e a transição, junto com uma legislação para a transição.

O Brasil tem experiência anterior, com a introdução do paradigma da especialização rígida e a criação do direito correspondente. Na modernização conservadora da Era Vargas fez-se, *grosso modo,* um direito do trabalho para a transição. Para um pais dual, um direito do trabalho dual. No mundo rural ainda atrasado, onde estava a maior parte da população economicamente ativa[21] - e a burguesia agrária aliada de Vargas -, o paradigma da especialização rígida não foi logo introduzido.

Por isso mesmo a legislação trabalhista, vale dizer, a legislação de suporte ao trabalho industrial e ao paradigma da especialização rígida, não tinha aplicação no mundo rural. Nele seguiam vigentes as velhas regras do Código Civil napoleônico e a locação de serviços. Só o Brasil moderno, urbano e industrial, que se queria construir com apoio no paradigma da especialização rígida, necessitava de um direito do trabalho industrial, A nascente indústria urbana exigia um direito do

---

[19] RODRIGUEZ, Américo Plá. **Los princípios del derecho del trabajo.** 2ª edição. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

[20] FERNANDEZ, Alberto Vicente. **Función creadora del juez.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

[21] Em 1940 68,77% da população do Brasil era rural e 31,23% urbana. Em 1996 21,64% da população era rural e 78,36% urbana. Em 2000 18,78% da população era rural e 81,22% urbana.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 236 29/06/2018 15:35:52

trabalho compatível, e isso lhe foi concedido pelo Estado autoritário *e* populista da Era Vargas, agradando trabalhadores e empresários urbanos e rurais. Na medida em que o país se industrializava e urbanizava, aumentava a população urbana e a proporção de trabalhadores protegidos pelo direito do trabalho. Havia claramente um direito do trabalho compatível com essa transição, que só se completou em 1988, quando a nova Constituição Federal equalizou os direitos dos trabalhadores rurais e urbanos (art. 7º, *caput).*

Essa experiência pode - e deve - ser aproveitada, se possível sem repetir-lhe os erros, para que dela não resulte um novo sincretismo do pior, combinação do que tem de pior na especialização rígida com o que tiver de pior na especialização flexível.

Sugere-se, assim, a criação de uma nova legislação trabalhista, própria e específica para as empresas e organizações que praticam o novo paradigma da especialização flexível, conceituando-as juridicamente, como antes se o fez com as que praticam o paradigma da especialização rígida (artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho[22]). Essa nova legislação continuaria submetida aos princípios tradicionais do direito do trabalho, pois a flexibilização em curso dá-se na organização do trabalho e não no rol de direitos já consagrados. Assim, a essas novas empresas e organizações corresponderia esse novo direito do trabalho - legislação, doutrina e jurisprudência - enquanto para as antigas e arcaicas empresas e organizações continuaria vigente e aplicável o direito do trabalho igualmente antigo e arcaico, submetidos ambos aos tradicionais princípios reitores do direito do trabalho, núcleo duro, essencial e irrenunciável, para que não aconteça outra vez o sincretismo do pior.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se esta breve comunicação, submetendo ao debate esta proposição: para enfrentar a crise de paradigma que afeta o direito do trabalho, sugere-se a construção de um direito para a crise e para a transição, que contemple a elaboração de uma doutrina, uma jurisprudência e uma legislação próprias e específicas para este momento.

---

[22] *Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º. Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.*

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 237 29/06/2018 15:35:52

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 238 29/06/2018 15:35:53

PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E OUTROS CONFLITOS DE NORMAS TRABALHISTAS. REFLEXÕES À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL. (*)

José Affonso Dallegrave Neto *

1. Princípio de proteção ao empregado: gênese e fundamento

O princípio protetivo ao empregado é a *marca registrada* do Direito do Trabalho. A tutela ao obreiro confunde-se com a própria proposta da legislação trabalhista. O fundamento desta premissa nos parece óbvio, sendo traduzido com precisão na conhecida lição de Eduardo Couture: "o procedimento lógico para corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades".

Com efeito, só se pode falar em eqüidade material do contrato de trabalho, se a hipossuficiência econômica do empregado for compensada com a proteção jurídica.

Registre-se que o Direito do Trabalho tornou-se um ramo jurídico autônomo, justamente quando abdicou dos antigos e absolutos dogmas civilistas da *autonomia privada* e da *pacta sunt servanda,* próprios do Liberalismo do século XVIII. Não mais era possível admitir a ficção legal de que, nas relações de trabalho, as partes encontravam-se num mesmo pé de igualdade jurídica. Esta emancipação do Direito Operário em relação ao Direito Civil se deu no final do século XIX quando o Liberalismo passou a ser tido como modelo decadente e o Estado do Bem-Estar Social o novel paradigma.

Sobreveio, então, a preocupação não mais com a igualdade formal, mas com a equidade material, passando a identificar o contratante mais frágil (economicamente) a fim de protegê-lo (juridicamente). A função tutelar apresentada pelo Direito do Trabalho é, contudo, questionada por parcela importante de filósofos do Direito.

Luiz Fernando Coelho, a propósito, assevera que "o Direito do Trabalho, apresentado pela ideologia jurídica como o grande instrumento protetor dos fracos e oprimidos, tem o objetivo primordial de dirimir os conflitos entre patrões e empregados, dissimulando e minimizando a oposição social entre duas classes, a dos proprietários e a massa dos que nada têm."[1]

(*) Palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito do Trabalho e IV Congresso de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, promovido pelo TRT 8ª Região, em Belém (PA), nos dias 26 e 27 de agosto de 2004. (Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 37, n. 73, p. 125-136, jul./dez./2004)

* Doutor e mestre em Direito pela UFPR, membro da ANDT - Academia Nacional de Direito do Trabalho, professor da pós-graduação da Faculdade de Direito de Curitiba, advogado, membro do IAB - Instituto dos Advogados Brasileiros. Email: neto@dallegrave.com.br.

[1] COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito, p. 56.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 239 29/06/2018 15:35:53

Montalvo Correa, neste diapasão, apregoa que o Direito do Trabalho "é um meio defensivo da classe burguesa que preferiu limitar as injustiças e proteger o trabalhador com o objetivo de conservar as vantagens do sistema capitalista que se encontrava ameaçado na virada do século"[2].

A atual tendência denominada *flexibilização da relação de trabalho* tem como motes o retorno do Estado mínimo e a desregulamentação da relação capital-trabalho. Se com o chamado *Estado do Bem-Estar Social* houve um processo de *universalização* dos direitos sociais no bojo das Constituições, sendo pioneiras as Constituições de Weimar (1919) e México (1917); hoje, com o advento do Estado Neoliberal, passa-se a defender o inverso: a *desuniversalização* dos direitos trabalhistas[3] e a mitigação abrupta do princípio de proteção ao empregado.

2. As vertentes do princípio tutelar

Ainda que os doutrinadores não sejam unânimes, nem uniformes na enumeração dos princípios peculiares do direito material do trabalho, todos registram a existência de um (pretendente) princípio tuitivo ao empregado.

Consoante lições de Américo Plá Rodriguez[4], o princípio de proteção ao empregado subdivide-se em: a) regra *in dubio pro operario* - atinente à prevalência, em caso de dúvida, da interpretação mais benéfica ao empregado em relação à norma trabalhista; b) regra da condição mais vantajosa - referindo-se à incorporação jurídica das benesses concedidas com habitualidade; c) regra da norma mais favorável, ou seja, "havendo diversas normas que regem uma mesma circunstância, é preciso escolher uma delas, a que mais beneficie o trabalhador."[5]

Com efeito, segundo Francisco Marques de Lima, a clássica hierarquia *kelseniana* das normas legais não se aplica de forma absoluta ao Direito do Trabalho, vez que na dúvida entre várias regras aplicáveis ao mesmo fato, aplicar-se-á aquela mais benéfica para o empregado, pouco importando se se está em discussão uma norma constitucional ou um simples regulamento de empresa[6]. Nesse sentido é a regra do art. 444 da CLT: liberdade contratual, observando as regras mínimas de proteção contidas na CLT. Dissentindo em parte da maneira posta pelo ilustre jurista do Piauí.

Ao nosso crivo, o mais correto é dizer que *no Direito do Trabalho impera o princípio da norma mais benéfica, desde que não conflitante com os limites e diretrizes estabelecidos na ordem constitucional.* A fim de elucidar esse enunciado, aduziremos alguns exemplos práticos no tópico seguinte.

---

[2] In: "Los fundamentos del Derecho del Trabajo", p. 149 a 160.

[3] DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O estado neoliberal e seu impacto sócio-jurídico. p. 88 e 89.

[4] RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Traduzida por Wagner Giglio, São Paulo, LTr, 1978.

[5] RUPRECHT, Alfredo J. Os princípios do Direito do Trabalho, p. 21.

[6] MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. Princípios de Direito do Trabalho, p. 75.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 240 29/06/2018 15:35:53

3. A hierarquia kelseniana das fontes formais do Direito

É preciso registrar, desde logo, o que se entende por *hierarquia* das fontes formais do direito. Michel Temer assevera ser "a circunstância de uma norma encontrar;, sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade numa norma superior"[7]. O engate lógico original e principal de todas as espécies normativas é sempre a Constituição Federal. Acima dela encontra-se a norma fundamental pressuposta.

Registre-se a importante e conhecida posição de Hans Kelsen ao explicar o papel da chamada norma fundamental:

> "A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode ... perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta,* visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. Uma tal norma, pressuposta com a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental *(Grundnorm)".*[8]

Inspirado no modelo kelseniano, os sistemas jurídicos vêm adotando a seguinte hierarquia das fontes formais do Direito: 1º) a Constituição; 2º) as Leis (em sentido amplo); 3º) os Regulamentos de Lei[9].

A partir desse quadrante, é possível inúmeras diretivas sistêmicas a serem observadas no caso de conflito de normas trabalhistas. Apontemos algumas a título exemplificativo do que se disse no item anterior (que no Direito do Trabalho o princípio da norma mais benéfica se aplica como regra, mas desde que não conflite com os limites traçados na ordem constitucional):

a) *No confronto entre Lei e Decreto Regulamentador,* este não pode extrapolar os limites traçados naquela. Logo, não se trata de perquirir se o Decreto é mais ou menos benéfico, mas se é fiel aos limites da Lei. Inteligência do art. 84, IV, da CF. Nessa esteira, Pontes de Miranda adverte: "onde se estabelecem, alteram-se ou extinguem-se direitos, não há regulamento, há abuso do poder regulamentar, invasão da competência legislativa."[10]. Exemplo disso é a situação estampada na OJSDI-I, n. 107 do TST, ou seja, a multa de 40% do FGTS tem como base

---

[7] In: Elementos de Direito Constitucional, p. 148.

[8] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p. 269.

[9] Octávio Bueno Magano observa que "à luz do critério em foco, as normas trabalhistas podem ser assim hierarquizadas: constituição, leis, decretos, sentenças normativas, convenções coletivas e atos negociais". *In:* Manual de Direito do Trabalho. Parte Geral, 3ª ed. SP: LTr, 1988, p. 84. Para nós, conforme será fundamentado no item 8, os acordos coletivos e convenções coletivas estão hierarquicamente acima das sentenças normativas conforme exegese do § 2º do art. 114 da CF.

[10] MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda l de 1969, 2ª ed., RT, III, p. 314.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 241 29/06/2018 15:35:53

de cálculo o que dispõe o § 1º do art. 18 da Lei 8036/90: o total dos depósitos devidos na conta vinculada. O art. 9º, § 1º do Decreto 99.684/90 extrapolou os parâmetros da Lei ao determinar que a multa incide apenas sobre o saldo atual da conta vinculada no momento da rescisão contratual, ficando, assim, excluídos eventuais saques efetuados pelo trabalhador no curso do contrato, a exemplo daqueles destinados a financiamento da casa própria.

b) *Lei mais benéfica, porém inconstitucional.* Nos termos do art. 22, I, da CF, compete privativamente à União Federal legislar sobre direito do trabalho. Logo, eventual lei trabalhista estadual ou municipal, ainda que mais benéfica no confronto com outra lei federal, não prevalecerá, vez que inconstitucional.

c) *Norma benéfica que conflita com outra que contém expressa proibição.* Prevalecerá a norma proibitiva em face do seu caráter imperativo. Perez Del Castillo, em preciosa monografia acerca deste tema, consigna: "... la regla de la norma más favorable actúa siempre y cuando no exista una ley de orden público jerárquicamente superior que impida apartarse de lo que dispone"[11]. Logo, por hipótese, por mais que se tentasse enquadrar a parcela subsidiada do vale-transporte como espécie de salário *in natura* de que trata a norma do art. 458 da CLT, sendo assim prevaleceria a norma proibitiva do art. 2º, *a*, da Lei 7418/85 que declara que o vale-transporte "não integra o salário para nenhum fim de lei".

d) *Impossibilidade do instrumento normativo fixar condição menos favorável* ao *que dispõe a Lei.* Conforme verificaremos adiante, a rigor o negociado prevalecerá sobre o legislado somente quando assegure melhores condições ao trabalhador. A negociação coletiva tem como limite o *minus* assegurado na Lei e na Constituição Federal. Somente nas três situações expressamente autorizadas pela ordem constitucional é possível falar em flexibilização negociada em detrimento do direito trabalhista previsto em lei. São eles: art. 7º, VI (redução de salário), XIII (compensação de jornada) e XIV (turno ininterrupto de revezamento).

4. Prevalência do legislado sobre o negociado

Como se disse, a Constituição da República encontra-se no ápice da pirâmide hierárquica normativa. É ela que traça os limites de atuação do legislador e o alcance da negociação coletiva.

Diante desta observação, cabe coligir uma questão atual e instigante: podem os instrumentos normativos de determinada categoria profissional fixarem normas menos benéficas que aquelas plasmadas na Lei e na Constituição Federal?

Há tempos atrás repercutiu em todo o Brasil a discussão do Projeto de Lei - PL n. 5483/01, que visava modificar o art. 618 da CLT, assim dispondo:

> "As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho".

[11] CASTILLO, Santiago Perez Del. La jerarquia de las fuentes en el Derecho Laboral, p. 69.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 242 29/06/2018 15:35:53

Em sessão tumultuada e histórica ocorrida em dezembro de 2001, a Câmara dos Deputados aprovou[12] o substitutivo do Projeto de Lei, o qual, posteriormente, saiu de pauta quando da apreciação do Senado Federal.

A partir desta proposta, muitas vozes se levantaram para defender a *prevalência absoluta e incondicional do negociado sobre o legislado.*

Com base no que dispõe ontologicamente a ordem constitucional, ainda que se tente implementar qualquer alteração normativa nesse sentido, faltar-lhe-á respaldo na Constituição Federal. Conforme se disse antes, quando o constituinte quis abrir espaço; para a flexibilização de direitos trabalhistas mediante negociação coletiva, fê-lo de forma expressa, taxativa e específica. De um universo de trinta e quatro incisos constantes do art. 7º, somente em três direitos arrolados se mencionou a ressalva da flexibilização mediante negociação coletiva:

- inciso VI, redução de salário;
- inciso XIII, compensação de jornada;
- inciso XIV, turno ininterrupto de revezamento.

Logo, fora dessas três situações expressamente previstas pelo constituinte, inviável cogitar da prevalência do negociado em detrimento dos direitos trabalhistas legislados.

5. Interpretação sistêmica do art. 7º, VI, da Constituição Federal

Juarez Freitas conceitua sistema jurídico como "rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição"[13].

Nessa tessitura, observa Clèmerson Clève, os princípios são fundamentais, pois cimentam a unidade da Constituição, fixando *standars* de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo hermenêutico da Constituição e do direito infraconstitucional[14].

Não se negue, todavia, a existência de pontos de tensão no sistema interno constitucional, os quais são de três espécies na taxionomia adotada por Claus-Wilhelm Canaris[15]:

a) quebras sistemáticas;
b) lacunas no sistema; e
c) normas estranhas ao sistema.

As primeiras referem-se às contradições de valores e princípios. As lacunas decorrem de falhas setoriais de valoração dentro do sistema jurídico. Por último,

---

[12] Foram 264 deputados votando a favor, contra 213 e 2 abstenções.

[13] FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito.* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40.

[14] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade do direito brasileiro.* São Paulo: RT, 1995, p. 36.

[15] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 285.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 243 29/06/2018 15:35:53

as normas estranhas ao sistema resultam de valorações que permanecem isoladas ou anômalas, quando vistas dentro do conjunto da ordem jurídica.

Ainda, no primeiro caso, relativo às quebras sistemáticas, deve-se solucionar a tensão por meio da interpretação sistemática, priorizando os valores materiais supremos da Constituição em detrimento de questões secundárias como, *vg:* a inconstitucionalidade apenas formal.

Sobre o tema, oportuno transcrever a lição de Otto Bachof:

> Se uma norma *constitucional* infringir uma outra norma da Constituição, positivadora de direito supralegal, tal norma será, em qualquer caso, *contrária ao direito natural* (...) mas não tenho dúvida em qualificá-la também, apesar de pertencer formalmente à Constituição, como *inconstitucional,* se bem que o fundamento último da sua não obrigatoriedade esteja na contradição com o direito supralegal: a *incorporação material* dos valores supremos na Constituição faz, porém, com que toda a infracção de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição[16].

Destaque-se uma situação de flagrante contradição de valores e princípios, derivada da colisão entre o art. 37, II, com o art. 41 em sua redação, dada pela Emenda n. 19/98. Enquanto a primeira regra citada (art. 37, II) apregoa que *toda a* administração pública direta e indireta obedecerá os princípios nele elencados, estando o acesso ao cargo *ou emprego público* condicionado à aprovação em concurso; o outro dispositivo apontado (art. 41), assegura estabilidade, após três anos de efetivo exercício, *somente aos servidores* concursados nomeados para *cargo público.*

Conclui-se, pois, da combinação de tais enunciados constitucionais, que o servidor celetista é tratado de forma igual ao estatutário no que tange à observância de princípios e aprovação prévia em concurso, porém, em momento posterior, é tratado de maneira diferenciada ao deixar de se beneficiar da estabilidade no emprego[17]. Eis, pois um exemplo de manifesta quebra sistemática do sistema interno constitucional.

Uma fração da jurisprudência já se deu conta dessa contradição interna da Constituição e, como solução, vem adotando a interpretação sistemática sugerida por Claus Canaris, pugnando-se, no particular, a necessidade de motivação do ato administrativo oriundo dos princípios da administração pública:

> "Sociedade de economia mista. Necessidade de motivação do ato de dispensa. Se há necessidade de um ato administrativo para a admissão do servidor (art. 37, II, da CF/88) a demissão também deverá ser feita nos mesmos moldes, ou seja, através de um ato administrativo, com o

---

[16] BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Título do original alemão: Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Coimbra: Almedina. 1994, p. 63.

[17] Sobre o tema consultar o nosso: *Dispensa do servidor público celetista,* capítulo extraído da obra *Inovações na legislação trabalhista. Reforma trabalhista ponto a ponto.* 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 243.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 244 29/06/2018 15:35:53

preenchimento de certos requisitos, em especial o da motivação". (TRT, 9ª Região, Ac. 15.061/99, 2ª Turma. Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther).

Quanto às *lacunas* derivadas de omissões valorativas da Constituição, Canaris admite o uso da *tópica* instituída por Theodor Viehweg[18]. Na visão desse jurista alemão, a tópica pretende fornecer indicadores de como comportar-se em situações concretas, "a fim de não se ficar preso, sem saída". É, portanto, "uma *técnica do pensamento problemático"*[19]. E mais: o operador do direito, diante de uma pletora de situações, deve adotar esse ou aquele ponto de vista *(topos:* tópicas) apoiado no senso comum[20] ou opinião especialista, a fim de adequar a melhor solução para o caso concreto.

Ao nosso ver, a idéia de Viehweg foi corretamente aperfeiçoada por Karl Larenz quando concebe e pugna pela ligação entre pensamento *tópico* e *sistema interno,* de modo a só considerar como válidos os pontos de vista jurídicos *(topoi:* tópicas,) que sejam justificáveis a partir do sistema interno[21].

Finalmente, o terceiro ponto de tensão da ordem constitucional é o caso de *normas estranhas ao sistema,* ou seja, aquelas reconduzidas fora dos princípios jurídicos gerais ou valorativamente isoladas dentro da ordem jurídica global. Nestes casos, deve se adotar a *interpretação restritiva,* limitando "tais corpos estranhos ao mais curto espaço possível dentro da ordem jurídica."

Aqui reside a importância prática para o tema de nosso ensaio, vez que o exemplo típico de norma estranha ao sistema é justamente o do art. 7º, VI, que prevê como direito dos trabalhadores a "irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo".

Ora, não resta dúvida que a hipótese de redução salarial mediante Acordo ou Convenção Coletiva constitui-se num "corpo estranho" e numa "valoração isolada", quando comparada ao aparato axiológico constitucional. Não se negue

---

[18] A obra de Viehweg foi traduzida para o português por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o qual foi seu aluno na Alemanha nos anos de 1965-1968. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência.* Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

[19] VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.* p. 33. Oportuno transcrever as seguintes palavras de Viehweg: "Se a jurisprudência concebe sua tarefa como uma busca do justo dentro de uma inabarcável pletora de situações, tem de conservar uma ampla possibilidade de tomar nova posição com respeito à aporia fundamental, isto é, de ser *móvel.* A primazia do problema influi sobre a *techne* a adotar. Uma tessitura de conceitos e de proposições que impeça a postura aporética não é utilizável. Isto é válido especialmente para um sistema dedutivo. Por causa do inabarcável de sua problemática, uma jurisprudência assim concebida tem um interesse muito maior em uma variedade *assistemática* de pontos de vista. Não é inteiramente correto qualificá-los como princípios. Ter-se-lhes-ia de chamar mais exatamente proposições diretivas ou *topoi,* segundo o critério de nossa investigação

[20] A tópica e o *sensus communis* estão inseparáveis na visão de Viço que inspirou a formulação de Viehweg.

[21] LARENZ, Karl. *Op. cit.,* p. 697. Registre-se, contudo, que o próprio Larenz reconhece o fato de tal concepção não corresponde ao entendimento geral da tópica viehwegniana.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 245 29/06/2018 15:35:53

que o objetivo maior da ordem constitucional foi o de assegurar melhor condição social ao trabalhador *(caput* do art. 7º), atentando-se à dignidade do trabalho e da pessoa humana (art. 1º, III e art. 6º). Assim, até mesmo a ordem econômica deve-se voltar para a valorização do trabalho humano e para a função social da propriedade (art. 170 e inciso III).

É preciso aduzir ainda, que a interpretação desse ponto de tensão constitucional, qual seja a parte final do art. 7º, VI que autoriza a redução salarial, via negociação coletiva, deve ser vista de forma restritiva. Nas palavras de Claus Canaris: "espera-se ao menos (para esses casos) uma proibição de interpretação extensiva"[22].

Nessa tessitura, é possível concluir ser absolutamente equivocado o segmento jurisprudencial que defende interpretação *extensiva* para regras excepcionais e estranhas ao sistema como é o caso do art. 7º, VI, da CF, conforme ementas a seguir transcritas:

> (...) a redução do adicional de periculosidade à sua percepção proporcional ao tempo de exposição ao risco encontra respaldo nas hipóteses de flexibilização autorizadas pela Constituição Federal, pois se a Carta Magna admite a redução dos dois principais direitos trabalhistas, que são o salário (CF, art. 7º, VI) e a jornada de trabalho (CF, art. 7º, XIII e XIV), *todos aqueles que deles decorrem também são passíveis de flexibilização* (...).(TST, 4ª Turma, RR n. 483.120/98, Rel. Ives Gandra Martins Filho, DJ: 15/03/02).
>
> Se a Constituição Federal admite a flexibilização das normas laborais mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, tomando viável até a *redução dos salários,* (...) deve o Judiciário admitir que, na negociação coletiva, as partes façam concessões mútuas. Aliás, a Eg. SDI, deste C. Tribunal *firmou jurisprudência nesse sentido.* Tem-se, desse modo, que é válido o acordo coletivo que condicionou o pagamento do resíduo salarial relativo aos meses de janeiro e fevereiro de 1994 à obtenção de lucros pela Empresa, restando configurada a violação do art. 7º, XXVI, da CF. (TST, 5ª Turma, RR n. 681.551/00, Rel. Rider Nogueira de Brito, DJ: 31/05/02).

Ora, o que faz esse segmento jurisprudencial é um exercício hermenêutico (equivocado) de alargamento do art. 7º, VI, da CF; algo como aplicar a máxima "quem pode o mais pode o menos", ou seja, se é permitido até mesmo reduzir salário mediante negociação coletiva, posso também reduzir adicionais de salário e gratificações, vez que tais verbas são, grosso modo, verbas salariais. Contudo, a solução não pode seguir a essa lógica simplista, vez que não é possível dar interpretação extensiva para normas excepcionais (regra comezinha da hermenêutica).

Vale lembrar que o direito contemplado no inciso VI, do art. 7º é o da "irredutibilidade dos salários" e que o *caput* do mesmo artigo deixa claro que todo o rol deve ser visto com a idéia de *estatuto mínimo ao trabalhador,* podendo haver

---

[22] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.*, p. 238.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 246 29/06/2018 15:35:53

outros direitos mais benéficos que assegurem melhor condição social. Portanto, não se pode transformar em regra geral aquilo que é *exceção* contida na segunda parte do inciso VI (irredutibilidade do salário, *salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo).* Da mesma forma, não se pode preterir a diretriz do cabeçalho do artigo sétimo que irradia efeitos para o inciso VI. Logo, a possibilidade de redução salarial mediante CCT e ACT constitui exceção à regra geral, sendo adequada para este caso tão-somente a exegese restritiva. Vale dizer: só se pode admitir, mediante ACT/CCT, redução de salário *stricto sensu* (apenas *salário base* e não *complementos salariais* ou *adicionais de salário).*

6. Eficácia dos princípios constitucionais

Não se pode ignorar a eficácia dos preceitos *e* princípios da Constituição que acabam por vincular o legislador infraconstitucional. Paulo Modesto observa que em virtude da *eficácia de vinculação,* essas normas "condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar"[23].

Na esfera do direito internacional público, o princípio da condição mais favorável ao trabalhador é visto como direito fundamental e supremo do indivíduo. Neste sentido é o art. 19, VIII, da Constituição da OIT - Organização Internacional do Trabalho, *in verbis:*

> "em nenhum caso poderá considerar-se que a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por qualquer dos membros afetará qualquer lei, sentença, costume ou acordo que *garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis* do que as que figuram na convenção ou na recomendação".

De outro lado, observa-se que o princípio de proteção aos direitos e garantias individuais encerra caráter *exemplificativo* em todas as Constituições brasileiras, desde a de 1891. Na atual CF a referida premissa encontra-se prevista no § 2º do artigo quinto[24]. O constituinte de 1988 além de enaltecer os direitos sociais, fez questão de protegê-los, assegurando, em caso de carência de regulamentação, a

---

[23] Citado por Clèmerson Clève que complementa: "a idéia de direito e de justiça que preside o direito brasileiro decorre do quadro de valores plasmado na Constituição ... que pode ser localizado pela leitura do Preâmbulo, dos Princípios Fundamentais, inclusive dos objetivos fundamentais, do Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, e de outros princípios dotados de inegável relevância .... A liberdade do legislador encontra como limite a Constituição (com seu quadro de valores) e a idéia de direito e de justiça nela plasmada." In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 34 e 35.

[24] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Direitos Humanos Fundamentais, p. 98. Reza o referido art. 5º, § 2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 247 29/06/2018 15:35:53

possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão[25] e de mandado de injunção[26].

A propósito, aponte-se a ADIn que declarou a constitucionalidade do art. 118 da Lei 8213/91, garantindo a estabilidade provisória aos empregados acidentados que retornam ao trabalho[27]. Veja-se que de uma interpretação gramatical e precipitada, poder-se-ia sustentar que somente através de Lei Complementar é que o art. 7º, I, da CF deveria ser regulamentado e, portanto, o art. 118 da Lei 8213/91, ao assegurar garantia de emprego em sede de Lei Federal, seria "inconstitucional".

Felizmente, tanto na referida ADIn julgada pelo STF, quanto na OJSDI-I n. 105 do TST, prevaleceu o inverso: a norma constitucional não deve ser interpretada, tão-somente, pelo método gramatical, mas atendendo aos fins e interesses que a Constituição traçou como objetivos.

Karl Larenz preleciona que "uma disposição só é inconstitucional e, portanto, inválida, quando não pode ser interpretada 'em *conformidade com a Constituição'*. Examina-se, por conseguinte, em primeiro lugar se uma interpretação, reconhecida como inconstitucional, é, de acordo com os '*métodos de interpretação tradicionais', a 'única possível' - e* então a disposição é inválida - ou se também é possível que resulte uma interpretação conforme à Constituição".[28]

Ora, no caso em exame, se o destinatário deste direito constitucional - art. 7º, I - é o trabalhador, e, se a intenção do constituinte foi justamente trazer maior segurança e estabilidade a esta garantia fundamental, não há como o exegeta preferir a *interpretação literata sistematizada,* em detrimento do titular do direito subjacente.

A disposição do art. 118 da Lei 8213/91 é válida dentro da quadra da melhor interpretação *teleológica e sistematizada.* Disto decorre, então, que "dentre várias

---

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

[25] Veja-se que a ação *direta de inconstitucionalidade por omissão* configura instrumento do controle *abstrato* da constitucionalidade, voltado para a defesa integral da Lei Fundamental. Já o *mandado de injunção* constitui remédio constitucional voltado, primordialmente, para a defesa *concreta* de direito constitucionalmente definido e dependente de norma regulamentadora. Neste sentido Clèmerson Clève, op. citada, p. 247, apoiado em Luis Roberto Barroso.

[26] Veja-se que para Manoel Gonçalves Ferreira Filho o mandado de injunção está limitado aos chamados "direitos políticos" - capítulo IV do título II da CF/88. Já para Paulo Bonavides, José Joaquim Calmon de Passos e Celso Ribeiro Bastos, o aludido *writ* aplica-se a todos os capítulos do título II da carta-mãe. Finalmente, a nossa posição apoiada em Clèmerson Clève e Luis Roberto Barroso é no sentido de que o mandado de injunção estende-se a todos os direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais.

[27] A referida ADIn é a n. 639-8/600 - DF, Sessão Plenária, DJ, 22/5/92, decisão unânime em sede liminar. Relator Min. Moreira Alves. O TST manifestando a constitucionalidade do art. 118 da Lei 8213/91 editou a OJSDI-I n. 105.

[28] LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, p. 410 e 411.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 248 29/06/2018 15:35:53

interpretações possíveis, segundo os demais critérios, sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os *princípios* da Constituição. 'Conformidade à Constituição' é portanto, um critério de interpretação", nas sábias palavras de Karl Larenz[29].

E quais são os princípios da Constituição que se extraem desta interpretação sistematizada? Francisco Pedro Jucá responde:

> "...a interpretação e aplicação de todo o Direito do Trabalho Brasileiro, de fonte estatal ou não-estatal, está subordinado, necessariamente, aos princípios inseridos na Constituição, que se pode sintetizar como sendo a *valorização do trabalho e do trabalhador como* fator da dignidade inerente à condição humana".[30]

É, pois, da combinação de vários artigos da Constituição que se pode asseverar que a *valorização do trabalhador e do trabalho* são princípios constitucionais. São eles, além do já citado caput do art. 7º, os artigos 170 e 193:

> Art. 170 "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios."
>
> Art. 193 "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais."

7. Direitos sociais como *cláusulas pétreas*

Outro argumento que refuta a validade da proposta de prevalência do negociado sobre o legislado é o enquadramento dos direitos sociais e trabalhistas, como espécies do gênero direitos humanos e *cláusulas pétreas.*

Neste sentido estatui a Constituição Federal:

> "Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> IV - os *direitos e garantias individuais."*

Ora, ao se referir aos *direitos e garantias individuais,* o inciso IV do § 4º do art. 60 incluiu o Título II da CF, *direitos e garantias fundamentais,* na parte relativa aos direitos individuais. Assim, o capítulo I, do aludido Título II, trata dos *direitos e deveres individuais* e *coletivos* contemplados no art. 5º. Por certo, somente a parcela atinente aos direitos fundamentais *individuais* é que será considerada cláusula pétrea. O mesmo ocorre com o Capítulo II, do Título II, intitulado "dos *direitos sociais",* previstos nos artigos 6º a 11. Mencionado capítulo, na parte referente aos direitos sociais *individuais,* encaixa-se no inciso IV, § 4º do art. 60. Vale dizer: os direitos trabalhistas previstos no art. 7º constituem-se *direitos e garantias individuais,*

---

[29] LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 411.

[30] JUCÁ, Francisco Pedro. A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais. p. 111.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 249 29/06/2018 15:35:53

considerados, por corolário, cláusulas pétreas[31] e, portanto, não podem ser revogados nem mesmo por Emenda à Constituição da República.

Logo, se o feixe de direitos trabalhistas, consignado no art. 7º, sequer pode ser objeto de Emenda Constitucional, por maior razão é vedada a sua supressão mediante negociação coletiva, exceto nas hipóteses em que o próprio constituinte autorizou (art. 7º, VI, XIII e XIV) e, mesmo assim, desde que não conflitante com os demais valores supremos da ordem constitucional.

8. Limites à autonomia privada coletiva

De acordo com o que estatui expressamente o parágrafo 2º, do art. 114, da Constituição, na parte que se reporta ao dissídio coletivo, a Justiça do Trabalho poderá "estabelecer normas e condições, *respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho"*.

Daqui decorrem duas inferências. A primeira é que as sentenças normativas devem acatar as disposições convencionais. Logo, num plano hierárquico, os ACTs e CCTs estão acima das Sentenças Normativas. A segunda ilação é que o comando constitucional de respeito às disposições legais mínimas de proteção ao trabalho não é privativo da sentença normativa, mas se estende ao ACT e CCT. O fundamento é simples; se o dissídio coletivo é sempre um sucedâneo da tentativa frustrada de celebração de ACT ou CCT, a diretiva constitucional a eles também se estende.

Nesse sentido é a recente e acertada OJ-SDI-I n. 342 do TST:

> "É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71, da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva."[32]

Há que se considerar, ainda, a chamada autonomia privada coletiva exercida no Brasil através das entidades sindicais. A despeito da "liberdade sindical" proclamada pelo constituinte, o que se vê na prática é a esterilidade de tal premissa, haja vista a prevalência da unicidade sindical, um dos fatores que inibe os objetivos legalmente previstos, conforme bem retrata Bento Herculano Duarte:

> "Não obstante, há contradição profunda com o princípio libertário, persistindo no Brasil a chamada unicidade sindical, pela qual não se pode criar mais de um sindicato representativo de uma mesma categoria em dada base territorial. Tal preceito é incompatível com a liberdade sindical, razão pela qual, inclusive, entendemos que o Brasil ainda não ratificou a Convenção 87 da OIT.

---

[31] Neste sentido se manifestou Carlos Henrique Bezerra LEITE. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores.* São Paulo: LTr, 1997, pág. 126.

[32] Editada em 22/06/2004.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 250 29/06/2018 15:35:53

> Que espécie de liberdade é essa, pela qual o grupo de trabalhadores ou empregadores, insatisfeitos com sua entidade representativa, não podem fundar órgão alternativo!"[33].

Como *ultima ratio para* demonstrar a invalidade da prevalência da negociação *in pejus* ao trabalhador, cabe lembrar que a norma coletiva deverá ser consentânea com o art. 9º, da CLT, assim grafado:

> "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação."

Ora, qualquer convenção ou acordo coletivo que suprimir direitos mínimos previstos na CLT incorrerá em *fraus legis,* restando inquinado o respectivo ato.

Importante registrar que, recentemente, o TST veiculou em seu *site* notícia com a seguinte manchete: "TST rejeita *flexibilização danosa* prevista em acordo coletivo". A matéria alude ao processo RR 485/2001, de lavra do Ministro Barros Levenhagem. Do voto constou, acertadamente, que:

> "não obstante o inciso VI, do artigo 7º da Constituição tivesse ampliado o âmbito de atuação do sindicato nas negociações coletivas, essa amplitude não abrangia a inserção de cláusulas que consubstanciem autêntica renúncia a direitos reconhecidos em lei, porquanto não se está, no caso, diante de verdadeira negociação coletiva, mas de submissão aos interesses de uma das partes contratantes, com flagrante prejuízo à outra parte".

Diante de tais argumentos, há integral razão no alerta feito pelo jurista Arnaldo Süssekind de que a proposição de prevalência do negociado sobre o legislado, além de imprópria, afronta o direito que os trabalhadores têm em relação "à proteção do Estado, visando a Justiça Social"[34].

Conclusão

De acordo com a estrutura da atual Constituição Federal, a hierarquia normativa trabalhista assim se apresenta: 1º) Constituição; 2º) Leis em sentido amplo; 3º) Regulamentos de Lei; 4º) ACT e CGT; 5º) Sentença Normativa; 6º) Contrato individual de trabalho.

Logo, o *negociado* não pode sobrepor-se ao *legislado* senão para assegurar melhor condição social, *ex vi* do *caput* do art. 7º, da CF. A flexibilização *in pejus* da lei pode ocorrer somente nas três hipóteses expressamente autorizadas pelo constituinte (artigos 7º, VI, XIII e XIV) e mesmo assim desde que o instrumento normativo, quando visto globalmente, apresente alguma vantagem ao trabalhador,

---

[33] DUARTE, Bento Herculano. Princípios de direito do trabalho. *In:* Manual de direito do trabalho. Estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. SP: LTr, 1998, pág. 82.

[34] SUSSEKIND, Arnaldo. O projeto de lei que pretende flexibilizar a legislação trabalhista. Fonte: www.intemet-lex.com.br/doutrinas selecionadas.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 251 29/06/2018 15:35:53

sendo nula sua utilização para legitimar supressão de direitos trabalhistas. Tal preceito principiológico e tuitivo não pode ser alterado por lei infraconstitucional, nem mesmo por Emenda Constitucional.

A propósito dessa conclusão, invoque-se a lembrança de Karl Larenz acerca da existência de uma *ordem hierárquica de valores* constantes da Constituição, cujo desrespeito pode se caracterizar quando o resultado da interpretação não for compatível "com as normas de direitos fundamentais e com a *ordem de valores* nelas estabelecidas"[35]

A atual discussão, antes travada no Congresso e atualmente ecoada na doutrina e na jurisprudência, não tem o condão de alterar a ordem jurídica positiva, até porque não é possível que a simples modificação de um artigo infraconstitucional possa subverter a ordem axiológica constitucional, mormente a proteção ao trabalho e ao trabalhador (art. 7º, 170 e 193 da CF); as diretrizes do *caput* do art. 7º; e sua adequada (e necessária) exegese sistêmica.

35 LARENZ, Karl. Op. citada, p. 412.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 252 29/06/2018 15:35:53

O DIREITO E AS TRANSFORMAÇÕES DE NOSSO TEMPO (*)

Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior *

Alguns acontecimentos são comentados, hoje, em todo o mundo: (1) maremotos em parte da costa africana e asiática; (2) escalada militar americana; (3) União Européia. Os assuntos mais comentados em todo o mundo são os mesmos. Em verdade, as preocupações são as mesmas e incluem doenças, segurança e desemprego.

A globalização não é só das notícias, das preocupações, mas, também, relaciona-se a várias nuances culturais, econômicas, jurídico-políticas e sociais. Sem o caráter de enumeração taxativa, pode-se destacar: (1) globalização da economia; (2) avanço tecnológico e organizacional; (3) tendência de criação de estruturas de poder internacionais; (4) fragmentação de Estados; (5) aumento da longevidade; (6) desemprego; (7) universalização dos direitos humanos.

A escalada militar norte-americana não está a impedir a formulação de aproximação entre os povos, mesmo que tenha causado algum retardamento no processo. Como exemplo, a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, que reformou o texto constitucional brasileiro e incluiu norma que vincula o Brasil a Tribunal Internacional.

Com a derrocada do comunismo, há uma facilidade maior de aproximação entre os povos, uma tendência à globalização de estruturas de poder supranacionais. Destaca-se a União Européia, em que há uma soberania compartilhada. Apresentando-se, para o mundo, como um Estado Único, com legislação própria, parlamento, jurisdição e moeda única. Faz-se despicienda a discussão em torno de sua forma de Estado, se confederação, federação ou híbrida, como destacado em recente livro do constitucionalista Ricardo Fiúza - Direito Constitucional Comparado.

A globalização de estruturas estatais - processo iniciado desde 1919 e que muito ainda tem a evoluir - conduz à globalização ou universalização dos direitos humanos. Grande foi o processo que transcorreu entre a teorização inicial, passando-se, a seguir, pela Revolução Francesa - precedida pela americana, que, em princípio, não teve a mesma influência que a francesa -, e, depois, com algumas Constituições positivando os direitos humanos, até que, com o término da 2ª

(*) Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 38, n. 75, p. 45-48, jul./dez./2005.

* O autor é juiz do trabalho e mestrando em Direito da UNAMA. O texto, de janeiro de 2005, sem acréscimo de conteúdo, foi escrito, sem consulta, como resposta a uma das questões da prova para admissão no Curso de Mestrado em Direito da UNAMA. Foram feitas correções, sobretudo, de escrita. Não se formulou qualquer citação bibliográfica, nos termos das normas da ABNT, por se tratar de reprodução de parte do texto de uma prova. O seu conteúdo pertence, sobremaneira, aos autores citados e àqueles que, pela exigüidade de tempo, não foi possível mencionar, aos quais se pede escusas.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 253 29/06/2018 15:35:53

Grande Guerra, em 10/12/1948, a ONU proclamasse a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Este documento internacional influenciou o mundo e levou à positivação dos diretos humanos em mais um grande número de Constituições, sendo que hoje já se principia a proteção real, efetiva, dos direitos humanos.

Bobbio escreveu acerca da preocupação com a garantia dos direitos humanos, não bastando a sua declaração. Aliás, Ruy Barbosa já preconizava essa necessidade. Hoje, com a criação de estruturas internacionais de jurisdição, está se notando o principiar da verdadeira garantia dos direitos humanos. Assim, é que líderes que praticaram genocídio, como na Bósnia, estão sendo julgados. Claro, ainda se faz necessário evoluir e ter-se uma maior adesão a essas estruturas judiciais internacionais. Todavia, não se pode negar o evolver da globalização destas fórmulas. Como exemplos, têm-se decisões judiciais na Espanha e Inglaterra sobre Pinochet.

Com isso, o conceito de soberania é mitigado, o que demonstra uma transformação em destaque das fórmulas jurídico-politicas mundiais. A teorização de Bobbio acerca da evolução do Estado, quando verificado à luz dos direitos assegurados: (1) iniciando-se pelo período em que os indivíduos apenas tinham deveres; (2) passando ao período em que possuíam direitos privados contra o Estado; (3) e, depois, mais modernamente, quando o cidadão conquistou, ao lado dos direitos privados, os públicos subjetivos, estes exercíveis até mesmo contra o Estado - hoje, é acrescida pela conclusão de que o Estado principia em ter outras características, influenciado por fórmulas supranacionais, com a existência de direitos além das fronteiras de cada país, possíveis de exercício.

É certo que, ao mesmo tempo, vê-se a fragmentação de Estados, com o surgimento de novos, o que revela o respeito às diferenças, ao regional, e não vai inviabilizar o processo maior de unidade.

Com uma análise da História da Humanidade, também com base em Bobbio, tem-se que a sociedade selvagem evoluiu para a sociedade bárbara e, a seguir, para a civil. Hannah Arendt, ao analisar a Grécia Antiga, sobretudo Atenas, aponta a importância da ação, como diz Tércio Sampaio Ferraz Júnior, política, para a completude do homem. Em verdade, para a sua felicidade, a chamada felicidade pública.

Todavia, o homem grego adotava a escravidão, para que se livrasse das necessidades básicas, sendo que, para o grego, somente o que se livrava destas necessidades era considerado livre. A economia, que se dava no âmbito doméstico, não era entre os iguais, mas entre o senhor e os escravos. Já na Agora, livre do labor (praticado pelos escravos - *animal loborans),* o homem grego *(politikon zoom)* era livre. Havia, também, o trabalho, que era realizado pelo *homo faber,* como exemplo, a edição de leis.

Na sociedade civilizada, atual, a escravidão foi banida (embora pretenda ressurgir à margem do direito positivo), predominando a sociedade política com a representação popular, em que quase a totalidade dos homens não exerce função política.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 254 29/06/2018 15:35:53

Todavia, não se pode esquecer que a democracia também está se globalizando. Paulo Bonavides a classifica como direito humano de quarta geração, ao lado do direito à informação. Na sua classificação, sobre as gerações dos direitos humanos: 1ª) direitos de liberdade; 2ª) direitos sociais - como o trabalho; 3ª) direitos de fraternidade - ao meio ambiente, e. g.. E isto já se dá até no mundo Árabe, como exemplo, o Irã, embora seja citada, quanto a este país, a violação de direitos humanos, mas não o de participação política.

Quanto ao trabalho, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, com base em H. Arendt, parece teorizar uma involução, já que o homem, com a Revolução Industrial, passou a ser como o *homo faber* - que faz objeto de uso, e, hoje, com a tecnológica, configura-se como *animal laborans,* uma vez que tudo, na civilização da técnica, é feito para desaparecer. Apenas, como explicitação da idéia, Tércio assinala que o *animal laborans é* aquele que faz o que é consumido de imediato, como na *oikia* grega.

Com efeito, não se nega, como é comum afirmar-se nos livros de introdução ao Direito do Trabalho, que o trabalho evoluiu do escravo para o servil, do servil para as corporações, e das corporações para o trabalho assalariado. Resta saber qual vai ser o próximo passo dessa evolução.

Domenico De Masi ressalta que a revolução tecnológica, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial, está a fazer com que o trabalho - a necessidade dele - diminua gradativamente, sobretudo no que se refere ao trabalho do operário na indústria. O autor citado, em Economia do Ócio, faz cálculos para mostrar a diminuição do trabalho, apontando que um cidadão grego tinha 7 escravos e um homem, hoje, especialmente nos países desenvolvidos, dispõe do equivalente, em máquinas, a 33 escravos.

O trabalho está a diminuir e o homem tem que passar a pensar no tempo livre. Propõe De Masi o ócio criativo, em que, ao mesmo tempo, o homem trabalharia, jogaria e estudaria, superando-se o modelo tradicional, em que a vida estanquemente, era dividida em três épocas distintas: estudo; trabalho; e outra, que parece não definir qual (provavelmente, tomo a liberdade de definir, como aposentadoria sem trabalho).

Além da evolução da técnica, quanto às máquinas inteligentes, também a longevidade saudável, marca de muitos países do mundo, está a exigir que se reveja o modelo atual, dando-se ênfase ao tempo livre, já que o homem passa mais tempo sem trabalhar do que no trabalho.

De fato, a revolução pós-industrial (tecnológica), que se passa hoje - a qual sucedeu à industrial, que, por sua vez, sucedeu à agrícola (há 7.000 anos ocorrida) -, está a causar uma mudança sensível na produção, com a utilização de robôs e máquinas inteligentes em substituição da mão-de-obra humana, daí o desemprego que assola, globalizadamente, a humanidade.

Além da informática e da robótica, os métodos de organização do trabalho também estão trazendo mudanças consideráveis. Como bem assinala Georgenor de Sousa Franco Filho, fordismo e toyotismo parecem superados pelo gatismo (de

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 255 29/06/2018 15:35:53

Bill Gates), em que eficiência e celeridade fazem com que a produção frenética seja atingida, pelos métodos, por um menor número de trabalhadores. Todavia, Frei Sartori vê, em especial quanto à robótica, quanto aos artigos necessários para sua produção, uma possibilidade de empregos a serem criados.

De outra banda, Jean Boissonnat assegura que há trabalho e que as mudanças estão a exigir uma superação das formas atuais, sobretudo quanto à relação de emprego, para que haja uma adequação às necessidades de nosso tempo, propondo o contrato de atividade, com certa nótula de trabalho subordinado e autônomo ao mesmo tempo.

Domenico De Masi ressalta que a revolução pós-industrial tem a característica, já traçada desde a década de 50, de que mais trabalhadores, nos EUA, laboravam como colarinhos brancos do que como macacões azuis. Esta é uma tendência mundial. José Pastore assegura que existe cura para o trabalho, embora o emprego esteja perdendo espaço e até emperrando o evoluir social.

Muitos autores revelam que o trabalho atual exige que o empregado seja polivalente, o que levará a uma maior autonomia, tendo o "cliente como patrão", participando na produção e individualização dos produtos para adequá-los ao cliente, fazendo com que haja uma maior circulação de produtos. Participação nos lucros, na gestão, e maior autonomia para negociar levam o trabalhador a um *status* diferente, exigindo fórmulas jurídicas diferentes.

A flexibilização, como já ressaltava Orlando Teixeira da Costa, é um instrumento que auxilia nesta adequação, sendo certo que, no Brasil, restringiu-se a hipóteses taxativamente previstas na C.F., daí José Pastore sugerir uma ampla mudança do arcabouço trabalhista brasileiro.

A Emenda Constitucional nº 45, editada em dezembro passado, deu competência à Justiça do Trabalho para julgar as ações referentes às relações de trabalho, não só de emprego, o que parece refletir uma tendência para garantir mudanças maiores.

O trabalho a tempo parcial, os contratos por tempo determinado, a redução da jornada de trabalho (preconizada por Paul Lafargue no Séc. XIX e por Bertrand Russel na primeira parte do Séc. XX), parecem ser uma tendência mundial.

Por último, embora se tenha definido no início deste texto como a nuance número um da globalização, deve-se tratar da globalização da economia. A economia é mundial, é uma só. Não há quem negue isto, independentemente da fórmula política adotada pelo país. Prova disto é a ligação cada vez maior, sob o ponto de vista econômico, entre EUA e China, sendo certo que, aos poucos, a China se adequa às exigências da OMC.

Segundo Domenico De Masi, poder-se-iam destacar 10 (dez) globalizações. Roberto Campos, como menciona Georgenor de Sousa Franco Filho, fala em um número bem menor. Todavia, a globalização atual é bem mais integrativa. As multinacionais multiplicam suas indústrias por todos os lugares, indistintamente. O mercado financeiro é globalizado - quando um fecha, outro

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 256 29/06/2018 15:35:53

abre, de acordo com o fuso horário. A tecnologia na economia e as relações de trabalho através de métodos organizacionais comuns caracterizam as empresas. O capital privado estrangeiro financia a dívida pública de qualquer país, inclusive desenvolvidos.

Fatos econômicos que ocorrem num país, certamente, influenciarão em outros. Embora seja uma infelicidade, especula-se que os maremotos na África e Ásia vão trazer um grande número de turistas a mais para o Brasil. Trata-se, de fato, de uma aldeia global, sendo certo que as transformações de nosso tempo, seguramente, irão fazer com que Direito, Estado, economia e sociedade sejam repensados.

Todavia, trata-se de um processo, preferindo-se dar uma visão positiva, embora problemas existam. Lyra Filho falava que o progresso é como uma espiral, em relação ao qual podem haver avanços e recuos. E mencionava que quem o negar que volte para o carro de bois, ao modo de produção escravagista, à astronomia de Ptolomeu e à Medicina de Hipócrates.

A Bíblia Sagrada assegura que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus. Claro que o homem não é Deus e nunca irá sê-lo, mas foi dotado de razão, para participar da experiência da criação, dentro dos padrões éticos traçados. O Deus que clonou Eva de Adão, no intuito de fazer o homem ter uma adjuntora, deu inteligência à raça humana para, hoje, também clonar, certamente com uma finalidade altruística, ética, como lhe ensinou o Sumo Criador. Groppali asseverava sobre a teleologicidade do Estado, dando o elemento finalístico como o quarto elemento do Estado. Óbvio que esta finalidade é a causa da humanidade, o respeito, a ética, a alteridade, como ensina Hannah Arendt, o auto-significar-se através do outro. A tendência de globalização, pois, é necessária, em especial a nível macro, certamente para permitir o avanço da humanidade, respeitando-se as diferenças de cada um, criaturas de Deus, equacionadas como individualidades únicas.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 257 29/06/2018 15:35:53

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 258 29/06/2018 15:35:53

DIREITOS FUNDAMENTAIS: APLICABILIDADE IMEDIATA E VEDAÇÃO AO RETROCESSO (*)

Suzy Koury *

1 - INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 indubitavelmente representou um marco na redemocratização do Brasil, a ponto de ter constado em seu preâmbulo que o legislador constituinte objetivava "...instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...".

De fato, a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente relacionada com a realização dos direitos fundamentais, o que foi esclarecido pelo constituinte no preâmbulo da Carta de 88.

Demonstra também este propósito do constituinte o fato de ter previsto, no Título I, dentre os princípios fundamentais, os da cidadania e da dignidade da pessoa humana, sendo de destacar, conforme CELSO BASTOS, que "os princípios fundamentais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica". São aqueles "...valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e, finalmente, o que é mais importante, espraiar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídico."[1]

Na verdade, os princípios fundamentais constituem normas embasadoras e informadoras de todo o sistema constitucional, orientando sua interpretação e compreensão.

Logo em seguida, tratou o constituinte dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Título II, apresentando um extenso rol e, mais adiante, no inciso IV do § 4º do artigo 60, incluindo-os entre as cláusulas pétreas.

Partindo dessas considerações, buscaremos analisar a conceituação dos direitos fundamentais, tratando, posteriormente, de sua eficácia e aplicabilidade.

Analisaremos, então, os limites da revisão constitucional e a impossibilidade de normas revisoras importarem retrocesso em relação àqueles direitos que o constituinte de 1988 assegurou aos cidadãos.

(*) Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 39, n. 76, p. 49-60, jan./jun./2006.

* Desembargadora Federal do TRT da 8ª Região. Doutora em Direito pela UFMG. Professora-Pesquisadora da FACI - Belém.

[1] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 143-144.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 259 29/06/2018 15:35:53

Por fim, procuraremos perquirir decisões da Corte Constitucional pátria acerca das cláusulas pétreas, a fim de que possamos verificar o papel do Poder Judiciário na efetivação e manutenção destes direitos.

2 - DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITUAÇÃO

2.1 - Terminologia e conceito

Ensina INGO SARLET que não há consenso doutrinário quer acerca da terminologia, quer do significado e do conceito de direitos fundamentais.

No campo terminológico, cita, como expressões largamente utilizadas: direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais, variedade terminológica que é facilmente verificável na própria Carta de 1988[2].

Releva destacar, contudo, a diferença existente entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, nas palavras de SARLET, citando PÉREZ LUNO:

> ...o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo 'direitos humanos' se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.[3]

Percebe-se, assim, que os direitos humanos têm prisma internacional, sendo objeto de diversos tratados e convenções, enquanto que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as constituições em que foram reconhecidos e assegurados, de tal sorte que a expressão "direitos fundamentais humanos" alia as duas conceituações, sendo de destacar, neste ponto, que, pela Emenda Constitucional nº 45/04, passou a constar do § 3º do artigo 5º da CF/88 que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados pelo Congresso, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Como já referido, também não há uniformidade em relação ao conceito dos direitos fundamentais.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, por exemplo, prefere a terminologia "direitos fundamentais do homem", pois "além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas

---

[2] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 29.

[3] *Id. Ibid.,* p. 32.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 260 29/06/2018 15:35:53

prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias defuma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas."[4]

Por sua vez, ANDRÉ VALE os conceitua em uma dupla dimensão:

> no plano subjetivo, são direitos voltados para o indivíduo, na proteção e garantia das liberdades em face do Estado; por outro lado, são direitos objetivos, concebendo-se como valores ou fins de uma dada sociedade, não estando direcionados a um titular, mas perfazendo-se em pautas principiológicas de respeito pelo Estado e pela sociedade.[5]

Da análise terminológica e conceitual deflui-se a importância dos direitos fundamentais, a ponto de SARLET afirmar serem eles "*conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático"[6], constituindo não só instrumentos de defesa da liberdade individual, como também fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

2.2 - Classificação

São duas as principais teorias existentes acerca da classificação dos direitos humanos, a saber, a historicista e a da indivisibilidade.[7]

Consoante a **corrente historicista,** que tem como precursor NORBERTO BOBBIO, os direitos humanos se revelam de acordo com cada época e, por isso, são classificados em termos de gerações sucessivas. Teriam, assim, caráter heterogêneo, histórico e relativo. A sociedade é que diria quais são os direitos humanos. Eles nasceriam na sociedade, nela se desenvolveriam, sofreriam mutações e a ela se dirigiriam.

Os de primeira geração seriam individuais e negativos, dada a obrigação de abstenção do Estado na esfera individual de liberdade. Já os de segunda geração seriam da sociedade e positivos, na medida em que exigiriam uma atuação positiva do Estado. Os de terceira geração, por sua vez, estariam associados ao princípio da solidariedade, sendo seu titular o ser humano difuso, como, por exemplo, o direito à paz, ao meio ambiente saudável e ao desenvolvimento sustentável. Fala-se, ainda, nos direitos de quarta geração, resultado da globalização dos direitos fundamentais dentre os quais estariam os direitos à democracia direta e à informação, ainda não reconhecidos doutrinariamente, mas cuja existência é defendida entre nós por PAULO BONAVIDES.[8]

---

[4] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 159.

[5] VALE, André Rufino do. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.* Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2004, p. 211.

[6] *Op. cit.*, p. 60.

[7] Para uma análise aprofundada da matéria, *cf.* SARLET, *id. ibid.,* pp. 36-58.

[8] Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1997 pp. 524-6.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 261 29/06/2018 15:35:53

Já para a **corrente da indivisibilidade,** que é considerada mais moderna e que tem como principal defensor CANÇADO TRINDADE, os direitos humanos são inerentes ao homem em sua universalidade. Critica o doutrinador mineiro a classificação proposta por BOBBIO por entender que não se falar em sucessão de direitos em gerações, só podendo haver complementariedade entre eles e não antinomia.

Segundo ele, os direitos se sucedem e não se substituem, de tal sorte que a divisão cede espaço ao princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais, que encontram na pessoa humana o seu ponto de convergência. Propugna que os direitos humanos são indivisíveis porque decorrem de um único fundamento, qual seja, a idéia de vida e de tudo que a ela esteja agregado.

Percebe-se, assim, que a corrente da indivisibilidade preconiza que o surgimento de novos direitos humanos não pode implicar redução dos direitos pré-existentes, cabendo, apenas, fazer-se adaptações, nunca restrições, de tal sorte que dialoguem de forma complementar, posição esta que nos parece mais apropriada e que informará este estudo.

3 - EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS GARANTIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 - Classificação das normas constitucionais

Embora seja assente que as normas constitucionais têm como uma de suas características a imperatividade, ou seja, impõem ao jurisdicionado o dever de observância imediata, algumas delas não produzem de imediato a totalidade dos seus efeitos.

Os juristas passaram, então, a preocupar-se com a classificação das normas constitucionais, sendo que, dentre nós, destaca-se o trabalho de JOSÉ AFONSO DA SILVA[9], que as enumerou da seguinte forma:

a) normas de eficácia plena: aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais, razão pela qual se diz que são de eficácia direta, imediata e integral;

b) normas de eficácia contida: aquelas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade;

c) normas de eficácia limitada ou reduzida: aquelas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, não tendo normatividade suficiente para sua aplicação, tendo o constituinte deixado ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas tratadas.

Subdivide ele as normas de eficácia limitada em dois grupos, a saber: 1º) normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo, que têm

[9] *Apud* BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais. Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição* de 1988. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 159-161.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 262 29/06/2018 15:35:54

conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações e 2º) normas constitucionais definidoras de princípio programático[10], pelas quais o constituinte limita-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas contidas.

Esse breve resumo acerca da classificação doutrinária das normas constitucionais tem por objetivo subsidiar a conclusão acerca da aplicabilidade das normas que tratam de direitos fundamentais, o que passamos a enfrentar.

3.2 - A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

Cumpre, neste ponto, estudar de modo específico a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, trazendo à colação, de início, o § 1º do artigo 5º da CF/88, *in verbis:*

> Art. 5º *(omissis)*
>
> §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O primeiro ponto a ser destacado é que a doutrina é unânime em ressaltar que, embora a regra esteja se referindo ao *caput* do artigo 5º da CF/88, o qual só trata dos direitos sociais, é aplicável a todos os demais direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, quais sejam, os coletivos, os sociais, os políticos e os de nacionalidade.

No que tange à sua interpretação, contudo, há duas correntes principais[11]: 1ª) a dos que sustentam que grande parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, citando-se, dentre os que assim entendem, FERREIRA FILHO e 2ª) aqueles que entendem que até mesmo normas de cunho claramente programático podem ensejar o gozo do direito subjetivo individual, dada sua aplicabilidade imediata.

Parece-nos mais apropriado o posicionamento de SARLET, segundo o qual a norma contida no § 1º do artigo 5º da CF/88 impõe a todos os poderes públicos o dever de "maximizar a eficácia dos direitos fundamentais", o que também é defendido por FLÁVIA PIOVESAN.[12]

De igual modo se posiciona EROS ROBERTO GRAU ao interpretar o referido dispositivo constitucional. Vejamos:

> Isso significa que tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve

---

[10] Cabe lembrar que doutrinadores há, como CANOTILHO, que entendem inexistentes normas programáticas, no sentido de meras proclamações de cunho político e destituídas de juridicidade, admitindo, todavia, que há normas constitucionais que estabelecem fins e tarefas a serem implementados pelo Estado, que chama de normas-programas.

[11] Cf. SARLET, *op. cit,* pp. 230-248.

[12] *Apud* BONTEMPO, *op. cit.*, p. 183.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 263 29/06/2018 15:35:54

> prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas.
>
> Por essa razão é que tais normas já não têm mais caráter meramente programático, assumindo a configuração de preceitos auto-executáveis, aos quais o aplicador último do Direito - o Poder Judiciário - deve conferir *efetividade jurídica ou formal.*[13] (itálico no original)

Todavia, não é só o Executivo que vem se omitindo do dever de aplicar as leis e de implementar políticas públicas que tornem efetivos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como também o Legislativo, que deixa de elaborá-las e até o Judiciário, que não vem se posicionando de modo firme quanto à efetividade dos direitos fundamentais.

Cite-se, por exemplo, a jurisprudência do C. STF quanto aos mandados de injunção, em cujas decisões sequer fixa data para o Congresso suprir a omissão, como se deflui do MI nº 584, relatado pelo Rel. Min. MOREIRA ALVES, *in verbis:*

> Esta Corte, ao julgar a ADIN nº 4, entendeu, por maioria de votos, que o disposto no § 3º do artigo 192 da Constituição Federal não era auto-aplicável, razão por que necessita de regulamentação. Passados mais de doze anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre. Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão, deixando-se de fixar prazo para o suprimento dessa omissão constitucional em face da orientação firmada por esta Corte.[14]

O entendimento da Corte, referido no final do voto, consiste na impossibilidade cominar conseqüências à continuidade da omissão após o termo final do prazo fixado.

Cite-se, ainda, o MI nº 168, em que funcionou como Relator o Exmo. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, assim ementado:

> O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.[15]

---

[13] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e Crítica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 297-298.

[14] *In* DJU 22.02.02.

[15] *In* DJU 20.04.90.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 264 29/06/2018 15:35:54

Por essas e outras atitudes, passados cerca de 17 (dezessete) anos da entrada em vigor da Carta de 1988, verifica-se direitos fundamentais jamais efetivados e outros, diariamente violados.

A maior parte da doutrina pátria divergiu deste posicionamento inicial do C. STF, entendendo que competiria ao Judiciário "...suprir a omissão normativa, formulando para o caso concreto, e com efeito *inter partes,* a regra integrativa do comando constitucional."[16]

Cabe referir que, posteriormente, houve evolução na jurisprudência do STF, relatando LUÍS ROBERTO BARROSO o Mandado de Injunção nº 238-5, impetrado sob o fundamento de que a falta de lei reguladora do artigo 8º, § 3º, do ADCT da CF/88, obstava o exercício de um direito subjetivo constitucional. No acórdão, relatado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, constou, *verbis:*

> Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.[17]

Todavia, não há uma posição firme da Suprema Corte nesse sentido, havendo decisões posteriores em que simplesmente se comunicou a mora ao Poder Legislativo.

No que diz respeito aos direitos fundamentais, há clara fragilização do Estado Democrático de Direito, denominada por LÊNIO STRECK, de "Crise do Direito e do Estado", que nos leva a indagar sobre a função do Poder Judiciário para a sua efetivação, o que já demonstra que "... se está a admitir que, primeiro, *há uma inefetividade da Constituição,* e, segundo, em havendo inércia dos Poderes Públicos da realização/implementação de políticas públicas aptas à efetivação dos direitos sociais fundamentais assegurados pela Lei Maior, é possível (e necessária) a intervenção da justiça constitucional."[18]

Aliás, cabe destacar importante decisão do Ministro CELSO DE MELLO, na ADPF nº 45, *in verbis:*

> 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

---

[16] *In* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 263.

[17] *In* DJU 14.11.91, p. 16355-6.

[18] STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil, *in:* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (org.). *A Constitucionalização do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 03-41, p. 06.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 265 29/06/2018 15:35:54

> 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.[19]

Entendo ser esse o caminho que se deva trilhar a fim de, superando a crise, tornarem-se efetivos os direitos fundamentais do homem em nosso ordenamento jurídico.

4 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS: VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Embora aspire à permanência, toda constituição traz em seu bojo regras sobre sua própria reforma, o que se verifica também na Carta de 1988.

De fato, no artigo 60, o legislador constituinte estabeleceu os procedimentos a serem observados em casos de emendas, criando limitações pela necessidade de manutenção da identidade da Constituição, bem como para que não se elabore uma nova Carta a pretexto de reformar a anterior.

Essas limitações podem ser divididas em formais, correspondendo àquelas previstas nos incisos I, II, III e § 2º do referido dispositivo e materiais, que objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos constitucionais tidos por essenciais, encontrando-se albergadas nos parágrafos 1º e 4º do artigo 60, sendo estas as que nos interessam para o estudo dos limites materiais de revisão.

O § 1º do artigo 60 estabelece a impossibilidade de revisão constitucional quando vigente o estado de defesa ou o estado de sítio.

Já o § 4º consagra as chamadas "cláusulas pétreas", vedando emendas tendentes a abolir: I - a forma federativa do Estado; II - o voto direito, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes e IV - os direitos e garantias individuais.

Percebe-se, portanto, que, no que diz respeito aos direitos fundamentais, os limites à revisão constitucional apresentam uma peculiaridade, resultante de sua elevação à condição de "cláusulas pétreas", deixando antever, consoante SARLET, duas diretrizes, a saber:

> a) não apenas as alterações da Constituição que objetivam a supressão dos princípios guindados à condição de 'cláusula pétrea', mas também as que revelam uma tendência à sua supressão se encontram vedadas;

[19] *In* DJU de 04.05.04.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 266 29/06/2018 15:35:54

> b) os projetos de emendas que atentam contra estes mandamentos sequer poderão ser apreciados e votados pelo Congresso, de tal sorte que mesmo antes de sua promulgação se viabiliza o controle jurisdicional de sua constitucionalidade.[20]

Em relação ao inciso IV, que protege os direitos e garantias individuais, há 2 (duas) grandes questões doutrinárias, a saber:

1ª) abrangeria ele apenas os direitos individuais ou alcançaria os demais direitos fundamentais (coletivos, políticos e sociais)?

Neste ponto, entendemos, como SARLET, que se deve proceder interpretação sistemática, pois "... todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva."[21]

Reforça esse posicionamento o fato de o legislador constituinte ter se utilizado de terminologias diversas para se referir aos direitos fundamentais, bem como a conclusão, a que anteriormente se chegou, de que os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos não se limitam aos previstos no Título II, referendada pela introdução do § 3º ao artigo 5º, processada pela Emenda Constitucional nº 45/04, de que os tratados internacionais sobre direitos humanos regularmente aprovados são equivalentes a emendas constitucionais.

2ª) o segundo questionamento diz respeito ao alcance da proteção: objetivaria o constituinte tornar os direitos fundamentais imunes contra qualquer tipo de restrição, o que implicaria sua virtual intangibilidade?

Também aqui me parece que se deve ter em mente a proteção do núcleo essencial do direito, o qual só pode ser aferido no caso concreto, sempre se tendo em mente a vedação ao retrocesso, de tal sorte que, como ensina CANOTILHO, nas palavras de SARLET:

> Em se levando em conta que o postulado da proibição de retrocesso social, por não ter caráter de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na lógica do tudo ou nada, aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, por evidente, sua supressão pura e simples. Por outro lado, não se poderá desconsiderar que estas restrições não poderão, em hipótese alguma, ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais legislativamente concretizados, além da necessidade de se situarem sempre dentro dos limites fixados pelo princípio da proporcionalidade.[22]

Todavia, o C. STF tem relativizado essa garantia, na medida em que vem considerando constitucionais emendas que desconsideram cláusulas pétreas e atingem o núcleo essencial do direito.

---

[20] *Op. cit.,* p. 356.
[21] *Id. ibid.,* p. 362.
[22] *Id. ibid.,* p. 372.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 267 29/06/2018 15:35:54

Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso da cobrança de contribuições previdenciárias de servidores públicos que, quando da aposentação, não se sujeitavam a este tipo de desconto.

Além de ferir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, a Emenda Constitucional nº 41/2003, que acrescentou o § 18 ao artigo 37 da Carta de 1988, violou, conseqüentemente, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado constitucionalmente, porque a exigência de contribuição previdenciária no caso, ao contrário de servir para o custeio das aposentadorias, tem por escopo, como conhecido pelo próprio Colendo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADIn nº 2010/DF "cobrir déficit passado", confundindo-se com um "empréstimo compulsório", om efeito nitidamente confiscatório, em ofensa ao previsto no inciso IV do artigo 150 a CF.

Note-se, por importante, que, de conformidade com o disposto no § 6º do artigo 40 da CF, devem ser observadas as regras vigentes no momento em que foram implementadas as condições para a aposentadoria, segundo as quais os proventos deveriam ser custeados com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores antes de terem passado à inatividade.

Com efeito, os proventos dos servidores públicos devem obediência à legislação em vigor na época da concessão de sua aposentadoria, portanto, à Lei 8.112/90, cujo § 1º do artigo 185 estabelece que "as aposentadorias e pensões serão concedidas e mantidas pelos órgãos ou entidades aos quais se encontram vinculados os servidores, observado o disposto nos arts. 189 e 224".

Desse modo, ainda que eventualmente fosse afastada a inconstitucionalidade das próprias disposições legais invocadas, inconstitucional seria a determinação de descontos previdenciários sobre os proventos de aposentadoria do inativo, por força da norma constitucional que protege o direito adquirido.

E essa, aliás, é a única ilação possível, diante da intangibilidade das cláusulas pétreas garantidoras dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo certo que a determinação de descontos dos servidores públicos aposentados ofende também o princípio da isonomia, na medida em que, de conformidade com o disposto no artigo 195, inciso II, da CF, não devem incidir descontos previdenciários sobre os proventos de aposentadoria decorrentes do regime geral da previdência social, de forma que, atribuir-se essa obrigação aos servidores públicos aposentados representaria tratamento diferenciado, não permitido pelo ordenamento constitucional.

Contudo, o C. STF afastou a inconstitucionalidade nesse caso, relativizando a noção de direito adquirido, o que se nos afigura grave, na medida em que, como já consagrado pelo antigo dito popular, "por onde passa um boi, passa uma boiada."

5 - CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo, mais uma vez se coloca em questão o papel do Poder Judiciário que, apesar de não poder solucionar todas os problemas acima referidos,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 268 29/06/2018 15:35:54

pode e deve, nos casos concretos, tomar decisões que visem a garantir os direitos fundamentais, cumprindo seu papel constitucional.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1977.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais. Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988.* Curitiba: Juruá, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e Crítica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil, *in*: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (org.). *A Constitucionalização do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 269 29/06/2018 15:35:54

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 270 29/06/2018 15:35:54

O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL *

Carlos Henrique Bezerra Leite **

Sumário: Introdução. 1. O Acesso à Justiça no Estado Liberal. 2. O Acesso à Justiça no Estado Social. 3. A Crise do Estado Social. 4. O Acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito. 5. Pela Formação de uma Nova Mentalidade. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Um sistema judiciário eficiente e eficaz deve propiciar a toda pessoa um serviço público essencial: o acesso à justiça. É preciso reconhecer, nesse passo, que a temática do acesso à justiça está intimamente vinculada ao modelo político do Estado.

Há, pois, estreita relação entre o Estado, a sociedade, o processo e os direitos humanos.

Procuraremos, assim, sem a pretensão de esgotar a temática, apresentar algumas respostas às seguintes indagações: quais os valores mais importantes segundo a ideologia de Estado? Como o Estado-Juiz pode contribuir na promoção da liberdade, igualdade e dignidade das pessoas? Como proteger o meio ambiente (incluído o do trabalho), o consumidor e os grupos vulneráveis (mulheres, negros, homo-afetivos, crianças, idosos, trabalhador escravo, os sem-terra, os indígenas)?

1. O ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO LIBERAL

O *Estado Liberal*, que emerge das Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII, caracteriza-se pela sua subordinação total ao direito positivo editado pela burguesia, pois sua atuação deveria estar em conformidade aos exatos limites prescritos na lei.

O direito posto pela classe dominante, portanto, constitui um limitador da ação estatal, ao mesmo tempo em que se apresenta como um conjunto de

---

* Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 41, n. 80, p. 91-100, jan./jun./2008.

** Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES. Ex-Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho/ES. Professor Adjunto do Departamento de Direito (UFES). Professor de Direitos Metaindividuais do Mestrado (FDV). Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Medalha do Mérito Judiciário do Trabalho (Comendador). Ex-coordenador Estadual da Escola Superior do MPU/ES. Autor de dezenas de Livros e Artigos Jurídicos.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 271 29/06/2018 15:35:54

garantias individuais oponíveis ao próprio Estado, cuja função seria apenas a de proteger/garantir a liberdade e a propriedade (como direito natural e absoluto) sob uma perspectiva individualista e nutrida pelo dogma da **igualdade formal perante a lei**, o que implica a supremacia do Legislativo perante o Executivo e o Judiciário.

No *Estado Liberal*, que só reconhece os chamados direitos humanos de primeira dimensão (direitos civis e políticos), o processo é caracterizado pelo tecnicismo, legalismo, positivismo jurídico acrítico, formalismo e "neutralismo" do Poder Judiciário. A ação, no Estado Liberal, nada mais é do que a derivação do direito de propriedade em juízo. Daí a supremacia, quase que absoluta, do princípio dispositivo.

Outra característica do processo no *Estado Liberal* é o conceitualismo, onde todos são tratados em juízo como sujeitos de direito (*Tício X Caio*), independentemente de suas diferentes condições sociais, econômicas, políticas e morais. De tal arte, crianças e adultos, ricos e pobres, empresários e trabalhadores são conceitualmente tratados como iguais. No Brasil, desde o descobrimento até meados do século XX foram destinatários do direito civil e processo civil os ricos e os brancos; para os negros e pobres, direito penal e processo penal. Em conseqüência, o *Estado Liberal* assegurava apenas o acesso à justiça civil aos ricos e brancos; aos pobre e negros, acesso apenas à justiça penal.

Como bem registra *Doglas César Lucas*,

> A jurisdição estatal foi afastada da política e conduzida a um isolamento das questões sociais importantes. Foi tomada como reprodutora da racionalidade legislativa, constituindo uma operacionalidade dogmática alienante, incapaz de pensar o conteúdo do direito, tornando-se fiel promotora da ordem jurídica e econômica liberal.[1]

Esse quadro de injustiças e desigualdades sociais propiciou o acúmulo de riqueza para uns poucos e bolsões de pobreza e miséria para muitos. Com o passar dos anos, o modelo político liberal perdeu a capacidade de organizar uma sociedade marcada pelas diferenças sociais decorrentes da Revolução Industrial.

2. O ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO SOCIAL

Surge, então, o chamado *Estado Social*, que é compelido a adotar políticas públicas destinadas à melhoria das condições de vida dos mais pobres, especialmente da classe trabalhadora, como forma de compensar as desigualdades originadas pelos novos modos de produção.

São características do *Estado Social*, o constitucionalismo social (México, 1917, e Alemanha, 1919), a função social da propriedade, a participação política dos trabalhadores na elaboração da ordem jurídica, o intervencionismo (dirigismo)

[1] LUCAS, Doglas Cesar. A crise functional do estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 178.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 272 29/06/2018 15:35:54

estatal na economia mediante prestações positivas (*status positivus*) por meio de leis que criam direitos sociais. O Estado social, pois, visa ao estabelecimento da **igualdade substancial** (real) entre as pessoas, por meio de **positivação de direitos sociais mínimos** (piso vital mínimo ou mínimo existencial).

No *Estado Social*, o Poder mais fortalecido deixa de ser o Legislativo e passa a ser o Executivo, ao qual é reconhecida a competência para editar políticas públicas de intervenção na economia que dependem da legitimação do direito, a fim de que este passe a ser "instrumento de intervenção e assistencialismo, resultando na politização do jurídico e sua dependência, além da política, das relações econômicas e culturais."[2]

O processo, no *Estado Social*, sofre algumas transformações importantes, pois o seu objeto passa a ser a jurisdição, e não apenas a ação, havendo, assim, relativização do princípio dispositivo, com vistas a permitir o acesso do economicamente fraco à Justiça (isenção de custas, escritórios de vizinhança, etc.).

No Brasil, a criação da Justiça do Trabalho (1939), a assistência judiciária (Lei 1060/50) aos pobres, o *ius postulandi* e a coletivização do processo trabalhista (Dissídio coletivo e ação de cumprimento) caracterizam o processo brasileiro no *Estado Social*.

Leciona *Celso Fernando Campilongo* que

> o desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais, era e continua sendo conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes dessa 'seletividade inclusiva'. Altera-se significativamente a relação entre os Poderes do Estado, e a independência política do Poder Judiciário torna-se um grande dilema. O Judiciário é constitucionalmente obrigado a intervir em espaços tradicionalmente reservados ao Executivo para garantir direitos sociais e a se manifestar sobre um novo campo de litigiosidade, marcadamente coletivo e de orientação fortemente política.[3]

Lamentavelmente, o Estado Social brasileiro recebeu forte influência do positivismo jurídico, o que impediu a politização da justiça e a judicialização da política.

No campo do ensino jurídico, por exemplo, a ênfase continuou sendo direito civil e processo civil, inexistindo, inclusive, em diversas faculdades de direito a disciplinas direitos humanos e direito processual do trabalho.

3. A CRISE DO ESTADO SOCIAL

A partir dos dois choques do petróleo na década de 70, o *Estado Social* (ou *Welfare State*) entra em crise, colocando em xeque a lógica do dirigismo estatal. A expansão desordenada do Estado, a explosão demográfica e o envelhecimento

[2] Ibidem, p. 181.

[3] CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. In: Revista USP. Dossiê do Judiciário, n. 21, São Paulo: USP, mar./abr., 1994.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 273 29/06/2018 15:35:54

populacional decorrentes dos avanços na medicina e no saneamento básico geraram perigosa crise de financiamento na saúde e na previdência, que são os dois pilares fundamentais do Estado Social.

A par disso, com a globalização econômica, o Estado vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influenciam sua economia. Nota-se claramente a perda da capacidade estatal de formular e implementar políticas públicas, comprometendo o seu poder de garantir os direitos sociais.

Com a queda do modelo socialista da União Soviética, o capitalismo abandona as concessões que fez aos mais fracos e surge uma **Nova Direita** que ganha força com os governos de *Margareth Tatcher*, na Inglaterra, e de *Ronald Reagan*, nos Estados Unidos da América.[4] Surge o G-7 e o neoliberalismo, cuja ideologia, estabelecida no *Consenso de Washington*, consiste em diminuição do tamanho do Estado, abertura dos mercados internos, rígida disciplina fiscal, reforma tributária, redução drástica dos gastos públicos na área social, desconstrução dos direitos fundamentais sociais por meio de desregulamentação do mercado, flexibilização e terceirização das relações de trabalho.

Adverte *Noam Chomsky* que

> os grandes arquitetos do Consenso (neoliberal) de Washington são os senhores da economia privada, em geral empresas gigantescas que controlam a maior parte da economia internacional e têm meios de ditar a formulação de políticas e a estruturação do pensamento e da opinião.[5]

Enfim, o neoliberalismo enfraquece o Estado, gerando alarmante e progressiva exclusão social. Segundo dados das ONU, em 1994, os 20% mais ricos da população mundial detinham patrimônio 60 vezes superiores aos dos 20% mais pobres. Em 1997, esse número aumentou para 74 vezes.[6] Será isso mera fatalidade decorrente do mercado?

Na verdade, lembra *Daniel Sarmento*, no contexto do neoliberalismo globalizado, a exclusão

> é ainda mais cruel que no Estado Liberal, pois naquele as forças produtivas necessitavam da mão-de-obra para produção da mais-valia. Hoje, com os avanços da automação, o trabalhador desqualificado não tem mais nenhuma utilidade para o capital, e torna-se simplesmente descartável.[7]

Além da exclusão social, fome e miséria, há a preocupação com a sobrevivência da família humana.

---

[4] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 27.

[5] CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem social*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 22.

[6] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 29.

[7] SARMENTO, Daniel, op. cit., mesma página.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 274 29/06/2018 15:35:54

Nessa quadra, indaga-se: como promover a liberdade, a igualdade e dignidade das pessoas? Em outros termos: como proteger o meio ambiente (incluído o do trabalho), o consumidor e os grupos vulneráveis (mulheres, negros, homo-afetivos, crianças, idosos, trabalhador escravo, os sem-terra, os indígenas)?

4. O ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Surge, então o *Estado Democrático de Direito*, também chamado de *Estado Constitucional*, *Estado Pós-Social* ou *Estado da Pós-Modernidade*, cujos fundamentos se assentam não apenas na proteção e efetivação dos direitos humanos de **primeira** (direitos civis e políticos) e **segunda** (direitos sociais, econômicos e culturais) **dimensões**, mas também dos **direitos de terceira dimensão** (direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Podemos dizer, portanto, que o Estado Democrático de Direito tem por objetivos fundamentais a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, a correção das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem-estar e justiça sociais para todas as pessoas, o desenvolvimento sócio-ambiental, a paz e a democracia.

O problema não é apenas justificar os direitos sociais como direitos humanos, mas sim garanti-los.[8] Daí a importância do Poder Judiciário (e do processo) na promoção da defesa dos direitos fundamentais e da inclusão social, especialmente por meio do controle de políticas públicas.

Afinal, o nosso tempo é marcado por uma sociedade de massa, profundamente desigual e contraditória. Logo, as lesões aos direitos humanos, notadamente os sociais, alcançam dezenas, centenas, milhares ou milhões de cidadãos. São lesões de massa (macrolesões) que exigem um novo comportamento dos atores jurídicos em geral e do juiz em particular para tornarem efetivos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cujos conceitos são extraídos do CDC (art. 81 par. único), verdadeiro código de acesso à justiça da pós-modernidade.[9]

A jurisdição passa a ser a gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça (CF art. 5º, XXXV). Logo, o Judiciário torna-se o poder mais importante na "era dos direitos". A luta não é mais criação de leis, e sim manutenção dos direitos. Na verdade, a luta é por democracia e direitos.

O Processo, no Estado Democrático de Direito, passa a ser compreendido a partir dos princípios constitucionais de acesso à justiça insculpidos no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, especialmente: o da indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), o do devido processo legal (idem, incisos LIV e LV), ampla

[8] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992, passim.

[9] CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo código civil*. São Paulo: LTr, 2003, passim.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 275 29/06/2018 15:35:54

defesa (autor e réu) e contraditório, duração razoável do processo (idem, inciso LXXVIII).

Trata-se do fenômeno conhecido como **constitucionalização do processo**, o qual, como lembra *Cassio Scarpinella Bueno*,

> convida o estudioso do direito processual civil a lidar com métodos hermenêuticos diversos - a filtragem constitucional de que tanto falam alguns constitucionalistas -, tomando consciência de que a interpretação do direito é *valorativa* e que o processo, como método de atuação do Estado, não tem como deixar de ser, em igual medida, valorativo, até como forma de realizar adequadamente aqueles *valores*: no e pelo processo. A dificuldade reside em identificar adequadamente estes *valores* e estabelecer parâmetros os mais objetivos possíveis para que a interpretação e aplicação do direito não se tornem aleatórias, arbitrárias ou subjetivas. A neutralidade científica de outrora não pode, a qualquer título, se aceita nos dias atuais.[10]

A **constitucionalização do processo**, que tem por escopo a **efetividade do acesso**, tanto individual quanto coletivo, ao Poder Judiciário brasileiro, caracteriza-se:

a) pela inversão dos papéis da lei e da CF, pois a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais;

b) pelo novo conceito de princípios jurídicos, que passam a ser normas de introdução ao ordenamento jurídico, e não mais meras fontes subsidiárias como previa a Lei de Introdução ao Código Civil;

c) pelos novos métodos de prestação da tutela jurisdicional, que impõem ao juiz o dever de interpretar a lei conforme a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental;

d) pela coletivização do processo por meio de instrumentos judiciais para proteção do meio ambiente, patrimônio público e social e outros interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores, aposentados, mulheres, negros, pobres, crianças, adolescentes, consumidores etc.), como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, o mandado de injunção coletivo;

e) pela ampliação da legitimação *ad causam* para promoção das ações coletivas reconhecida ao Ministério Público, aos corpos intermediários (associações civis, sindicais etc.) e ao próprio Estado (e suas descentralizações administrativas);

f) pela ampliação dos efeitos da coisa julgada (*erga omnes* ou *ultra pars*) e sua relativização *secundum eventum litis* (segundo o resultado da demanda) para não prejudicar os direitos individuais;

---

[10] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*; vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 276 29/06/2018 15:35:54

g) pelo ativismo judicial (CF, art. 5º, XXXV; CDC 84; LACP 12; CPC 273 e 461);

h) pela supremacia das tutelas alusivas à dignidade humana e aos direitos da personalidade sobre os direitos de propriedade, o que permite, inclusive, tutelas inibitórias e específicas, além de tutelas ressarcitórias nos casos de danos morais individuais e coletivos;

i) pela possibilidade de controle judicial de políticas públicas, conforme previsto no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais-PIDESC, ratificado pelo Brasil em 1992, etc.

Em suma, o processo pode ser definido como o "direito constitucional aplicado", e o acesso à justiça passa a ser, a um só tempo, em nosso ordenamento jurídico direito humano e direito fundamental.

É **direito humano**, porque previsto em tratados internacionais de direitos humanos e tem por objeto a dignidade, a liberdade, a igualdade e a solidariedade entre as pessoas humanas, independentemente de origem, raça, cor, sexo, crença, religião, orientação sexual, idade ou estado civil.

Com efeito, o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, dispõe textualmente:

> "Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela Lei".

O acesso à justiça é também **direito fundamental** em nosso País, porquanto catalogado no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos constantes do Título II da Constituição da República de 1988, cujo art. 5º, inciso XXXV, prescreve:

> "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

5. PELA FORMAÇÃO DE UMA NOVA MENTALIDADE

É preciso que as inteligências tenham como norte a efetivação do acesso - individual e metaindividual - dos fracos e vulneráveis, como consumidores, trabalhadores, crianças, adolescentes, idosos, os excluídos em geral, não apenas ao aparelho judiciário e à democratização das suas decisões, mas, sobretudo, a uma ordem jurídica justa.

Para tanto, é condição necessária a formação de uma nova mentalidade, que culmine com uma autêntica transformação cultural não apenas dos juristas, juízes e membros do Ministério Público e demais operadores jurídicos, mas, também dos governantes, dos empresários, dos ambientalistas e sindicalistas.

A efetivação do acesso coletivo à justiça exige, sobretudo, um "pensar coletivo", que seja consentâneo com a nova ordem política, econômica e social implantada em nosso ordenamento jurídico a partir da Carta Magna de 1988.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 277 29/06/2018 15:35:54

Quanto ao Ministério Público, o art. 127 da Constituição de 1988 deixa evidente o seu novo papel político no seio da sociedade brasileira, pois a ele foi cometida a nobre missão de promover a defesa não apenas do ordenamento jurídico e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, mas também do regime democrático.

Deixa, pois, o Ministério Público a função de mero *custos legis*, para se transformar em agente político, cuja função institucional é zelar pela soberania e representatividade popular; pelos direitos políticos; pela dignidade da pessoa humana; pela ordem social (valor social do trabalho) e econômica (valor social da livre iniciativa); pelos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; pela independência e harmonia dos Poderes constituídos; pelos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência relativos à Administração Pública; pelo patrimônio público e social; pelo meio ambiente em todas as suas formas, inclusive o do trabalho etc.

É preciso substituir a velha e ultrapassada expressão *custos legis* pela de *custos iuris*, pois esta abrange não apenas a lei em sentido estrito, mas, também, os princípios, os valores e os objetivos fundamentais que se encontram no vértice do nosso ordenamento jurídico.

As transformações e a complexidade das relações sociais, o aumento da pobreza e do desemprego, a banalização da violência, a generalização do descumprimento da legislação, a flexibilização do Direito do Trabalho, a criação de novos institutos jurídicos e a massificação dos conflitos estão a exigir um aperfeiçoamento técnico multidisciplinar e permanente dos membros do Ministério Público.

Não basta, contudo, o aperfeiçoamento técnico. É preciso, paralelamente, que as escolas do Ministério Público incluam entre as suas finalidades, a exemplo do que se dá com o Ministério Público nas modernas democracias sociais, a formação prévia e constante dos seus membros a respeito dos valores da ética republicana e democrática consagrada na nossa Constituição de 1988.

No que concerne aos juízes, decididamente, a Constituição cidadã, como foi batizada por Ulisses Guimarães, também lhes atribui o papel político de agente de transformação social.

Não é por outra razão que o art. 93, inciso IV, da CF determina que o Estatuto da Magistratura nacional deverá observar, como princípio, "a previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira".

E nem poderia ser diferente, pois a crescente complexidade das relações sociais; as transformações sociais rápidas e profundas; a criação assistemática de leis que privilegiam mais a eficácia de planos econômicos do que a eqüidade e a justiça das relações jurídicas; a crescente administrativização do direito que é utilizado como instrumento de governo e da economia de massa a gerar intensa conflituosidade; a configuração coletiva dos conflitos de interesses relativos a relevantes valores da comunidade, como o meio ambiente e outros interesses

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 278 29/06/2018 15:35:54

difusos, exigem o recrutamento mais aprimorado de juízes e seu permanente aperfeiçoamento técnico e cultural.

Trata-se de aperfeiçoamento multidisciplinar, que abrange não apenas o direito, como também a sociologia, a economia, a psicologia, a política, enfim, "um aperfeiçoamento que propicie a visão global do momento histórico e do contexto sócio-econômico-cultural em que atuam os juízes".[11]

Somente assim, salienta *Kazuo Watanabe*,

> teremos uma Justiça mais rente à realidade social e a necessária mudança de mentalidade pelos operadores do Direito, que torne factível o acesso à ordem jurídica mais justa.[12]

A par do aperfeiçoamento dos juízes, faz-se necessário um apoio decisivo aos mesmos pelos órgãos de cúpula do Judiciário, tal como ocorre atualmente no seio do Ministério Público, que vem criando Coordenadorias Especializadas de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos, além de outros órgãos destinados à pesquisa permanente, à orientação e ao apoio material a seus membros. Atualmente, a ENAMAT vem cumprindo tal papel na preparação inicial para o exercício da magistratura trabalhista.

Em seu discurso de posse no cargo de Presidenta do STF, a Ministra *Ellen Gracie* destacou, com razão, que

> a difusão e fortalecimento dos juízos de primeiro grau deva ser priorizado. Que todos os cidadãos tenham acesso fácil a um juiz que lhes dê resposta pronta é o ideal a ser buscado. Que o enfrentamento das questões de mérito não seja obstaculizado por bizantino formalismo, nem se admita o uso de manobras procrastinatórias. Que a sentença seja compreensível a quem apresentou a demanda e se enderece às partes em litígio. A decisão deve ter caráter esclarecedor e didático. Destinatário de nosso trabalho é o cidadão jurisdicionado, não as academias jurídicas, as publicações especializadas ou as instâncias superiores. Nada deve ser mais claro e acessível do que uma decisão judicial bem fundamentada. E que ela seja, sempre que possível, líquida.

CONCLUSÃO

Como síntese das principais conclusões lançadas neste ensaio, invocamos as palavras de *Paulo Bonavides*:

> "Há em nosso tempo duas categorias de juristas: os da legalidade e os da legitimidade, os tecnocratas e os retóricos, os das normas e regras e

[11] WATANABE, Kazuo. Apontamentos sobre tutela jurisdicional dos interesses difusos (necessidade de processo dotado de efetividade e aperfeiçoamento permanente dos juízes e apoio dos órgãos superiores da justiça em termos de infra-estrutura material e pessoal). In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública - Lei 7.347/85 - reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 327-328.

[12] Idem, mesma página.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 279 29/06/2018 15:35:54

os dos princípios e valores, os juristas do *status quo* e os juristas da reforma e da mudança. Eu me inscrevo nas fileiras do segundo grupo, porque sendo ambos ideológicos, um pertence à renovação e ao porvir ao passo que o outro se filia na corrente conservadora e neutralista. Mas este último, sem embargo de apregoar neutralidade, professa, em derradeira instância, uma falsa e suposta isenção ideológica e, pelo silêncio e abstinência, acaba por fazer-se cúmplice do sistema e das suas opressões sociais e liberticidas"[13].

[13] BONAVIDES, Paulo. *Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 66.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 280 29/06/2018 15:35:54

A EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO [1]

Vicente José Malheiros da Fonseca [2]

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948):

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade (Artigo I).

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas (Artigo IV).

Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego (Artigo XXIII - nº 1).

Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social (Artigo XXIII - nº 3).

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (Artigo XXV - nº 1).

A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social (Artigo XXV - nº 2).

---

[1] Artigo elaborado para o Suplemento Especial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (que completa 40 anos), em comemoração aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. Tema: "Poder Judiciário, Direito e Dignidade Humana". (Publicado na Revista TRT-8ª Região - Suplemento Especial Comemorativo, v. 41, n. 81, p. 15-32, jul./dez./2008)

[2] *Vicente José Malheiros da Fonseca* é Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região e Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na Universidade da Amazônia (UNAMA), inclusive em curso de pós-graduação.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 281 29/06/2018 15:35:54

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, onde foram incluídos preceitos que consagram a filosofia social do Direito do Trabalho.

Sete temas serão abordados neste artigo, síntese de idéias que tenho escrito sobre a eficácia dos Direitos Humanos na Justiça do Trabalho:

1. Meio ambiente do trabalho;
2. Trabalho do menor;
3. Contrato nulo;
4. Trabalho escravo;
5. Assédio moral;
6. *Jus postulandi*;
7. Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas.

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

> *"Os seres humanos têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza"* (Eco-92, Rio). *"O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e é portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras" (Declaração de Estocolmo, 1972).*

Visão holística: o estudo do direito ambiental não pode prescindir do auxílio de outras ciências.

Conceito jurídico: o meio ambiente é entendido pelo direito como um bem jurídico.

Natureza jurídica: enquanto relação jurídica, o meio ambiente se estruturou na categoria de interesses difusos.

Ética ambiental: o direito ambiental traz um novo conceito de comportamento: a necessidade de solidariedade como um instituto jurídico norteador, um princípio ético que abstrai a reciprocidade, já que a responsabilidade dos atos ocorre não apenas com as gerações presentes, mas, principalmente, com as futuras.

Desafio cultural: o meio ambiente representa um desafio cultural para a moral contemporânea, pois deve justificar um marco moral, de comportamento, que pode ser compartido por pessoas de concepções diferentes, notadamente em uma época de fragmentação, como a atual.

Dignidade e cidadania: o equilíbrio do meio ambiente laboral, a qualidade de vida do trabalhador e a sua saúde são pressupostos de uma vida com dignidade e expressão de cidadania.

Princípio da prevenção: destaca-se, no direito ambiental, o princípio da prevenção, que busca evitar o dano ou perigo ao meio ambiente, uma vez que, em muitos casos, os acidentes ecológicos terão conseqüências irreparáveis.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 282 29/06/2018 15:35:54

Procedimentos preventivos: Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), Licenciamento Ambiental, Direito à Informação e Auditorias Ambientais.

Meio ambiente do trabalho: é o conjunto de condições existentes no local de trabalho relativas à qualidade de vida do trabalhador; ou, ainda, é o integrado pelo conjunto de bens, instrumentos e meios, de natureza material e imaterial, em face dos quais o ser humano exerce as atividades laborais (arts. 7º, XXXIII e 200, VIII, da Constituição Federal).

Abrangência do tema: a matéria referente ao meio ambiente do trabalho transcende à questão de *saúde* dos próprios trabalhadores, dado que o tema é de interesse de toda a sociedade.

Adicionais de risco: o critério, estabelecido pela legislação brasileira - talvez único no mundo -, de estipular adicionais de remuneração para trabalhos periculosos, insalubres ou penosos, representa uma condenável "monetarização do risco" ou "mercantilização da saúde do trabalhador". Basta ver que o art. 60 da CLT permite a realização de sobrejornada em locais insalubres.

Adicional de insalubridade: o cálculo deste adicional sobre o salário mínimo contraria o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal, segundo a jurisprudência do STF.

Paradoxo da legislação brasileira: a possibilidade da prática de "horas extras habituais" constitui um paradoxo, porque consagra aquilo que deveria ser rigorosamente excepcional, além de comprometer a saúde do trabalhador e contribuir para o índice de desemprego.

Responsabilidades: tanto as pessoas naturais físicas como as pessoas jurídicas têm responsabilidade penal (crime ecológico), além da civil (onde se inclui a trabalhista) e administrativa, pelo dano ambiental.

Ação civil pública: o conceito de meio ambiente evoluiu e hoje abrange, além do fator natural e físico, o cultural, o artificial e o meio ambiente do trabalho. O meio ambiente do trabalho tomou conotação transindividual e de interesse difuso, de modo que a sua proteção pode ser obtida por meio da ação civil pública, com fundamento na Lei nº 7.347/85, na medida em que se trata de um importante direito de todos os trabalhadores e da sociedade como um todo, que ao Estado incumbe assegurar. Por conseguinte, esse tipo de demanda é cabível para resguardar os direitos dos trabalhadores a um ambiente de trabalho sadio e ecologicamente equilibrado, tal como previsto no art. 225 da Carta Magna.

Competência: "Condições de trabalho. Tendo a *ação civil pública* como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho", à luz do art. 114 da Constituição Federal, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Enfim, as questões ambientais não passam de "lides sobre condições de trabalho no sentido das regras de segurança e medicina do trabalho" e que entram no âmbito da competência do Judiciário Trabalhista, por força de norma constitucional.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 283 29/06/2018 15:35:54

Explicitação da competência trabalhista: é, porém, recomendável que seja melhor explicitada a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações relativas a acidentes de trabalho, doença profissional e de adequação ambiental para resguardo da saúde e da segurança do trabalhador.

Competência funcional (originária): a competência originária para conhecer e julgar a ação civil pública ambiental trabalhista é da Vara do Trabalho do local do dano ou de sua ameaça, salvo se de âmbito regional ou nacional, hipóteses em que a questão será apreciada pela Vara do Trabalho da Capital do Estado ou do Distrito Federal onde o dano ou a ameaça se verificou.

Legitimidade ativa: a legitimidade para a propositura da ação civil pública ambiental trabalhista pode ser exercitada pelo Ministério Público do Trabalho ou pelos sindicatos.

Conflitos de massa: como os conflitos acerca do meio ambiente de trabalho geralmente envolvem um bem de massa, o direito deve oferecer mecanismos compatíveis e adequados para resolver a "macrolesão", daí o cabimento de ações coletivas, plúrimas e a substituição processual (legitimação extraordinária), por iniciativa do Ministério Público ou das entidades sindicais, legitimadas para as demandas que exigem soluções capazes de abranger todo aquele universo.

Legitimidade passiva: podem ser demandadas na ação civil pública ambiental trabalhista as empresas poluidoras e a Administração Pública.

Objeto da demanda: pode ser pleiteada obrigação de fazer e não fazer ou a condenação em dinheiro, como também pode ser instaurada qualquer ação capaz de obter a proteção, adequada e efetiva, dos interesses e direitos tutelados por lei.

Prescrição: a ação civil pública é imprescritível, dada a natureza do bem jurídico tutelado, ou seja, a preservação ambiental, indisponível, por questão de ordem pública. O prazo prescricional conta-se apenas para fins de exigibilidade da indenização.

Cautelar e antecipação da tutela: configurados os pressupostos de concessão de medidas cautelares, uma vez presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, bem assim os requisitos exigidos para antecipação da tutela (art. 273 e seus parágrafos, do CPC), pode o juiz deferir tais provimentos de urgência, à luz do art. 769, da CLT, inclusive a fixação de *astreintes* (multa-diária) em sede liminar, independentemente de pedido do demandante, conforme prazo estabelecido pelo julgador.

Pedido cominatório (multa-diária ou *astreintes*): é aconselhável a formulação de pedido com preceito cominatório, com o propósito de obter do empregador o cumprimento da obrigação específica (de fazer ou não fazer), destinada a manter o ambiente de trabalho saudável. Em caráter alternativo, pode ser requerida a conversão da obrigação em perdas e danos. A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o demandante o requerer ou se restar impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente (art. 461, § 5º, do CPC). A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa e de eventual indenização por dano moral.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 284 29/06/2018 15:35:54

Termo de ajuste de conduta: antes da propositura da ação civil pública, o Ministério Público pode chamar a empresa para tentar solucionar a questão mediante compromisso de ajustamento, que tem eficácia de título executivo extrajudicial trabalhista (art. 876, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 9.958, de 12.01.2000).

Destino do valor da condenação: o valor da condenação judicial em dinheiro, a título de indenização e/ou multa pelo dano provocado ao meio ambiente do trabalho, que tem sido revertido para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), deve ser recolhido, futuramente, para o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (FUNGET).

Remessa de peças: se, no exercício de suas funções, os Juízes e Tribunais do Trabalho tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública, deverão remeter peças ao Ministério Público do Trabalho, para as providências cabíveis, especialmente quanto aos danos ou ameaças do meio ambiente de trabalho. Idêntica medida pode ser tomada pelas entidades sindicais.

Procedimento Sumaríssimo: somente será possível aplicar o procedimento sumaríssimo trabalhista, instituído pela Lei nº 9.957, de 12.01.2000, na ação civil pública, se o demandante apresentar pedido certo ou determinado e indicar o valor correspondente (art. 852-B, da CLT), o que exige a prolação de sentença em valor líquido (parágrafo único do art. 459, do CPC, e parágrafo único do art. 38 da Lei nº 9.099, de 26.09.1995), não obstante a condenação, em caso de procedência do pedido, deva ser genérica (art. 95 da Lei nº 8.078/90), considerando a natureza da demanda coletiva e seus efeitos *erga omnes*.

Outros instrumentos jurídicos: outros instrumentos jurídicos de proteção ao meio ambiente de trabalho são a reclamação trabalhista (simples ou plúrima); o mandado de segurança coletivo ambiental; o mandado de injunção ambiental; a ação popular ambiental; o dissídio coletivo; a convenção ou o acordo coletivo (importante mecanismo de prevenção do dano ambiental); o regulamento interno de empresa; e a inspeção do trabalho.

Meio ambiente de trabalho no Poder Judiciário: a qualidade de vida dos magistrados e servidores do Poder Judiciário é bastante sacrificada, não só em virtude do volume de processos como também em razão dos métodos adotados na administração da justiça, deveras arcaicos e inadequados, não raro como decorrência de uma legislação processual que carece de modernização.

Proteção jurídica efetiva: já existem normas jurídicas válidas de proteção ao meio ambiente do trabalho, no Brasil. Contudo, a efetividade, a eficácia ou o melhor resultado dessas normas depende da eficiente fiscalização estatal e de medidas criativas capazes de tornar realidade a tutela jurídica que preserve a dignidade do trabalhador, sem nenhuma discriminação. A real proteção jurídica ao meio ambiente do trabalho - terceira geração dos direitos humanos - está no respeito que todos devemos às conquistas da civilização, pela luta constante na busca e na construção de um mundo sem violências, sem fome, menos desigual, mais livre e mais fraterno.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 285 29/06/2018 15:35:54

TRABALHO DO MENOR

Do mesmo modo, já existem normas jurídicas válidas de proteção do trabalho do menor, no Brasil. Contudo, a efetividade, a eficácia ou o melhor resultado dessas normas depende da eficiente fiscalização estatal e de medidas criativas capazes de tornar realidade a tutela jurídica que preserve a dignidade do trabalhador, sem distinção de sexo ou idade.

O trabalho infantil e a aprendizagem metódica não devem comprometer a formação escolar, o lazer e o convívio familiar da criança e do adolescente. O trabalho precoce, quando prejudicial, deve ser erradicado.

A prática de horário de trabalho *flexível* e a possibilidade de emprego em *tempo parcial*, o *trabalho temporário* e o *trabalho a domicílio* são *procedimentos* compatíveis com o propósito de tornar menos discriminatória a participação do menor no mercado de trabalho.

A *real proteção jurídica* ao trabalho do menor está no respeito que todos devemos às *conquistas da civilização*, pela luta constante na busca e na construção de um mundo sem violências, sem fome, menos desigual, mais livre e mais fraterno.

CONTRATO NULO

A jurisprudência trabalhista entende que "a contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada" (Súmula 363, do TST).

Meu entendimento é diferente. Creio que em razão da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho, dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (art. 1º, III e IV) e ainda porque o contrato de trabalho é contrato-realidade, mesmo no caso de servidor na administração pública direta ou indireta, é inadequado falar-se em nulidade com feito retroativo (*ex tunc*), pois o trabalhador não pode mais devolver o trabalho realizado, o esforço despendido, em favor da entidade empregadora. A meu ver, os efeitos são *ex nunc*, a partir da declaração judicial de nulidade contratual. Por isso, em tese, tem direito a todas as verbas salariais e indenizatórias, conforme o caso, decorrentes da relação de trabalho, e não apenas ao FGTS e os salários, ressalvadas as hipóteses de ausência de vínculo, fraude, simulação, nepotismo e outros vícios, desde que provados no processo, em cada situação concreta.

Adoto, porque análise muito apropriada sobre a matéria em exame, os argumentos de **Eduardo Vilela**, no exame dos chamados "temporários" (permanentes):

> "O homem, ao contratar o trabalho com o Estado, principalmente o que vem das camadas mais humildes da população, não tem em mente se é legal ou não sua contratação, mas sim, a subsistência de seus filhos, de sua família.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 286 29/06/2018 15:35:54

Por detrás da nulidade do contrato que, como se viu, é imperativa, não se pode envilecer a dignidade do trabalhador e se encobrir o abuso de poder na administração pública. Os sacrifícios impostos aos cidadãos não podem ser desproporcionais às vantagens auferidas pelos entes da administração sob o pusilânime argumento de que o interesse público deve prevalecer sobre o particular.

A Constituição deve ser analisada como um todo, ela é una e seus diversos dispositivos, sejam princípios, sejam preceitos, devem ser harmonizados, conciliados. O entendimento segundo o qual a contratação pela administração não gera qualquer conseqüência jurídica não deve prosperar, já que se estariam anulando, inclusive, vários valores constitucionais, para que outro, de aplicação direcionada, imperasse como se fosse absoluto.

Efetivamente, a regra dirigida ao administrador público, justamente para moralizar a ação estatal, não lhe pode servir de refúgio, posto que encerra um tratamento indigno ao ser humano trabalhador.

Esta mesma Constituição tem como princípios fundamentais, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, sendo este a base para as ordens econômica e social. Traz, ainda, regras a serem seguidas por aqueles que funcionam na administração pública, em qualquer das esferas governamentais.

Diferentemente da teoria das nulidades preconizada pelo direito romano, a nulidade do contrato de trabalho não importa em sua inexistência. Trata-se de planos distintos de apreciação. Desta forma, um contrato que existe, pode ou não estar eivado de nulidade; sendo nulo, a eficácia do pacto deverá ser buscada, ante os princípios informadores do direito laborista e a presumível boa-fé do trabalhador; não sendo possível a eficácia do contrato, ainda assim, gerará conseqüências jurídicas.

A eficácia diz respeito à produção, por este negócio, dos efeitos buscados pelas partes e avalizados pelo direito. A conseqüência jurídica se refere a efeitos não buscados pelos contratantes, mas que se impõem ante a boa-fé da parte, aliada à impossibilidade de retornarem os contraentes ao estado anterior em que se encontravam, tendo em vista que, ante a contratação nula do servidor, torna-se inviável a devolução da força despendida pelo mesmo em prol do Estado.

Estas conseqüências jurídicas, no caso sob exame, com fulcro nos arts. 158 e 159 do Código Civil [de 1916; atuais arts. 182 e 186 do Código Civil de 2002], combinados com o art. 7º da Constituição Federal, devem ser suportados pelo Estado, constituindo-se em todos os direitos trabalhistas garantidos ao contratante de boa-fé, inclusive os reconhecidos por estipulações contratuais ou convencionais. A má-fé exclui tal direito" (*A nulidade da contratação pela administração pública sem a necessária realização de concurso público: conseqüências jurídicas*. *In Transformações do Direito do Trabalho*

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 287 29/06/2018 15:35:54

- *Estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira*, coordenado por Aldacy Rachid Coutinho e José Affonso Dallegrave Neto. Curitiba: Juruá, 2000. p. 125-128).

Não sou contra o concurso público, que constitui exigência constitucional e democrática. Mas é necessário reconhecer o valor social do trabalho prestado antes da declaração judicial da nulidade contratual, com o pagamento de todos os direitos salariais e indenizatórios, assegurados no próprio texto da Carta Magna (art. 7º).

TRABALHO ESCRAVO

O papel do Estado Brasileiro e, particularmente, da Justiça do Trabalho, deve ser para muito além do "Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas a de escravo" (conhecido como "*Lista Suja*"), ou da desapropriação de terras, ou, ainda, do reconhecimento de dano moral individual e coletivo, das indenizações patrimoniais, da aplicação de sanções eficazes, inclusive a utilização do sistema de *astreintes*, e da consciência de uma nova mentalidade diante do velho problema do trabalho escravo.

A real eficácia do combate ao trabalho escravo depende de ações conjuntas, em regime de colaboração, de todos os órgãos públicos, tais como Justiça do Trabalho, Justiça Federal, Justiça Estadual, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual, Ministério do Trabalho, Polícia Federal e outros.

É, pois, necessário aperfeiçoar o sistema, sobretudo no âmbito da atividade jurisdicional, não apenas para "dizer o direito" (*jurisdictio*), mas para realizar, concretamente, o comando judicial (*judex executione*).

Não impede o vínculo de contrato de trabalho a condição de autônomo do rurícola (art. 17, da Lei nº 5.889, 08.06.1973).

Deve ser atribuída à Justiça do Trabalho competência criminal para o julgamento de questões correlatas e imediatamente resultantes do ilícito civil-trabalhista, sobretudo quanto aos crimes contra a organização do trabalho e a prática do trabalho escravo, a fim de preservar a unidade da jurisprudência sobre todos os aspectos jurídicos da questão.

Deve ser conferido o atributo de títulos executivos às convenções coletivas, aos acordos coletivos, às sentenças normativas e às sentenças arbitrais trabalhistas.

Deve ser flexibilizado o princípio da inércia do Judiciário, a fim de permitir que a Justiça do Trabalho possa atuar de ofício em algumas situações que o interesse público exigir esse procedimento (*verbi gratia*, no combate ao trabalho escravo), como já ocorre, por exemplo, na instauração da instância da execução (art. 878, da CLT); na demanda sobre anotação de CTPS, oriunda de reclamação administrativa perante o Ministério do Trabalho (arts. 37 a 39, da CLT); e, para alguns, no dissídio coletivo, em caso de greve (art. 856, da CLT).

O mais novo enfoque que trago à reflexão para os debates sobre Trabalho Escravo, é, pois, não só a preocupação que todos devemos ter não apenas na

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 288 29/06/2018 15:35:54

conceituação do trabalho escravo e no julgamento dos processos trabalhistas, em fase de conhecimento - acerca do qual, diga-se, a bem da verdade, já está sendo consolidada firme e corajosa jurisprudência em harmonia com os princípios fundamentais da justiça social, inclusive a concessão de liminares e antecipação dos efeitos da tutela -, mas, acima de tudo, a problemática em torno dos passos seguintes, após a sentença, especialmente os meios eficazes para implementar, efetivamente, o comando expresso na decisão judicial, sob pena de frustração de todos os esforços no sentido de dar a cada um o que é seu, qual vitória de Pyrro.

Tudo tem sido feito para estimular os juízes a proferirem sempre sentenças líquidas, independentemente do valor da causa, sobretudo na 8ª Região Trabalhista, a partir da implementação do chamado procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.957/2000), que ocorreu na época em que fui Presidente de nosso Tribunal Regional. Essa prática agiliza bastante o processo, porque evita impugnações, embargos do devedor e recursos em torno do *quantum debeatur*.

Não é tudo. O sistema recursal, como disse, precisa ser drasticamente enxugado.

A execução, para além do poderoso sistema de bloqueio de crédito bancário, através do convênio com o Banco Central, ainda precisa ser aperfeiçoada.

Sugiro, a propósito, que as multas aplicadas pelo Ministério do Trabalho, no âmbito administrativo, e as multas impostas pela Justiça do Trabalho, na esfera jurisdicional, sejam revertidas para o *Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas* - que, segundo proponho terá um Conselho Curador, presidido pelo Presidente do TST, será gerido pelo Ministério Público do Trabalho e terá como agente operador a Caixa Econômica Federal -, sem prejuízo de outras receitas, como o valor das custas e parte do imposto de renda e contribuições previdenciárias arrecadadas pelo Judiciário Trabalhista.

Enfim, como disse no "***Hino da Justiça do Trabalho***, que compus em 1998, magnificamente interpretado pela Orquestra Jovem "Wilson Fonseca" e pelo Coral "Expedito Toscano", sob a batuta de meu irmão José Agostinho da Fonseca Neto, no CD "*Sinfonia Amazônica*" (volume 1): "*Sempre em busca de um grande ideal / No caminho do justo e da lei / Seja a meta atingir, afinal, / Tudo aquilo que um dia sonhei! / Salve, ó deusa da nossa esperança, / Apanágio do trabalhador / Quem confia em ti não se cansa, / Vê na paz toda a chama do amor. // Cantemos em homenagem / Mantendo a nossa imagem / Na voz desta canção / Em forma de oração. / Justiça da eqüidade / É a tua identidade / Louvemos nossa Justiça / A Justiça do Trabalho. // Pela paz social / Esta é a nossa missão: / Dar ao povo o que é seu / Por conquista se deu / Na conciliação, / Na sentença final.(Sempre em busca...)*".

ASSÉDIO MORAL

No âmbito das relações trabalhistas, o assédio moral consiste no tratamento humilhante, constrangedor ou vexatório proporcionado pela empresa contra o trabalhador, de forma prolongada, reiterada e intensa, mas geralmente muito

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 289 29/06/2018 15:35:55

sutil, a ponto de reduzir a sua auto-estima e tornar insuportável a continuidade do contrato de trabalho, uma vez que atinge a dignidade da pessoa humana, com graves reflexos na vida pessoal, familiar e social.

Nos termos do art. 1º da Constituição Federal, constituem princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

O assédio moral pode provocar dano, material e/ou moral, porque compromete as condições de trabalho e justifica até o rompimento do pacto laboral, mediante a chamada rescisão indireta do contrato (art. 483, da CLT).

O art. 5º, X, da Lei Fundamental, reza que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

O patrimônio jurídico de uma pessoa não se esgota no plano material. Assim, o dano pode afetar tanto o universo material como o status moral da pessoa.

Tenho afirmado que o dano moral é mais grave do que o dano material. Às vezes, a lesão material é reparada com uma indenização adequada; mas o prejuízo moral dificilmente pode ser compensado com alguma indenização monetária. A ofensa moral, em regra, é indelével e permanece na lembrança para sempre.

Segundo as circunstâncias do caso concreto, é possível configurar-se tanto o dano material como o dano moral, numa única situação.

O assédio moral, capaz de acarretar dano, sempre existiu, embora nem sempre tenha sido adequadamente abordado pelo direito, sobretudo quanto à indenização hoje reconhecida.

Houve época em que se discutia muito sobre a possibilidade de indenização por dano moral, uma das conseqüências do assédio.

Atualmente, diante do texto constitucional e da legislação ordinária, essa polêmica ficou superada.

No âmbito do direito do trabalho, a matéria já era prevista na CLT, editada em 1943, como se vê, por exemplo, do art. 482, alíneas "j" e "k", e do art. 483, alínea "e".

O art. 482, da CLT, estabelece que constitui justa causa para a ruptura do contrato de trabalho, o fato do empregado cometer "ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem"; e "ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem".

E o art. 483, da CLT, prevê que o empregado pode considerar rompido o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização quando "praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama".

Como se vê, as alíneas "j" e "k" do art. 482 e a alínea "e" do art. 483, ambos da CLT, já estipulavam motivos, de natureza moral, para a resolução do contrato de trabalho, por faltas cometidas pelo trabalhador ou pelo empregador.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 290 29/06/2018 15:35:55

Com efeito, a dignidade do trabalhador sempre foi o fundamento central do direito do trabalho.

A título de ilustração, configura prática de assédio moral a humilhação causada ao trabalhador, em face de tratamento discriminatório, arbitrário, desumano e antiético, como ameaças de dispensa ou dificuldades de promoções, por não ter alcançado metas excessivas, impostas em razão da competitividade no mercado capitalista, mediante pressões e atitudes abusivas, que prejudicam o bom relacionamento no ambiente de trabalho, seja no plano vertical (nas vinculações hierárquicas com as chefias), seja no plano horizontal (disputas entre os próprios trabalhadores).

O assédio moral pode provocar dano, material e/ou moral, porque compromete as condições de trabalho.

O dano moral pode resultar de um único ato praticado pelo ofensor.

Já o assédio moral decorre, em regra, da prática reiterada e prolongada, muitas vezes invisível, de condutas capazes de causar humilhações, constrangimentos ou vexames, de modo prolongado, intenso e insuportável.

Assim, o assédio corresponde à conduta do ofensor, enquanto que o dano é a conseqüência desse procedimento humilhante.

A polêmica mais acirrada, ainda hoje, persiste na quantificação da indenização resultante dessa lesão.

Discutiu-se também sobre a competência da Justiça do Trabalho para exame de pedido de indenização de dano moral pleiteado pelo trabalhador contra seu empregador. E mais recentemente, sobre dano moral resultante de acidente de trabalho.

Hoje, a competência da Justiça do Trabalho, para essas questões, está pacificada, inclusive pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, ao tornar explícito que cabe ao Judiciário Trabalhista processar e julgar "as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho".

Diante do atual art. 114, VI, da Carta Magna, e, ainda, em virtude dos itens I e IX do mesmo art. 114 constitucional, não há dúvida sobre a competência da Justiça do Trabalho não só para dirimir os conflitos decorrentes das "relações de emprego", mas também para examinar "as ações oriundas da relação de trabalho" e "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei".

Vale esclarecer que compete à Justiça do Trabalho apreciar os conflitos oriundos ou decorrentes de qualquer "relação de trabalho" (eventual ou autônomo, por exemplo) - e não apenas resultantes de "relação de emprego" - conforme escrevi no artigo "***Justiça do Trabalho - Nova Competência***", publicado no livro "*A Nova Competência da Justiça do Trabalho*", obra coletiva coordenada por Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, São Paulo: LTr/ANAMATRA,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 291 29/06/2018 15:35:55

jan./2005. E no artigo "A Nova Justiça do Trabalho" (Revista nº 74 do TRT-8ª da Região, vol. 38, jan./jul./2005, p. 25-39).

Atualmente, verifico que houve um novo enfoque, nas ações trabalhistas que requerem indenização por dano moral, por certo em virtude dos avanços da ciência jurídica, o que nos obriga, enquanto empresários, trabalhadores, sindicalistas, agentes da inspeção, estudantes, advogados, procuradores e magistrados, à atualização de nossos estudos, a fim de acompanhar a evolução da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria.

Trabalhadores e empregadores devem lutar contra o assédio moral no trabalho, até porque ambos permanecem grande parte de suas vidas no ambiente profissional.

As relações no trabalho devem ser transparentes e pautadas por respeito recíproco, uma vez que ambos os contratantes merecem tratamento digno e ético.

Trabalhadores e empregadores devem ser estimulados a criar uma consciência de que o assédio moral, no ambiente de trabalho, reduz as possibilidades de êxito profissional e empresarial, mediante campanhas bem conduzidas neste sentido.

JUS POSTULANDI

Incumbe ao próprio cidadão decidir sobre a conveniência ou necessidade da assistência jurídica estatal, sindical ou particular perante o Judiciário Trabalhista.

Continua em vigor o preceito legal, consagrado no art. 791, da CLT, que faculta aos litigantes, empregado, trabalhador ou empregador, o direito de exercer pessoalmente o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, tendo em vista as peculiaridades do processo trabalhista.

A postulação em juízo, embora atividade privativa de advocacia, na medida em que a representação técnica, no processo judicial, não pode ser exercida por intermédio de outros profissionais, não exclui o direito de livre acesso ao Judiciário, pelo próprio titular do direito subjetivo, não apenas porque isso decorre de uma norma constitucional, mas, sobretudo, porque é inerente aos direitos fundamentais da cidadania, que se sobrepõem aos interesses de classes ou corporativistas.

A postulação em juízo não é ato exclusivo da advocacia, porém manifestação que o próprio cidadão pode exercitar pessoalmente, em situações peculiares.

Ideal seria que a União contasse com uma Defensoria Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, a fim de prestar assistência judiciária aos necessitados.

Diante dessa carência, seria recomendável a implementação, onde for possível, da norma disposta no art. 15 da Lei nº 5.584/70, que permite, por analogia, o auxílio, no patrocínio das causas trabalhistas, por Acadêmicos de Direito, inscritos, como estagiários, na OAB, mediante convênio do Tribunal do Trabalho com as Universidades ou Faculdades de Direito, pelo menos no âmbito das Varas do Trabalho, o que contribuirá para o aperfeiçoamento do estágio, ao

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 292 29/06/2018 15:35:55

mesmo tempo em que poderá colaborar, desde que bem conduzido o sistema, na realização de um serviço público relevante.

O benefício legal do *jus postulandi* no âmbito recursal trabalhista, especialmente em caso de recurso ordinário contra sentença proferida pela Vara do Trabalho, comporta a aplicação analógica do mesmo procedimento previsto para o ajuizamento da ação trabalhista, que admite a forma verbal, reduzida a termo, perante o próprio Juiz, em ata de audiência, ou perante a Secretaria do Juízo.

Por força de lei, o *jus postulandi*, que constitui o direito de postular pessoalmente, em juízo, sem necessidade de patrocínio de advogado, pode ser exercitado "até o final" do processo (art. 791, da CLT).

Essa garantia deve ser entendida como o direito de exercer a postulação pessoal em toda a sua extensão, que não se esgota no simples ajuizamento da ação, pelo reclamante, ou na apresentação de defesa, pelo reclamado.

O *jus postulandi* é limitado no Juizado Especial, uma vez que não pode ser exercido nas causas de valor superior a vinte salários mínimos e no âmbito recursal (Lei nº 9.099/95).

Na Justiça do Trabalho, o *jus postulandi* é amplo e irrestrito, pois não sofre limitações, seja quanto ao valor da causa, seja quanto às pessoas envolvidas no litígio, seja quanto ao grau de jurisdição, à luz do art. 791, da CLT, que consagra uma das principais características do processo trabalhista.

Trata-se de prerrogativa que abrange a prática de todos os atos do processo trabalhista, em qualquer grau de jurisdição, no âmbito da Justiça do Trabalho e, se for o caso, até o Supremo Tribunal Federal, em face do princípio da instrumentalidade processual, do direito de acesso à justiça e do exercício da cidadania, que se amparam no espírito da Constituição da República (art. 5º, XXXV, e seu § 2º) e nos fundamentos dos direitos humanos, ainda mais no processo trabalhista, que se caracteriza pela simplicidade, informalidade, oralidade, gratuidade e celeridade.

No processo trabalhista, os litigantes (ainda que não empregados ou empregadores), terão direito ao *jus postulandi*, que assegura à parte ou terceiro interessado a prerrogativa de funcionar em juízo sem necessidade de patrocínio de advogado.

Mesmo antes da ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, já tinham direito ao *jus postulandi*, no processo trabalhista, o pequeno empreiteiro (art. 652, *a*, III, da CLT); o trabalhador rural não empregado (art. 17, da Lei nº 5.889/1973); o trabalhador avulso (art. 643, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 7.494/1986); e o trabalhador portuário (art. 643, § 3º, da CLT, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001), todos trabalhadores autônomos.

Em face da ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, definida no art. 114, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o art. 791, da CLT, deve ser interpretado no sentido de que o *jus postulandi* pode ser exercido em processo trabalhista de qualquer

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 293 29/06/2018 15:35:55

natureza, mesmo nas ações oriundas de relação de trabalho autônomo, por força das características do processo trabalhista e do direito de acesso à justiça.

FUNDO DE GARANTIA DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS

A Emenda Constitucional nº 45/2004, que dispõe sobre a Reforma do Poder Judiciário, aprovou um importante mecanismo para tornar o processo trabalhista mais eficiente e célere.

Estabelece o art. 3º da EC 45 que "a lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas".

A sociedade brasileira e os magistrados trabalhistas, em especial, alimentam a esperança de que a regulamentação do FUNGET, por via de lei ordinária, seja implementada com as cautelas necessárias para não se desviar dos propósitos que justificam a criação do novo modelo processual trabalhista.

A idéia originária do FUNGET, por mim concebida há 30 anos, tem sido debatida e aprovada em conclaves jurídicos, inclusive no XII Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho (2004).

Tramitam no Congresso Nacional três Projetos de Leis para regulamentar a matéria (PL 4597/2004, PLS 246/2005 e PL 6541/2006), daí a necessidade de conciliar divergências no sentido de encontrar a fórmula capaz de efetivar o comando constitucional, tal como foi idealizado.

Atualmente, os três projetos estão anexados.

É aconselhável defender a aprovação do Projeto de Lei nº 246/2005, de autoria da Senadora Ana Júlia Carepa (PT-PA) - atual Governadora do Estado do Pará -, que difere em muitos pontos do PL nº 6541/2006, proposto pela Comissão Especial Mista de Regulamentação da EC 45/2004, inclusive quanto à gestão do Conselho Curador do FUNGET, que deverá ser presidido por representante da Justiça do Trabalho e administrado pelo Ministério Público do Trabalho, órgãos que melhor se adequam a tarefas de gerenciamento do sistema.

Afinal, o processo trabalhista foi concebido para ser simples, informal, concentrado, oral e célere, em todas as etapas, jamais um fim em si mesmo.

Mas se a sentença ou a conciliação não for cumprida, segue-se a fase de execução, um dos "calcanhares de Aquiles" na Justiça do Trabalho.

No momento crucial do processo, a efetividade do título executivo é quase nenhuma, porque quase nada obedece aos princípios basilares do processo moderno.

Desde o momento histórico em que o devedor deixou de responder com o seu próprio corpo pelas dívidas civis (salvo ação de alimentos e depositário infiel), essa responsabilidade transferiu-se para o seu patrimônio, em caso de execução. Daí a penhora sobre bens do devedor, para efeito de alienação, em praça ou leilão, e posterior pagamento para satisfação do direito do credor, como assegurado no título executivo judicial ou extrajudicial.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 294 29/06/2018 15:35:55

Acontece que esse sistema complexo de execução, desde o direito romano, já não atende às expectativas do credor trabalhista, geralmente hipossuficiente e desempregado.

O que fazer?

Após ouvir conferência proferida por *Manuel Alonso Olea*, em São Paulo, no ano de 1976, que fez breve referência ao "*Fondo de Garantía Salarial*", na Espanha, sustentei a tese de criação de um "**Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas**", que tenho defendido há quase 30 anos, aprovada em diversos congressos jurídicos.

Escrevi sobre a matéria, pela primeira vez, na Revista nº 22, julho-dezembro/1979, do TRT-8ª Região. O tema foi incluído no livro "*Reforma da Execução Trabalhista e Outros Estudos*" (LTr/SP, 1993), ao qual novamente fiz referência no livro "*Em Defesa da Justiça do Trabalho e Outros Estudos*" (LTr/SP, 2001).

Na Espanha, adota-se, com sucesso, o "*Fondo de Garantía Salarial*". O precedente espanhol funciona assim: se houver recurso da empresa contra condenação a título de salários, pode, o trabalhador, levantar de imediato o valor correspondente, perante o *Fondo*. Improvido o apelo, o obreiro já teve antecipado o seu pagamento. Provido o recurso patronal, o *Fondo* se incumbe de cobrar do trabalhador e ressarcir o empregador.

A fim de adaptar à realidade nacional, o Fundo somente poderá ser movimentado após o trânsito em julgado da decisão. Se houver recurso, a execução poderá estar garantida com o depósito recursal. Não havendo pagamento, o juiz determinará a movimentação do FUNGET - que se destina a assegurar qualquer crédito trabalhista, e não apenas os salários, como na Espanha -, para pagamento imediato ao credor, que terá satisfeito, de modo rápido, o seu direito. Em seguida, o Fundo, sub-rogando-se no crédito do trabalhador, passa a executar o devedor, perante a Justiça do Trabalho, mediante sanções severas, inclusive as *astreintes* (dia-multa), para evitar a sua movimentação constante e inevitável descapitalização.

Conforme o art. 2º do PLS 246/2005 "o FUNGET é constituído pelos depósitos a que se refere esta lei, pelas multas impostas por sentenças ou ajustadas em acordos nos processos trabalhistas, e ainda pelas multas administrativas resultantes da fiscalização do trabalho, além de outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações".

A Justiça do Trabalho proporciona expressiva arrecadação de custas, contribuições previdenciárias e imposto de renda, além dos depósitos recursais efetuados na conta vinculada do FGTS. Há sentenças que determinam o recolhimento de multas e indenizações - como é o caso de dano moral coletivo resultante do trabalho escravo ou degradante - para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), que poderão doravante reverter para o FUNGET.

Haverá uma pequena contribuição patronal para o Fundo, cujo custeio não decorre de verbas públicas. Em compensação, as empresas poderão utilizar-

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 295 29/06/2018 15:35:55

se, eventualmente, do Fundo, para aplicação em programas que tragam benefícios diretos ou indiretos aos trabalhadores e seus familiares (creches, escolas, qualificação profissional, lazer etc.), desde que não causem a movimentação dos depósitos durante certo tempo. Os empregadores adimplentes com o Fundo ainda receberão incentivos fiscais.

A idéia, fundada nos princípios da seguridade e que tem como premissa a função social da empresa, nas relações trabalhistas, atende aos pressupostos jurídicos da responsabilidade civil objetiva. A mesma tese que justifica o instituto do seguro prévio para garantir os infortúnios humanos, que não se limitam aos eventos da morte, do acidente, do incêndio, da doença e da aposentadoria, para os quais existem fundos que asseguram a cobertura de compensações para dependentes e segurados. Merecem ainda atenção os riscos decorrentes das relações de emprego, especialmente em favor dos desempregados e seus familiares, excluídos de uma vida mais digna, vítimas da crueldade que a sociedade vem se acostumando a assistir, quase insensível, senão indiferente.

Foi, pois, pensando nas agruras do credor trabalhista, que espera "até não sei quando" o final do processo de execução, qual *Pedro Pedreiro*, do *Chico Buarque de Hollanda*, que concebi a idéia do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, com vistas a agilizar e tornar realmente efetiva uma das fases mais demoradas e penosas do processo do trabalho, ao lado do sistema recursal, que também carece de aperfeiçoamentos. O processo civil tem sofrido diversas mudanças. Guardo, ainda, a esperança de que o processo executório trabalhista possa ser dotado da efetividade de que tanto necessita.

Não é suficiente que o crédito do trabalhador, reconhecido por sentença judicial, conserve o seu poder aquisitivo. Impõe-se que o empregador sofra as conseqüências severas por mora no cumprimento das obrigações resultantes da *res judicata,* proporcionalmente à gravidade social da sua atitude.

Daí justificar-se a adoção do sistema francês das *astreintes*. Garante-se, assim, na execução da sentença trabalhista, o pagamento da dívida principal acrescida das sanções pecuniárias, impostas pelo juiz, à parte responsável pelo atraso na quitação das verbas reconhecidas pela decisão judicial, sem prejuízo dos juros e correção monetária.

Nesse sentido, os arts. 652, alínea *d*; 832, § 1º, 835; e 880, da CLT, que hoje podem ser interpretados com o auxílio da regra disposta, por exemplo, no art. 475-J, do CPC (art. 769, da CLT), com a redação dada pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005.

Não basta "dizer" o direito (*jurisdictio*); impõe-se realizá-lo, concretamente *(judex executione*).

Todavia, a tese de criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas constitui uma reformulação profunda e corajosa no nosso Direito Processual do Trabalho, pois é medida capaz de imprimir uma verdadeira *antecipação* da garantia das execuções trabalhistas, inclusive com apoio nos princípios da seguridade social.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 296 29/06/2018 15:35:55

Consagrada a idéia na Emenda Constitucional nº 45/2004 (art. 3º), quiçá seja logo editada a necessária regulamentação, por legislação ordinária, a fim de que o Brasil possa dispor de um sistema de pagamento imediato, efetivo e atualizado dos créditos decorrentes do trabalho humano, resultantes de sentença judicial.

Trata-se, na verdade, de autêntica reforma ampla e eficaz da execução trabalhista.

Diz a lenda que Tétis, a ninfa marinha, segurou, pelo calcanhar, seu filho Aquiles, para mergulhá-lo no rio Estige, que o tornaria imortal e invencível. Queria contrariar um oráculo, segundo o qual o jovem morreria na guerra de Tróia. Numa batalha, porém, Aquiles, bravo lutador e herói da mitologia grega, foi alvejado por uma flecha, justamente em seu único ponto vulnerável, o calcanhar, que não havia sido banhado por sua mãe.

Metáforas à parte, o *Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas* salva o processo trabalhista de um de seus pontos mais frágeis, a execução.

Não é tudo.

O passo seguinte, com os calcanhares protegidos, deverá ser o enxugamento do sistema recursal na Justiça do Trabalho, sem o que o processo trabalhista, que se caracteriza pela celeridade na solução das demandas, continuará sujeito às delongas por diversos graus de jurisdição, longe, portanto, de atender os seus objetivos jurídicos e sociais.

Se a legislação ordinária já estabelece que "os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo **andamento rápido das causas**, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas", atualmente constitui garantia constitucional "a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal).

Enfim, a real eficácia dos Direitos Humanos na Justiça do Trabalho somente estará concretizada quando o cumprimento ou a execução da sentença judicial ou da conciliação puder contar com mecanismos de acesso e efetividade à prestação jurisdicional rápida e justa.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 297 29/06/2018 15:35:55

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 298 29/06/2018 15:35:55

A ATRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PERICIAL AO EMPREGADOR COMO MECANISMO VIABILIZADOR DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS LABORAIS À SAÚDE E À SEGURANÇA *

Pastora do Socorro Teixeira Leal [1]

Como viabilizar a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição? Que mecanismos jurídicos podem ser utilizados para essa finalidade? Esses questionamentos ficam ainda mais difíceis de serem respondidos quando estamos diante de direitos humanos laborais ou direitos fundamentais trabalhistas.

A saúde e a segurança são bens jurídicos objeto de direitos fundamentais e, como tal, estão elencados na Constituição Federal: "*Art. 6º 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, na forma desta Constituição."*

O dispositivo antes destacado encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no inciso III, do art. 1º, da Carta Magna que, para consolidar sua garantia, estabeleceu no art. 5º, § 1º que "a*s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."*

A preocupação com a tutela da saúde e da segurança no trabalho é ratificada no plano constitucional: *Art. 7º São* ***direitos dos trabalhadores*** *urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ...XXII -* ***redução dos riscos inerentes ao trabalho****, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.*

Garantir direitos pressupõe identificar e fazer valer os deveres a eles correlatos.

Quem seria então o responsável pela higidez e segurança no trabalho?

Uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro revela que o responsável é o empregador ou aquele que toma e/ou se beneficia do serviço prestado.

É oportuno que não se confunda responsabilidade com culpabilidade. O risco advindo de uma atividade econômica deve ser suportado por quem a explora, independentemente de culpa, embora em algumas circunstâncias não seja culpado, a exemplo do que ocorre com produtos que, por defeito de fabricação, venham a causar danos ao consumidor, mesmo tendo sido fabricados com a observância das regras técnicas. O risco não pode ser 100% previsto ou prevenido, tampouco a ciência e a tecnologia podem dar respostas precisas, mas a responsabilidade pode até ser presumida.

---

* Publicado na Revista TRT-8ª Região - Suplemento Especial Comemorativo, v. 41, n. 81, p. 41-49, jul./dez./2008.

[1] Corregedora Regional do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, professora de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará - UFPA e da Universidade da Amazônia - UNAMA.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 299 29/06/2018 15:35:55

O art. 2º da CLT, quando definiu o empregador como aquele que assume os riscos de sua atividade econômica, foi muito além de sua época, pois, em 1943, não se poderia imaginar a magnitude dos números de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais que as estatísticas hoje revelam. Infortúnios esses decorrentes de variáveis que provêm do modelo de sociedade complexa e de massa, bem como do incremento vertiginoso da tecnologia, fatores que geram maior desgaste ambiental, físico, mental e emocional.

A proteção à saúde e à segurança no trabalho está diretamente relacionada à garantia do meio ambiente sadio e seguro, o que exige medidas de prevenção e até mesmo de precaução. Nesse ponto, a Constituição avançou, consoante se verifica nos seguintes dispositivos:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
>
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
>
> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em que pese todo esse avanço no plano constitucional, ainda são elaboradas e aplicadas normas de conteúdo monetarizador do risco, tais como as referentes ao adicional de insalubridade e de periculosidade, como se a saúde do trabalhador tivesse preço, quando o desejável é a prevenção ou redução do risco. Feita essa crítica, salienta-se que as normas que regulamentam as atividades insalubres e perigosas também apresentam regras que impõem aos empregadores a utilização de mecanismos de prevenção, mais adiante apontados de forma exemplificativa.

Nosso ordenamento jurídico é rico em normas que nos autorizam a concluir que é do empregador o dever de manter a saúde e a segurança no trabalho, além de responder por gravames a esses bens jurídicos. Todavia, dentro dos limites deste artigo, numa síntese apertada, alguns exemplos ilustrativos podemos enumerar:

a) A NR5 estabelece que a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA - "tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador" e determina que **"devem constituir CIPA**, por estabelecimento, e mantê-la em regular

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 300 29/06/2018 15:35:55

funcionamento as empresas privadas, públicas, sociedades de economia mista, órgãos da administração direta e indireta, instituições beneficentes, associações recreativas, cooperativas, bem como outras instituições que admitam trabalhadores como empregados";

b) A NR6, que trata do **dever** de fornecimento de Equipamento de Proteção Individual, determina, em seu item 6.3, que a empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, **EPI** adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento;

c) Destacam-se da NR 7 alguns itens: 7.1.1- estabelece a **obrigatoriedade** de elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional **- PCMSO**, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores; 7.1.3- caberá à empresa contratante de mão-de-obra prestadora de serviços **informar à empresa contratada dos riscos** existentes e **auxiliar na elaboração e implementação do PCMSO** nos locais de trabalho onde os serviços estão sendo prestados; 7.2.3- o PCMSO deverá ter caráter de **prevenção**, **rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados ao trabalho**, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores; 7.3.1- que compete ao empregador: a) garantir a elaboração e efetiva implementação do PCMSO, bem como zelar pela sua eficácia; e b) **custear sem ônus para o empregado** todos os procedimentos relacionados ao PCMSO;

d) A NR 9 estabelece: 9.1.1 - a obrigatoriedade da elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - **PPRA**, visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da **antecipação, reconhecimento, avaliação e conseqüente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais;** 9.1.2- as ações do PPRA devem ser desenvolvidas no âmbito de cada estabelecimento da empresa, **sob a responsabilidade do empregador**, com a participação dos trabalhadores, sendo sua abrangência e profundidade dependentes das características dos riscos e das necessidades de controle;

e) É necessário o preenchimento de formulário (**PPP**) pelas empresas que exercem atividades que exponham seus empregados a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, de acordo com Norma Regulamentadora nº 9 da Portaria nº 3.214/78 do MTE;

f) De acordo com art. 58 e seus §§, da Lei nº 8.213, de 24/07/91, com alterações introduzidas pela Lei nº 9.528, de 10/12/97, DOU de 11/12/97, as empresas estão obrigadas a manter laudo técnico de condições ambientais

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 301 29/06/2018 15:35:55

do trabalho (LTCAT), elaborado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança e medicina do trabalho, que servirá para comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos para fins de aposentadoria especial. O laudo técnico referido deverá conter informações sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à **penalidade** prevista no art. 133 da referida lei.

Se houver violação pelo empregador de quaisquer dos procedimentos antes enumerados, estará passível de autuação pelo órgão fiscalizador. A competência para anular penalidades impostas pelo órgão fiscalizador é da Justiça do Trabalho, na forma do inciso VII, do art. 114, da Constituição Federal: "*Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;"*. Essa atribuição reforça a conclusão de que ao judiciário trabalhista incumbe não somente o poder de anular as penalidades, mas também, no caso concreto, exigir que as empresas comprovem o cumprimento dos deveres inerentes ao seu dever de garantir meio ambiente de trabalho sadio e seguro.

Definir direitos e estabelecer deveres correlatos pressupõe mecanismos para a sua efetivação, sendo o mais abrangente deles a garantia de acesso à Justiça, como prevê o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*;" que deve ocorrer, na forma do inciso LXXVIII do mesmo artigo: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"*. Isto quer dizer que é necessário todo um instrumental processual capaz de garantir, de forma efetiva, os direitos tutelados.

Os meios de prova são o arsenal de que se deve utilizar o interessado para demonstrar seu direito. Ocorre que, muitas das vezes, esses meios não estão ao alcance da parte. É o caso, por exemplo, do trabalhador que busca o judiciário para fazer valer seus direitos à saúde e à segurança no trabalho, seja pela via da prevenção - o que é raro -, seja pela via da reparação.

Quanto à distribuição do ônus da prova, há duas posturas que denominamos de: tradicional ou clássica e efetivadora ou flexível.

A *tradicional ou clássica* é resistente a qualquer possibilidade do que se costumou denominar de "inversão do ônus" e limita-se à estrita dicção do inciso I, do art. 333, do CPC: *"O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito."*

A *efetivadora* se predispõe a reconhecer que o ônus da prova incumbe àquele que tem o dever de viabilizar a concretização do direito e que, portanto, é quem tem mais fácil acesso aos meios de prova a sua demonstração em Juízo.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 302 29/06/2018 15:35:55

Em matéria de insalubridade e de periculosidade o art. 195, da CLT, representa a corrente tradicional, pois impõe ao juiz determinar a realização de perícia e ao empregado arcar com seus custos, quando todo o restante da legislação pertinente remete ao dever de o empregador implementar mecanismos de tutela como aqueles já mencionados (EPIs, PPRA, PCMSO, PPP, LTCAT), dentre outros.

Sabe-se que um grande número de processos, cujos pleitos consistem em reparação por danos à saúde ou à higidez, têm sua tramitação emperrada devido às inúmeras dificuldades na realização de perícias na hipótese de assistência judiciária gratuita, tais como: recusa sistemática de entidades públicas em realizar perícias alegando falta ou insuficiência de pessoal qualificado; as empresas alegam que o custeio compete ao empregado que postula, pois é dele o ônus da prova; os empregados, em sua grande maioria, não têm recursos para arcar com as despesas periciais; o custeio de perícias pela União (Resolução CSJT nº 35/2007) apresenta expressivas restrições e onera o orçamento dos TRTs; existem localidades de difícil acesso, nas quais sequer há profissionais habilitados; dificuldade de encontrar peritos que aceitem os valores tabelados.

Se o empregador está obrigado a implementar os mecanismos de prevenção já enumerados, a visão efetivadora usa da interpretação sistemática para concluir que o ônus da prova pericial compete ao empregador, presumindo-se a ocorrência do fato que se pretendia demonstrar pela perícia, obviamente levando-se em conta os demais elementos dos autos em seu conjunto, pois se a descrição da atividade do trabalhador não se inclui naquelas previstas como de risco, não há como presumi-lo.

Os parâmetros que servem de suporte para a visão tradicional e para a efetivadora decorrem do paradigma no qual cada uma delas se assenta.

Nossas crenças determinam nossa forma de agir. Se acreditarmos que as pessoas e as coisas são como são e que nada pode ser feito para alterá-las, nada muda. Por outro lado, se acreditarmos que o esforço comum pode realizar mudanças, este já é um grande passo.

Quem lê este artigo deve estar se perguntando: O que tem a ver crenças ou visões de mundo com a distribuição do ônus da prova e com a concretização dos direitos humanos? Tudo.

O modelo de ciência que utilizamos para descrever e alterar a realidade pode responder a questão.

Modelos de Ciência

Modelo Tradicional	Modelo Novo-Paradigmático
objetividade	intersubjetividade
imutabilidade	instabilidade
simplicidade	complexidade
linearidade	circularidade

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 303 29/06/2018 15:35:55

O modelo tradicional não tem servido para dar respostas aos problemas complexos da sociedade de massa e globalizada. Nem mesmo no campo das ciências exatas o paradigma clássico se manteve. Os físicos tiveram de aceitar a dualidade das ondas luminosas, também conhecida como dualidade onda-partícula ou dualidade matéria-energia, dependendo das condições de observação da luz. É conhecido, também na Física, o chamado "princípio da incerteza", segundo o qual a palavra dualidade deve ser substituída pela idéia de complementariedade, pois ondas e partículas são como duas imagens que se complementam mutuamente. Assim, a "probabilidade" agora se interpreta de forma diferente daquela da física clássica, pois depende das condições nas quais o fenômeno ocorre.

Foi necessário nos estendemos um pouco mais na exemplificação com o intuito de demonstrar que a ciência precisou rever seu paradigma, sua forma de pensar e agir.

Desnecessário destacar que a forma tradicional de manejar o ônus da prova tem por baliza o modelo de ciência tradicional da *imutabilidade* a toda prova, ou seja, a de que "provar compete a quem alega", que a pretexto da *objetividade* ignora qualquer circunstância ou condição do caso concreto, como se a concepção de mundo do intérprete em nada interferisse. Segundo essa visão, a distribuição do ônus da prova funciona como uma receita, sempre ocorrendo da mesma maneira: *linear*.

Aplica-se à visão efetivadora da distribuição do *onus probandi* as características do modelo de ciência novo-paradigmático, porquanto ajusta-se às variáveis do caso, à eqüidade, porque a realidade não é imutável, mas *instável*, visto que um mesmo agente de risco pode gerar conseqüências variadas. A questão também é *complexa*. Assim, se o dever de implementar mecanismos de prevenção e de proteção à saúde e à segurança no trabalho é do empregador, a ele incumbe tê-lo feito quando demandado em Juízo. A título de exemplo temos o PCMSO cujos exames devem ser feitos na admissão, durante o contrato de trabalho e por ocasião da dispensa. Tais exames têm o condão de demonstrar em que condições de saúde o trabalhador ingressou na empresa, se adoeceu ou se teve agravamento no seu quadro clínico por conta da atividade laboral e em que condições foi dispensado. Por outro lado, o PPRA pode demonstrar quais as condições de risco no trabalho.

Contudo, ainda existe uma enorme resistência da comunidade jurídica em ajustar-se ao novo paradigma, pois a própria formação jurídica, em sua grande maioria, ainda está calcada no modelo de ciência tradicional. Essa resistência aliada à deficiência do aparato fiscalizador do Estado integram um conjunto de obstáculos à concretização dos direitos fundamentais laborais.

Manter-se resistente é mais simples e, muitas vezes, até mais cômodo, pois ninguém gosta de dar-se ao trabalho de ler "NRs" (normas regulamentadoras), repletas de detalhes técnicos, quando basta apenas que o trabalhador não possa custear a perícia ou que não se encontrem peritos predispostos a receber valores tarifados para que o pleito seja julgado improcedente por falta de provas.

A introdução expressa da presunção do nexo causal entre a atividade da empresa e o agravo à saúde (Lei 11.430/2006), como se pode verificar pela redação

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 304 29/06/2018 15:35:55

do art. 21-A: "*Presume-se caracterizada incapacidade acidentária quando estabelecido o nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, em conformidade com o que dispuser o regulamento.",* representou significável avanço da lei previdenciária em face da trabalhista, cuja rigidez na distribuição do ônus da prova, principalmente em matéria de saúde e de segurança do trabalho, tem levado à dramática situação de toda uma legião de vitimados pelo trabalho que, justamente por dificuldades de prova, não têm acesso *integral* à Justiça e, como conseqüência, não conseguem responsabilizar seus empregadores pelos danos suportados.

O Decreto nº 6.042/07 oficializa a necessidade de implantação, pela Previdência, de dois instrumentos legais que são: **o Nexo Técnico Epidemiológico (NTPE) e o Fator Acidentário Previdenciário (FAP)**. Esses novos instrumentos têm o intuito de permitir a flexibilização das alíquotas de contribuição das empresas ao seguro acidente de trabalho (SAT).

Dentre os antecedentes dessa normatividade, encontra-se a Resolução nº 1.236, do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), publicada em 10 de maio de 2004, que trouxe novo procedimento de especial importância para as doenças ocupacionais, nas quais há grande resistência à emissão do CAT. Essa nova sistemática também passou a constar da Lei nº 8213/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 316/06, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26 de dezembro de 2006, que acrescentou o art. 21-A ao Plano de Benefícios. Nessas situações, como o benefício será considerado acidentário, de ofício, não haverá multa pela ausência de comunicação de acidente do trabalho (CAT) por parte do empregador (art. 22, § 5º, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 11.430/06). No Regulamento da Previdência Social o assunto é tratado a partir do art. 337, com redação dada pelo Decreto nº 6.042/07, que dá nova formatação ao Anexo II do RPS, o qual estabelece Nexo Técnico Epidemiológico entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade. Essa presunção que dá acesso a benefício acidentário passou a ser válida a partir de abril de 2007 (art. 5º, I, do Decreto nº 6.042/07).

A resistência de muitos empregadores em emitir a CAT, a desproporcionalidade no custeio acidentário entre empresas onde a ocorrência de acidentes era diferenciada, a dificuldade de controle, a oneração do custeio público, dentre outras, foram algumas das causas da alteração da legislação mencionada que, como se pode verificar, teve suporte em problemas de natureza econômica. Todavia, ainda que decorrente de fatores econômicos, são sensíveis os reflexos da sobredita normatividade na tutela dos direitos fundamentais à saúde e à segurança no trabalho.

A presunção de nexo causal, quando a patologia (CID) corresponder, no enquadramento legal à atividade econômica (CNAE) do local de trabalho, provoca um deslocamento de eixo na maneira tradicional de conceber a responsabilidade civil, prescindindo da investigação da culpa.

No mesmo sentido é a dicção do parágrafo único, do art. 927, do Código Civil: *"Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados*

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 305 29/06/2018 15:35:55

em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

Projeto de Lei em tramitação (PL nº 3427/2008) significa tentativa de inserção desse novo paradigma na legislação trabalhista, quando reforça o reconhecimento da obrigação de o empregador propiciar meio ambiente de trabalho sadio e seguro, bem como de adotar medidas preventivas para eliminar ou neutralizar os agentes nocivos e as causas de acidentes ou de doenças ocupacionais.

Mencionado Projeto de Lei implica em mudanças na CLT: altera a redação do art. 195, suprime seus §§ 1º a 3º e cria um parágrafo único; suprime os §§4º e 6º do art. 852-H; modifica a redação do art. 790-B e cria o art. 818-A e seus §§1º a 6º Este último representa reforço aos argumentos já expendidos no sentido de que, sendo do empregador o dever legal de propiciar ao trabalhador meio ambiente sadio e seguro, também incumbe-lhe a respectiva prova. Vejamos:

> Art. 818-A. Constitui ônus da empresa demonstrar que propicia a seus trabalhadores meio ambiente sadio e seguro ou que adotou, oportuna e adequadamente, as medidas preventivas de modo a eliminar ou neutralizar os agentes insalubres, penosos ou perigosos, bem como as causas de acidentes ou doenças ocupacionais.
>
> §1º O reclamado deverá apresentar com a defesa, documentação relativa aos programas e instrumentos preventivos de segurança e saúde no trabalho a que está obrigada a cumprir.
>
> §2º Se o reclamado não cumprir o disposto no §1º, o Juiz poderá determinar a realização de prova pericial as suas expensas.
>
> §3º Será dispensável a realização de perícia sempre que o Juiz entender que as provas dos autos são suficientes para respaldar tecnicamente a decisão.
>
> §4º Determinada a realização da prova técnica, o Juiz nomeará perito, facultando às partes, no prazo de cinco dias, a formulação de quesitos pertinentes e a indicação de assistentes técnicos, os quais apresentarão seus pareceres no prazo fixado para o perito.
>
> §5º As partes que não indicarem assistentes técnicos poderão apresentar impugnação fundamentada ao laudo, no prazo comum de cinco dias, após o que fixado para a entrega do laudo oficial.
>
> §6º O perito do Juízo e os assistentes técnicos deverão estar habilitados na forma do art. 195.

A proposta de alteração legal acima destacada, além de convergir para o que dispõe o art. 21, da Convenção 155 da OIT que estabelece que a medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores, representa significável avanço e ajusta a legislação trabalhista ao modelo de efetividade, bem como denuncia que a formação jurídica calcada no modelo tradicional exige que a literalidade da lei traduza a regra aplicável, embora as demais regras e os princípios do ordenamento jurídico nacional e internacional, como já explicitado, convirjam para a mesma conclusão.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 306 29/06/2018 15:35:55

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS
- A problemática do controle do orçamento público *

Francisco Sérgio Silva Rocha [1]

O objetivo do presente trabalho é avaliar a possibilidade do uso de instrumentos de controle da norma orçamentária, de sorte a proceder, em alguma medida, a verificação da correspondência entre os objetivos constitucionais e o orçamento público, como elaborado e executado.

Para tanto, existe a necessidade de considerar o orçamento como um instrumento de ação política e viabilizador de políticas públicas. Desta assertiva emerge o debate sobre sua aptidão para gerar direito subjetivo e, por decorrente, obrigações ao Poder Público, estabelecendo padrões de vinculatividade, em função dos princípios estabelecidos na Constituição.

Todavia, é forçoso reconhecer que a doutrina em matéria orçamentária persiste tributária das lições de Laband[2]. Este autor, de origem tedesca, considera que o orçamento não é materialmente lei, mas sim possui a natureza de ato administrativo, restringindo-se a uma estimativa de gastos e receitas, mero plano de gestão. Por tal, nega a existência de normas jurídicas no orçamento, ou mesmo de alguma ordem ou ainda alguma proibição, concebendo-o como uma mera expectativa contábil sobre receitas e despesas, nele inocorrendo qualquer delimitação de direitos e deveres por não conter "regra de direito".

Esta concepção surgiu como resultante do processo histórico onde se desenvolveu a tensão entre a monarquia prussiana e o Parlamento. A formulação do orçamento como espécie de ato administrativo tinha por objetivo reforçar a posição do monarca, negando ao Parlamento a possibilidade de modificar o orçamento proposto, cabendo-lhe apenas aprovar ou rejeitar o projeto encaminhado pela Administração Pública.

Esta concepção autoritária se atenua ao longo do tempo, porém persiste a noção original de que o orçamento é, fundamentalmente, um ato do Executivo que, aprovado pelo Parlamento, significa uma autorização para realização de receita e despesa, cuja execução deverá permanecer sob o prudente arbítrio do Administrador Público.

---

* Publicado na Revista TRT-8ª Região - Suplemento Especial Comemorativo, v. 41, n. 81, p. 51-66, jul./dez./2008.

[1] Desembargador Federal do Trabalho da 8ª Região, Mestre em Direito pela UFPA, Professor de Direito da FACI.

[2] Laband, Paul. *El Derecho presupuestario*. Madri. Espanha. Instituto de Estudios Fiscales. 1979.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 307 29/06/2018 15:35:55

Ricardo Lobo Torres[3] afirma ser o orçamento uma lei formal ou um ato-condição, de tal forma que, no tocante às receitas, só tem significância nos países que adotam o princípio da anualidade tributária e, no que concerne às despesas, seu significado surge como autorização de gasto para os agentes públicos (ordenador de despesa).

Nesta concepção não é possível falar em vinculatividade. Considerar o orçamento uma autorização de despesa, mercê da decisão do executante quanto a implementação, retira a possibilidade de controle pela inexecução orçamentária e não permite ao administrado buscar uma forma de decisão injuntiva em face da Administração.

Em sentido diverso, temos a posição de Joaquim José Gomes Canotilho[4], para o qual o orçamento público é simplesmente lei, destinada a prever os meios financeiros para a realização de determinados fins, aplicação esta que não pode se furtar a observância dos princípios constitucionais e a respectiva fiscalização pelos órgãos de controle, submetida a controle jurisdicional de constitucionalidade.

Não se há de negar que a definição da natureza jurídica das leis orçamentárias está vinculada a disputa de poder entre o Parlamento e o órgão que cumpre as funções do Poder Executivo, especialmente, como é o caso em estudo, na conformação das contas públicas. A este quadro se soma o desenvolvimento do Estado e da sociedade, com a ampliação do controle da atividade estatal, restringindo a teoria dos poderes discricionários da Administração ao mínimo necessário a condução dos serviços públicos, privilegiando a atividade vinculada à lei e aos princípios regentes que, constitucionalizados passam a atuar de modo decisivo, permitindo a apuração judicial de critérios de razoabilidade, eficiência, dentre outros.

Não é possível desconsiderar, ante a tendência de ampliação dos mecanismos de controle do Poder Público, ser necessário adentrar em áreas até então imunes ao controle jurídico, o que será objeto de apreciação ao longo do presente trabalho.

A evolução histórica fez inserir nas cartas constitucionais surgidas a partir do primeiro quartel do século XX os denominados direitos de segunda geração ou direitos sociais. Tais normas jurídicas previam a ampliação dos direitos fundamentais para abarcar normas de conteúdo diversificado, porém vinculadas a satisfação do princípio da igualdade material.

Os direitos do trabalho, saúde, educação, moradia, cultura, dentre outros surgem para permitir a atuação do Poder Público para superar a diferenciação econômica e social entre as pessoas, tornando efetivo o direito de igualdade[5].

---

[3] Torres, Ricardo Lobo, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

[4] Canotilho, J. J. Gomes, *A Lei do Orçamento na Teoria da Lei*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1979.

[5] Para importante ligação entre o direito de liberdade e a efetivação dos direitos sociais ver Amartya Sen *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras 2000.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 308 29/06/2018 15:35:55

Parte do reconhecimento que as pessoas não possuem igual acesso aos direitos fundamentais enquanto existir uma desigualdade de base material que vai além da mera distinção de aptidão das pessoas.

Assim, a norma constitucional reconhece os direitos sociais e determina a atuação do Poder Público no sentido de sua implementação, reduzindo as desigualdades sociais[6]. Não é possível considerar que a exigência constitucional seja satisfeita com uma atuação meramente omissiva e não-custosa[7], ao contrário, o ditame constitucional obriga a realização de políticas expressivas na consecução dos objetivos traçados, realização esta que implica, necessariamente, na inversão de amplos recursos, quer diretamente pelo Poder Público ou pela sociedade.

Os investimentos públicos são previstos no orçamento para sua efetivação, com a disposição dos meios necessários à sua execução. Desta forma, o Poder Público realiza as políticas públicas, necessárias a realização dos direitos e princípios estabelecidos na Constituição, prevendo sua execução e consolidando-a com a inserção no orçamento dos meios necessários à sua implementação.

Assim sendo, a efetivação destas políticas, custosas e pendentes de atuação positiva, passa pela alocação dos recursos necessários, o que é feito pela lei orçamentária.

Considerando esta assertiva, como negar a possibilidade de submeter o ato de elaboração e de implementação do orçamento ao controle político ou judicial, considerando a lei orçamentária como elemento essencial e etapa necessária na efetivação dos direitos fundamentais?

Devemos retornar a original concepção de Laband, que foi desenvolvida para resolver o impasse criado pela crise política representada pelo choque entre o princípio monárquico e a representação popular, onde o monarca queria fazer aprovar a lei orçamentária sem se submeter a possibilidade de modificação pelo Parlamento, sustentando não ser limitado por qualquer legislação, pelo que possuiria competência residual para resolver as questões omissas ou os conflitos insolúveis entre dois órgãos estatais[8].

A concepção formulada considera que o orçamento é lei em sentido meramente formal, sendo uma forma de ato administrativo de competência da Administração. Desta forma, os atos de gestão financeira do Estado não poderiam ser suspensos, mesmo que não houvesse aprovação da lei orçamentária, cabendo à Administração tomar as medidas necessárias para manter seu regular funcionamento. Este procedimento não violava qualquer forma de direito, pois a

---

[6] Artigo 3º, III da Constituição Federal.

[7] Tal não significa que apenas os direitos sociais são direitos custosos. A implementação de todo e qualquer direito implica na efetivação de um custo que deve ser suportado pela sociedade. O estabelecimento de mecanismos de eleições periódicas e acesso à Justiça, como direitos de primeira geração são igualmente custosos e representam uma opção da sociedade por um meio de viver que valorize os direitos fundamentais.

[8] Bereijo, Álvaro Rodrigues. Orçamento III. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.º 94, abr./jun. 1990, p. 30-31.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 309 29/06/2018 15:35:55

lei orçamentária não interferia na esfera jurídica do indivíduo ou da comunidade política, ou seja, não regulava as relações intersubjetivas, nem criava direitos e deveres na esfera alheia, destinando-se apenas a assegurar a continuidade dos serviços públicos e o funcionamento da administração pública[9].

A finalidade da teoria de Laband era eliminar a competência do Parlamento na apreciação do conteúdo da lei orçamentária, cuja apreciação seria matéria restrita ao exame do órgão exercente do Poder Executivo, como executante do plano de gestão financeira. Por ter conteúdo de ato administrativo, o plano de gestão financeira seria submetido ao Parlamento, apenas por ter forma de lei e para atender a exigência de participação parlamentar. Em caso de impasse, caberia à Administração Pública a realização da gestão orçamentária, mesmo sem a prévia aprovação pelo Parlamento[10].

Esta concepção, originária da Alemanha em processo de unificação, desbordou sua origem e passou a ser adotado em países de construção histórica diversa. Houriou, Deguit e Jèze[11], pensadores expoentes da doutrina francesa de direito público acolheram a doutrina germânica, sustentando que o ato de aprovação do orçamento possui a natureza de ato administrativo.

Canotilho[12] considera que o Parlamento tem o dever de apreciar, juntamente com a faculdade de recusar a aprovação da proposta orçamentária, como decorrente do sistema de equilíbrio de poderes, mas tal procedimento não pode parar a vida do próprio Estado, sendo admissível, nesta situação, o uso de medidas de emergência. A discussão sobre a possibilidade de ser procedida alteração parlamentar ao projeto de orçamento decorre da concepção desta como lei meramente formal, hipótese em que a atuação parlamentar seria restrita. Em sentido diverso, a concepção do orçamento como lei em sentido formal e material, favorece a atuação parlamentar, de onde seria possível a aprovação de emendas modificativas ao texto apresentado pelo Poder Executivo.

Em nosso sistema jurídico vemos que a possibilidade de controle político está bem assentada por vários dispositivos constitucionais. A imprescindibilidade da atuação parlamentar na apreciação do projeto de lei orçamentária está bem marcada na disposição do artigo 57, § 2º da CF, bem como a possibilidade de controle parlamentar durante a execução orçamentária (artigo 72, § 2º da CF). Os parlamentares possuem a prerrogativa da apresentação de emendas (art. 166, §§ 2º e 3º, da CF) e o uso de recursos decorrentes de veto, emenda ou rejeição da lei orçamentária apenas poderá ser utilizado com autorização do Congresso Nacional (artigo 166, § 8º da CF).

Desta forma, os diversos dispositivos constitucionais acima citados bem demonstram a possibilidade de controle político da norma orçamentária pelo Parlamento, sem olvidar a plena aplicabilidade do princípio da harmonia dos poderes, inclusive na elaboração deste tipo de norma.

---

9 Laband, 1979, p. LIII e p. 21-24.

10 Laband, 1979, p. LIV-LV.

11 Conforme citado por Canotilho: 1979, pg. 11.

12 Canotilho: 1979, pg. 17.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 310 29/06/2018 15:35:55

Se o controle político existe, e assim o demonstra os dispositivos constitucionais antes citados, o que dizer da possibilidade de controle judicial do orçamento?

A lei orçamentária é uma norma que fixa e determina conduta, com natureza material e formal, pois possibilita a exigibilidade de concretização dos direitos moldados pelas políticas públicas. Estabelece o modo de aplicação dos recursos públicos, a forma e as etapas de implementação dos direitos fundamentais sociais e como serão desenvolvidas as políticas que devem dar cumprimento às normas constitucionais. O orçamento permite a materialização da política pública que irá dar cumprimento ao direito social reconhecido e albergado pela Constituição.

Não é possível afirmar que o direito fundamental surja, ou que demonstre algum tipo de eficácia, apenas após sua consideração pela norma orçamentária. Os direitos constitucionais sociais existem antes da previsão de implementação pelo orçamento e podem ser passíveis de níveis de satisfação, mesmo antes da previsão no orçamento.

Vale a pena destacar posição diversa, esposada pelo professor Ricardo Lobo Torres, segundo a qual, no atendimento aos direitos sociais, há necessidade da ocorrência de uma dupla legalidade: a primeira concerne às leis concessivas de tais direitos e a segunda decorre da lei orçamentária.

Para este autor, na ausência de lei ordinária concessiva, a Administração Pública não estará obrigada a incluir no orçamento recursos para atendimento deste tipo de despesa, ainda que a Constituição proclame o direito social. Na hipótese de existência de lei ordinária de concessão do direito social ou econômico, o orçamento autorizará a despesa, porém pode fixar dotações inferiores às propostas ou até mesmo deixar de as prever como atividade e despesa[13].

Evidente que tal postura nega completamente a possibilidade de controle de norma orçamentária, na medida em que apenas reconhece o direito social quando duplamente reconhecido, pela legislação ordinária e pela inclusão em proposta de orçamento de recursos postos à disposição para esta finalidade, mesmo que estes sejam insuficientes para atender os direitos em nível de satisfação.

O direito social estabelecido na Constituição não depende de qualquer medida legislativa ou administrativa para seu reconhecimento. Sua existência decorre da própria Constituição que proclama sua aplicabilidade imediata, conforme o artigo 5º, § 1º da CF.

Neste sentido temos duas posições a considerar. A primeira, formulada pelo professor José Afonso da Silva[14] considera que as normas constitucionais se distinguem, quanto a sua aplicabilidade, em três tipos de norma: normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral e

---

[13] Torres, Ricardo Lobo, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5.

[14] Silva, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, pg. 75.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 311 29/06/2018 15:35:55

normas de eficácia limitada. As normas declaratórias de princípio programáticas estariam enquadradas neste terceiro tipo, sendo normas editadas pelo constituinte para traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado. Este tipo de norma orienta a atuação do Estado de sorte que este não pode agir no sentido contrário ao mandamento constitucional, necessitando de regulamentação por ato administrativo ou legislativo para atingir toda a sua potencialidade em termos de aplicabilidade. Sem a complementação, existe aplicabilidade negativa da norma, pelo que o administrador público ou o legislador não podem tomar atitudes contra o texto expresso na Constituição, sob pena de incidir em vício de inconstitucionalidade.

A segunda posição, sustentada pelo professor Eros Roberto Grau[15], considera que as normas definidoras dos direitos fundamentais possuem eficácia imediata, como dispõe o artigo 5º, § 1º da CF. Estas normas devem ser cumpridas pela Administração e pelos particulares, não possuindo caráter programático e não dependem da produção de qualquer ato administrativo ou legislativo para sua efetividade. Todavia, este autor procede a uma distinção entre a eficácia jurídica e eficácia social (material), pelo que não considera que a Constituição assegure a eficácia material dos direitos sociais, os quais devem ser paulatinamente implementados, na medida em que existam condições para isso, não havendo direito subjetivo a ser exigido para forçar a implementação dos direitos fundamentais sociais.

Cremos que inadmitir a possibilidade de recurso a atuação judicial, quando há violação dos direitos sociais, é negar atributo essencial de eficácia das normas que consagram os direitos fundamentais de segunda dimensão. Os direitos sociais surgem a partir dos movimentos de trabalhadores no século XIX e atingem concretização constitucional a partir do primeiro quartel do século XX, especialmente com a vigência da Constituição Mexicana de 1917 e Alemã de 1919. Seu desenvolvimento ocorre ao longo da primeira metade do século até atingir sua plenitude no período imediatamente após a 2ª Guerra Mundial, com a ampliação do reconhecimento destes direitos e sua universalização.

No Brasil, a Constituição de 1988 rompe com um passado autoritário e propõe a criação de um Estado Democrático de Direito, com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 1º e 170 da CF). Estabelece os direitos sociais e assegura que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata (art. 6º e 5º, § 1º da CF).

O direito previsto nasce para ser implementado em uma específica sociedade e em um determinado tempo/espaço. O Brasil era e persiste como uma sociedade periférica, com demandas sociais imensas, cujo acesso da população aos meios necessários para compor o conceito mínimo de dignidade humana é diminuto e carece de uma atuação estatal para sua ampliação.

---

[15] Grau, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 8ª edição: Malheiros, 2003.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 312 29/06/2018 15:35:55

A concepção de aplicação dos direitos fundamentais sociais é diferenciada em função do tempo/espaço. Tal é bem exato considerando a forma de implementação dos direitos sociais em países de capitalismo avançado. Nestas sociedades a base é formada de um universo de direitos e prestações capaz de compor um conceito de dignidade pessoal bem diverso do considerado nos países de capitalismo periférico. Nestas sociedades a base existente para a prestação de serviços e de direitos é tênue e necessita de uma maior atuação estatal para atingir um patamar que possa compor o conceito de dignidade humana.

Desta forma, a aplicação da doutrina da "reserva do possível" (Vorbehalt des Möglichen) em países de base histórica e social bem diferenciadas, deve ser precedida de necessária cautela, pois diversa é a base fática sobre a qual foi desenvolvida. Andreas Krell[16] sustenta a aplicabilidade dos direitos sociais fundamentais posto na Constituição, independentemente de sua definição por ato legislativo ou administrativo, porém crê na existência de uma margem de conformação posta ao legislador para a definição da forma e da medida em que o direito social deve ser assegurado, havendo um "livre espaço de conformação" sobre o qual o legislador pode agir.

Este autor considera que a existência de um espaço de conformação é necessária para que o legislador possa escolher o modo e forma de implementar o direito social, posto que em um sistema político plural, as normas constitucionais definidoras dos direitos sociais devem ser abertas para possibilitar diversos modos de efetivação do direito, conforme as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. Importa para a Constituição a satisfação do direito fundamental, sendo possível atende-lo de diversas formas e maneiras, consoante a visão política do órgão responsável. A escolha deve ser realizada pelo administrador ou pelo órgão legislativo, cumprindo programas submetidos ao sufrágio popular para sua aceitação.

Neste sentido, temos a ocorrência de controle político do orçamento como meio de desenvolvimento de políticas públicas, implementadoras dos direitos sociais fundamentais. Este controle é desenvolvido pelos órgãos de representação popular do Estado em cumprimento a políticas submetidas ao processo eleitoral como caminhos aptos a viabilização de direitos. O campo de opção posto a tais órgãos permite efetuar escolha entre alternativas possíveis, dentro de uma margem de atuação limitada.

Em outras palavras, os órgãos de representação popular possuem um espaço de atuação dentro do qual podem escolher o modo e o sentido de implementação do direito social. O procedimento irá observar a opção política do administrador público, submetida ao sufrágio popular. Por exemplo, o princípio constitucional da proteção da relação de emprego (artigo 7º, I da CF) pode ser considerado como atendido de diversas formas: um governo de ideologia liberal poderá enfatizar

[16] Krell, Andreas J., Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa), *Revista de Informação Legislativa*, vol. 144, Brasília: Senado Federal, outubro/dezembro 1999.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 313 29/06/2018 15:35:55

programa de educação profissional, enquanto de governo de diversa orientação ideologia poderá priorizar mecanismos que dificultem diretamente a dispensa imotivada.

A conformação aberta dos direitos sociais irá permitir uma variação na forma de seu desenvolvimento, conforme a opção do eleitorado. Neste espaço, sua possibilidade de escolha é ampla e soberana, não estando sujeita a censura do Poder Judiciário, albergado no princípio da separação de poderes.

Este horizonte aberto à atuação da Administração Pública não é ilimitado. Como decorrente do cumprimento da Constituição, sua missão é proceder a implementação do direito social, cuja efetividade imediata (art. 5º, § 1º da CF) já foi destacada anteriormente. A possibilidade de opção da Administração está no meio e na forma de viabilizar o cumprimento, jamais no direito em si.

Neste sentido, não é possível falar em absoluta liberdade de atuação do Poder Público, mas sim em atividade discricionária de conteúdo limitado.

O ato administrativo classicamente é dividido, quanto ao regramento, em atos discricionário e vinculado[17]. No primeiro, o agir administrativo é completamente conformado pela disposição legal e no segundo existe uma margem de escolha do administrador. Todavia, este esquema clássico não atende às necessidades do regramento da atuação do Poder Público.

A ação administrativa não é um fim em si mesma. Corresponde a necessidade de atenção aos interesses da coletividade, cujo zelo cabe aos poderes públicos. Neste sentido, atua em nome da coletividade e para atender a seus interesses, assim age fundada no princípio da supremacia para fazer valer o interesse coletivo, mesmo a custa do interesse individual[18].

Já destacamos que o agir administrativo decorre da necessidade de satisfação dos interesses da coletividade, pelo que seus atos devem tem por finalidade a realização do interesse público e não do interesse meramente individual. Assim, estamos diante de um direito/dever da Administração, posto que para cada direito que nasce para o Poder Público existe a correspondente necessidade de atuação conforme o interesse público que busca efetivar.

Desta forma, não existe plena autonomia da vontade para a Administração Pública, mas sim a realização de uma finalidade específica - a satisfação do interesse público, cujo conteúdo é preenchido pela lei.

De fato, admitir que a finalidade a ser buscada pela Administração Pública esteja fora do conteúdo normativo é abrir amplo campo de atuação ao Estado que poderá fazer uso de sua posição de supremacia em quaisquer áreas de interesse, hipótese que poderia redundar em ameaça para as liberdades públicas.

---

[17] Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993.

[18] É claro que a busca pela satisfação do interesse coletivo não pode implicar em violação dos direitos e garantias individuais, posto o direito da minoria, por esta ser minoria, não deixa de ser direito, necessitando ser respeitado pela atuação do Estado.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 314 29/06/2018 15:35:56

Assim sendo, a atuação da Administração Pública conforme a lei é decorrente lógica da organização da sociedade no enunciado Estado de Direito, posto que enumera os campos de atuação do Poder Público e permite o controle das finalidades que devem ser objeto de seu agir.

A questão não é de escasso interesse. Como primado inicial, temos por estabelecido que a atividade administrativa difere da atuação da generalidade das pessoas (naturais e jurídicas) pela sua absoluta submissão ao comando legal. Para as pessoas, em vida social, é possível atuar ou regular conduta onde a lei não vede, pois toda ação não proibida é juridicamente permitida (facultada). Desta forma, é perfeitamente possível ao cidadão livremente dispor, estabelecendo situações não previstas e obrigando-se em condutas não contempladas no ordenamento positivo, ressalvando a comum impossibilidade no que concerne a atos proibidos.

Para a Administração Pública a realidade é diversa, aplicando-se o brocardo: *"quae non sunt permissae prohibita intelliguntur"* (o que não é permitido há de entender-se como proibido). O administrador apenas atua sob comando normativo. Sua possibilidade de agir e competência são discriminadas no ordenamento, não sendo possível atuar onde a lei não determine, devendo agir conforme previsto no ordenamento. Nenhum ato é legítimo senão quando conforme com as normas obrigatórias em vigor. No dizer de Caio Tácito: "A Administração Pública, dotada de uma margem reconhecida de discricionariedade, em benefício do interesse geral, encontra na regra de competência, explicitada na lei que qualifica o exercício da autoridade, a extensão do poder de agir"[19].

Tal formulação decorre da necessidade de estabelecer controles para os atos da Administração Pública, pelo que a sociedade tem a possibilidade de escolher onde e como o Estado deverá atuar, ao mesmo tempo em que se assegura que nenhuma atividade existirá fora dos limites de sua escolha. O administrador possui limites estritos em sua possibilidade de atuação, estando submetida a uma regra da legalidade, pela qual deverá pautar seu agir.

No Estado criado, denominado Estado de Direito tudo se faz de conformidade com a lei, posto que a Administração age dando execução à lei, observando rigorosamente a lei.

Em certos casos, a lei estabelece o único comportamento a ser adotado pelo administrador perante casos concretos, posto que o legislador preestabelece a situação de fato e o modo de agir do administrador diante de dada situação específica. No caso, o ato a ser praticado pelo funcionário competente para tal é denominado de vinculado. Sua vinculação, no liame de causalidade ocorre entre o fato e a lei. Dada a situação de fato legalmente prevista, o agir deve ser aquele que o comando normativo antecipadamente prevê.

Em outra situação, o legislador permite ao administrador, diante de situações fáticas determinadas, uma margem de liberdade na pratica do ato, podendo assumir as formas de: praticar ou não o ato administrativo; conceder-lhe

[19] *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, pg. 144.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 315 29/06/2018 15:35:56

competência para escolher o momento de pratica do ato; deferir-lhe opção quanto à forma do ato, ou ainda autorizar o administrador a decidir sobre a providência a ser adotada entre alternativas existentes. Nestas hipóteses, estamos diante da discricionariedade administrativa.

O limite específico da atuação do administrador na prática de ato discricionário está bem posta na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual a discrição existe "única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima". Posto que, "não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo". Em resumo: "...a liberdade que a norma haja conferido em seu mandamento ao administrador, quando lhe abre alternativas de conduta, não lhe é outorgada em seu proveito ou para que faça dela o uso que bem entenda. Tal liberdade representa apenas o reconhecimento de que a Administração, que é quem se defronta com a variedade uniforme de situações da vida real, está em melhor posição para identificar a providência mais adequada à satisfação de um dado interesse público, em função da compostura destas mesmas situações. Por isso, a lei não podendo antecipar qual seria a medida excelente, para cada caso, encarrega o administrador, pela outorga da discrição, de adotar o comportamento ideal: aquele que seja apto no caso concreto a atender com perfeição a finalidade da norma"[20].

Por tal, o legislador não pretende deixar completamente livre o campo de atuação ao administrador para que este proceda à margem de um critério de racionalidade, mas deseja e determina que atue, diante das circunstâncias fáticas, no sentido de obter a melhor solução.

Desta forma, a obrigação que a lei impõe ao administrador é de tomar a melhor das decisões, para o fim de atender à finalidade (elemento vinculado, posto que prevista na lei). Esta obrigação não é apenas política, mas é, também, uma obrigação jurídica.

Neste sentido, o conceito clássico de mérito administrativo, aparta-se da afirmativa no sentido de que os motivos de oportunidade e de conveniência administrativa, utilizados pelo administrador na prática do ato discricionário, são intangíveis ao controle judicial.

Ao revés, são perfeitamente passíveis de controle, posto que submetidos a uma finalidade prevista em lei. O administrador possui margem de atuação, porém os contornos de sua atividade estão previstos no ordenamento, pelo que seu agir apenas será legítimo enquanto observar os preceitos legais pertinentes a finalidade do ato que pretende praticar. A discrição não equivale ao arbítrio desregrado, mas antes a vinculação do administrador ao sistema normativo e ainda, aos princípios que atuam como reguladores de conduta para o órgão do poder público.

Obviamente, a vinculação do Poder Público ao sistema jurídico é decorrente do princípio da legalidade, cuja ligação com o princípio da supremacia da

[20] Celso Antonio Bandeira de Mello - *Curso de Direito Administrativo* - Malheiros Editores - 4ª Edição - São Paulo - 1993.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 316 29/06/2018 15:35:56

Constituição é evidente. Neste sentido, a atuação do Poder Público está amplamente e plenamente sujeita ao sistema normativo, em cujo ápice está a Constituição como decisivo elemento de vinculação de toda a sociedade às suas normas.

A sujeição ao princípio da supremacia da Constituição marca o limite de atuação da Administração Pública, seja no ato político (elaboração de leis), seja no ato administrativo propriamente dito, aplicando a legislação (constitucional) em sua atividade regular.

Desta forma, quer no processo de elaboração das leis, quer no mister de sua execução, a atividade do Poder Público está sujeita ao parâmetro da legalidade, mormente o limite da legalidade constitucional. No caso em apreço, temos por questionar o controle realizado na elaboração e execução da lei orçamentária, adotando a Constituição como parâmetro de controle[21].

Já destacamos que os direitos sociais, contemplados pela Constituição, não surgem com a norma orçamentária. Existem previamente e estão aptos a produzir efeitos, embora talvez sem atingir sua integral potencialidade. Porém, com sua inserção na norma orçamentária, dentro da margem de conformação do Poder Público, passam a gerar direitos e deveres e torna nítida a possibilidade da exigência judicial dos direitos constitucionais. A defesa do aspecto material e formal da natureza jurídica das leis orçamentárias confere consistência ao atendimento das necessidades humanas consideradas fundamentais pela Constituição.

A norma orçamentária realiza a gestão dos recursos públicos, com a seleção de prioridades, dentro de um limite material conformado pelo total de despesa passível de ser suportada em uma relação tempo/espaço. Desta escolha podem decorrer tensões, que devem ser solvidas para a aplicação dos meios disponíveis para a satisfação das necessidades humanas. Para tanto, é necessária a aplicação da Constituição e das normas de princípio nela contidas, de sorte a resultar na melhor opção possível de dispêndio. Caso isso não ocorra, é cabível o recurso ao Poder Judiciário para preservar a supremacia constitucional, utilizando os instrumentos postos à disposição da sociedade para a preservação de direitos.

Não é possível se contentar com uma aplicação parcial da Constituição, abrindo mão de prestações positivas. Este procedimento frustra a *vontade da Constituição*, elemento apontado como indispensável à plena afirmação de sua força normativa[22] e renúncia à vocação de influenciar e determinar a própria realidade política e social com a qual coexiste. Se é certo que a eleição de prioridade é uma tarefa de política pública, nem por isso o legislador possui margem de discricionariedade tal que o leve a dispor livremente dos princípios constitucionais.

---

[21] Mesmo não tratando de controle de orçamento para a viabilização de direito fundamental social, vemos que o STF já proclamou a possibilidade de controle judicial do orçamento público, afastando a hipótese de se tratar de ato infesto a este tipo de avaliação. Neste sentido a ADI 1911-MC, ADI-MC 468-9 e ADI-MC 810-2.

[22] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 317 29/06/2018 15:35:56

Assim sendo, caberá ao Poder Público estabelecer política para satisfação dos direitos sociais, materializando-os pela sua previsão no orçamento público, estabelecendo a estimativa dos meios necessários ao atendimento à necessidade de direitos fundamentais da população. Com tal procedimento emerge a vinculação absoluta do executor orçamentário às prioridades estabelecidas por ocasião da elaboração do orçamento público, não existindo espaço para atuação discricionária nesta atividade.

Neste sentido sua atuação é de uma discricionariedade limitada às normas e princípios estabelecidos na Constituição na elaboração da norma orçamentária e uma atividade vinculada na sua execução, cabendo-lhe implementar os direitos constitucionais contemplados no orçamento aprovado, com a ressalva da possibilidade de recurso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV da CF) em caso de flagrante violação a Constituição ou descumprimento das normas aprovadas pelo Parlamento.

A possibilidade de controle judicial está posta em dois níveis: controle em face da não implementação dos direitos sociais fundamentais, deixando de prever sua materialização pela norma orçamentária; controle pelo descumprimento da norma orçamentária aprovada pelo Parlamento.

No primeiro nível já afirmamos a existência de um espaço de conformação ao Poder Público para efetivação dos direitos, espaço este aberto a opção ideológica do gestor público, decorrente do sufrágio. Neste espaço, o Poder Público implementará sua política para a satisfação dos direitos sociais, consoante seu modelo. A possibilidade de recurso ao Poder Judiciário não abrange o pedido de revisão do modelo implementado. Não cabe substituir a figura do administrador pelo Juiz para dizer que um modelo é melhor que outro e obrigar o Poder Público a agir em sentido diverso da opção política manifestada, ressalvada flagrante e direta violação das normas contidas na Constituição. Todavia, em caso de simples omissão persistente do Poder Público em prever o atendimento, é possível o uso dos mecanismos existentes de controle de constitucionalidade (artigo 5º, XXXV e LXXI e artigo 103, § 2º da CF) para atingir os direitos previstos, mas não implementados.

Nesta hipótese, já existe decisão proferida pelo STF considerando ser possível a atuação do Poder Judiciário para promover o atendimento de direito fundamental descumprido pelo Poder Público, considerando a hipótese de omissão na formulação de políticas públicas para atendimento de direito social estabelecido na Constituição Federal. Nesta decisão, apesar de destacada a excepcionalidade da intervenção judicial, foi determinado a Administração que procedesse ao atendimento do direito fundamental, sem a prévia previsão orçamentária, enfatizando a necessidade de não comprometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais[23].

[23] Decisão proferida no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 436996, julgado pela Segunda Turma do STF, relatado pelo Ministro Celso de Mello. No mesmo sentido é a decisão proferida no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 318 29/06/2018 15:35:56

Vale ainda citar como exemplo interessante decisão, também proferida pelo Supremo Tribunal Federal, desta feita em 11 de junho de 2002, tendo como órgão julgador a Primeira Turma[24] daquela Corte, cuja singela ementa é abaixo transcrita:

> "Recurso extraordinário. Investigação de Paternidade.
>
> Correto o acórdão recorrido ao entender que cabe ao Estado o custeio do exame pericial de DNA para os beneficiários da assistência judiciária gratuita, oferecendo o devido alcance ao disposto no art. 50 LXXIV, da Constituição.
>
> Recurso extraordinário não conhecido".

Nesta decisão foi reconhecida a imediata eficácia do direito fundamental inscrito no artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal, cuja despesa para implementação deve ser integralmente e imediatamente custeada pelo erário público, independentemente de prévia previsão de disponibilidade orçamentária, ou mesmo da previsão da sustentabilidade do direito perante o orçamento. Transcrevo trecho do voto para melhor entendimento da matéria discutida naquele processo:

> "A espécie fundamental posta nos autos concerne, efetivamente, à extensão da assistência judiciária, *ut* art. 5°, LXXIV, da Lei Maior, regra auto-aplicável. No ponto, o acórdão decidiu, de forma adequada, em termos a emprestar ampla eficácia à regra fundamental em foco, garantidora do acesso à justiça dos necessitados, que hão de receber do Estado amparo em ordem ao pleno exercício de seus direitos e à sua defesa, *ut* art. 5°, XXXV da Constituição.
>
> Embora possam surgir dificuldades à Administração, quanto a recursos para atender a despesas necessárias ao funcionamento da assistência judiciária, a *quaestio juris* em causa, nos termos decididos pelo acórdão, não entra em conflito direto com o art. 100 e parágrafos, da Constituição, onde não se poderá encontrar óbice à incidência do art. 5°, LXXIV. Por igual, não há ofensa direta aos dispositivos apontados no apelo extremo, de resto, não objeto da discussão principal.
>
> Do exposto, não conheço do recurso extraordinário."

Na decisão, pode-se encontrar, como fundamento a consideração da relevância de princípio constitucional, (os princípios de acesso à Justiça e segurança jurídica) para justificar a intervenção do Poder Judiciário em fazer prevalecer a Constituição, outorgando diretamente direitos, independentemente de sua prévia estipulação em norma orçamentária. No caso, resta evidente que

---

nº 410715, com o mesmo órgão julgador e relator.

[24] Recurso Extraordinário nº 207.732-1 Mato Grosso do Sul, Relatora: Ministra Ellen Gracie, recorrente: Estado de Mato Grosso do Sul e recorrido: Marcos Augusto Viel. No mesmo sentido deste julgamento foi a decisão proferida no RE 224775 / MS - Mato Grosso do Sul, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, julgado em 08 de abril de 2002 pela Segunda Turma daquele tribunal.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 319 29/06/2018 15:35:56

o Poder Judiciário considerou existente uma despesa pública para viabilizar o exercício de direito fundamental, sem cogitar da necessidade de prévia previsão legal, seja sob a forma de lei ordinária prevendo o direito, seja sob a forma de lei orçamentária, alocando receita para sua efetivação.

Na segunda hipótese - controle pelo descumprimento da norma orçamentária aprovada pelo Parlamento, a possibilidade de seu exercício está na conjugação da eficácia das normas materiais constitucionais com a lei orçamentária, como fonte de direito e garantia deste direito, respectivamente. Assim, é possível determinar a forma e o meio em que deve ser cumprida a obrigação em prestações materiais do Estado, respeitando-se as reais possibilidades econômicas e financeiras, consoante previsão em norma orçamentária para atender os direitos fundamentais sociais. Caberá ao Judiciário controlar o cumprimento da lei, repondo o direito na hipótese de violação.

Na hipótese acima tratada, temos por necessário traçar uma distinção para justificar a existência de hipótese de legal descumprimento da norma orçamentária. A primeira versa sobre a impossibilidade de execução orçamentária por motivos alheios à real vontade da Administração Pública, como na hipótese de redução de receita prevista que afete significativamente a execução orçamentária. Evidente que nesta situação o Poder Público poderá motivadamente deixar de dar cumprimento ao orçamento aprovado, submetendo suas razões ao Congresso Nacional (artigo 166, § 1º, II da CF). Também é igualmente certo que o orçamento pode não ser executado, conforme aprovado pelo Parlamento, em outra hipótese. Falo da situação possivelmente ocorrente de elevação da receita pública prevista (artigo 165, § 8º da CF), situação em que, mediante autorização parlamentar (artigo 166, § 1º, II da CF) deve ocorrer elevação dos valores de despesa, proporcionalmente em relação ao efetivo aumento de receita, especialmente, mas não só, em relação às despesas que possuem receitas vinculadas (artigos 198, § 2º e 212 da CF)[25].

De qualquer sorte, temos que a execução da lei orçamentária é passível de controle, quer em função dos próprios termos da lei do orçamento ou da lei das diretrizes orçamentárias, quer em relação a Constituição Federal[26]. Reprise-se que os direitos fundamentais sociais já são concedidos pela própria Constituição, cabendo as leis orçamentárias sua delimitação quanto a forma e maneira de sua implementação, pois condicionados aos limites e recursos expostos nessas leis. Porem, estas normas infraconstitucionais não servem para negar a eficácia desses direitos, uma vez que a constituição já é suficiente para sua exigibilidade, dentro de certa medida.

---

[25] O artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal admite outra solução ao permitir que os valores obtidos por excesso de arrecadação sejam gastos no exercício diverso a sua concretização.

[26] Neste sentido a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI nº 2925-8, onde o Ministro Marco Aurélio foi prolator. Neste julgado foi admitido o controle e proclamada a inconstitucionalidade de lei orçamentária.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 320 29/06/2018 15:35:56

Não é possível considerar que as normas instituidoras dos direitos sociais são carentes de aplicabilidade até quando uma norma infraconstitucional silenciar. Esta concepção seria subordinar a Constituição a uma normatividade inferior, negando a supremacia como atributo constitucional. Se é bem certo que o direito não possui o condão de, por si só, modificar a realidade, possuindo limites na impossibilidade de normatizar o inalcançável, também é correto considerar que a atuação do Estado deve observar a Constituição em seus princípios e regras, compreendendo os direitos fundamentais como linha ordenatória de sua atuação (artigo 3º da CF), cabendo ao Poder Público (artigo 2º da CF) proceder em equilíbrio entre extremos[27] para a produção de um sistema jurídico dotado de eficácia material e garantidor dos direitos fundamentais.

Caberá ao Poder Público, compreendido como Executivo, Legislativo e Judiciário, gestar um modo de atendimento aos direitos fundamentais, dentro das regras de atuação de cada função estatal, consoante a norma constitucional de cada país. Em nosso sistema jurídico não é possível negar a atuação do Poder Judiciário, dentro das regras de competência especificadas e com possibilidade de ampla revisão das decisões, para proceder ao controle da atuação dos demais poderes, em busca da efetivação dos direitos previstos na Constituição e nas normas infraconstitucionais que detalham os direitos sociais e os modos de sua implementação.

Tal procedimento não significa substituir o critério do administrador pelo do Juiz, mas sim compreender que o sistema jurídico, acolhendo a regra de controle, materializada na doutrina dos freios e contrapesos, atribui a este setor do Poder Público a responsabilidade última de fazer prevalecer a supremacia da Constituição (artigo 102, *caput*, da CF). Negar esta possibilidade é retornar ao período anterior a *Marbury v. Madison*[28].

---

[27] Krell, op. cit., pg. 255.

[28] Decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1803. A decisão da Corte de que deveria obedecer à Constituição e não ao estatuto inconstitucional introduziu no sistema constitucional a prática da revisão judicial dos atos do Poder Público, garantindo a supremacia da Constituição.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 321 29/06/2018 15:35:56

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 322 29/06/2018 15:35:56

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ABERTURA MATERIAL DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ALGUMAS APROXIMAÇÕES [1]

Ingo Wolfgang Sarlet [2]

1. Notas introdutórias: a dignidade da pessoa humana e a unidade axiológica (e aberta!) da ordem jurídica

Hoje praticamente não há quem questione que uma das funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana - cuja trajetória, especialmente no que diz com a sua evolução no plano histórico e filosófico aqui não poderá ser revisitada, mas que encontrou em Fábio Konder Comparato um dos mais expressivos comentadores[3] - reside justamente no fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no "ponto de Arquimedes do estado constitucional"[4]. Como bem o lembrou Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado,[5] razão

---

[1] O presente texto, ressalvados alguns ajustes importantes especialmente na parte introdutória e conclusiva, retoma escritos anteriores do autor, especialmente extraídos da obra Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007 e A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. (Publicado na Revista TRT-8ª Região - Suplemento Especial Comemorativo, v. 41, n. 81, p. 179-206, jul./dez./2008)

[2] Doutor em Direito (Munique). Estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Munique (DAAD), como bolsista e pesquisador do Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique) e Georgetown Law Center (Washington-DC). Professor Titular da Faculdade de Direito e do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Professor do Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha). Professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Juiz de Direito no RS.

[3] Cf. F. K. Comparato, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, São Paulo: Saraiva, 1999.

[4] Cf. G. Haverkate, Verfassungslehre, München: C. H. Beck, p. 142.

[5] Cf. J. Miranda, Manual de Direito Constitucional, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 180. Assim também J. C. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 323 29/06/2018 15:35:56

pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como uma espécie de "alfa e ômega" do sistema dos direitos fundamentais.[6]

Tal concepção, à evidência, aplica-se também ao nosso constitucionalismo, igualmente caracterizado por uma Constituição de cunho marcadamente compromissário, mas que, no seu artigo 1º, inciso III, erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.[7] Assim, na esteira do que já se afirmou em relação à Lei Fundamental da Alemanha, também a nossa Constituição - pelo menos de acordo com seu texto - pode ser considerada como sendo uma Constituição comprometida com a plena realização da pessoa humana,[8] ainda que não raras vezes este dado venha a ser desconsiderado e não corresponda muitas vezes à realidade.

Assim, como bem lembra Martínez, ainda que a dignidade (como valor) preexista ao Direito, certo é que o seu reconhecimento e proteção(mesmo que não por meio de uma positivação expressa) por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima.[9] Aliás, tal dignidade tem sido reconhecida à dignidade da pessoa humana que se chegou a sustentar, parafraseando o conhecido art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa não possui uma Constituição.[10] Também por este motivo assiste inteira razão aos que apresentam a dignidade da pessoa humana(designadamente o

---

na Constituição da República Portuguesa de 1976., Coimbra: Almedina, 1987, p. 101, referindo que os preceitos relativos aos direitos fundamentais "não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus actos e atributos". Entre nós, v., por todos, Rizzato Nunes, O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45 e ss.

[6] Cf. F. Delpérée, O direito à dignidade humana, p. 161.

[7] Neste sentido, v., dentre outros, J. Afonso da Silva, A dignidade da pessoa humana..., p. 91-92. Também E. Benda, Die Menschenwürde ist Unantastbar, in: ARSP nº 22 (1984), p. 23, embora para o caso da Alemanha, de há muito leciona que a noção de dignidade da pessoa constitui o ponto de partida e o centro da concepção de Estado e Direito adotada pela Lei Fundamental de 1949.

[8] Cf. Podlech, in: Alternativ Kommentar, vol. I, p. 281. O mesmo se observa em relação à ordem jurídico-constitucional italiana, de acordo com F. Bartolomei, la dignità umana come concetto e valore costituzionale, p. 11, afirmando que a Constituição da Itália, ao reconhecer e assegurar a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, acabou criando uma ordem de valores centrada na personalidade humana.

[9] Cf. M. A. Alegre Martínez, La dignidad de la persona..., p. 29. Entre nós e dentre outros, v. E. Pereira de Farias, Colisão de Direitos, p. 51, afirmando que o respeito pela dignidade da pessoa constitui elemento imprescindível para a legitimação da atuação do Estado.

[10] Cf. a expressiva formulação de M. L. Pavia, La dignité de la personne..., p. 105, admitindo, contudo, o tardio reconhecimento da dignidade da pessoa humana no âmbito da ordem jurídico-positiva francesa.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 324 29/06/2018 15:35:56

seu reconhecimento, proteção e promoção) como sendo um importante critério indicativo da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional, já que diz com os fundamentos e objetivos, em suma, com a razão de ser do próprio poder estatal.[11] Nesta perspectiva - embora num sentido distinto - há como sustentar que a dignidade sempre também cumpre uma função política (normativa embora não jurídica) fundamental, atuando como referência para o processo decisório político e jurídico, visto que torna incontroversa (no sentido de uma "metáfora absoluta") a decisão em si mesma do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no âmbito de um consenso sociocultural (por exemplo, na afirmação de que uma violação da dignidade é sempre injusta!) e na condição de conceito referencial, ainda que no particular, sobre o que cada um entende por dignidade da pessoa e sobre o modo de sua promoção e proteção, existam muitas divergências.[12]

Se, por um lado, consideramos que há como discutir - especialmente na nossa ordem constitucional positiva - a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual aqueles seriam apenas concretizações,[13] constata-se, de outra

---

[11] Assim o sustenta W. Brugger, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, p. 5 e ss.

[12] V. neste sentido S. Baer, "Menschenwürde zwischen Recht, Prinzip und Referenz", p. 572-75.

[13] Cf., entre nós, E. Pereira de Farias, Colisão de Direitos, p. 54. Quanto a este ponto, já nos pronunciamos, em outra oportunidade, no sentido de revelar alguma reserva no que diz com a alegação de que todos os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 possam ser reconduzidos diretamente e de modo igual ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja pela extensão do nosso catálogo de direitos e garantias, seja pelas peculiaridades de algumas normas de direitos fundamentais, tal como ocorre com as regras sobre prescrição em matéria de direito do trabalho, a gratificação natalina (13ª salário), o dispositivo que impõe o registro dos estatutos dos partidos políticos junto ao TSE (art. 17 da Constituição de 1988), etc. Neste sentido, v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 98. Neste mesmo contexto, cabe referir importante decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, citada por M. A. Alegre Martínez, La dignidad de la persona..., p. 47-48, onde, para além de reconhecer que a dignidade da pessoa representa um mínimo invulnerável que toda a ordem jurídica dever assegurar, a Corte Constitucional Hispânica sinalou que isto não significa que todo e qualquer direito fundamental possa ser considerado como inerente à dignidade da pessoa, nem que todos os direitos qualificados como fundamentais sejam integralmente condições essenciais e imprescindíveis para a efetiva incolumidade da dignidade pessoal. No âmbito da doutrina italiana, F. Bartolomei, La dignità umana..., p. 14, refere que a afirmação de um princípio geral de tutela da dignidade humana não importa, todavia, que todos os direitos individualmente considerados possam ser reconduzidos a um único direito. De resto, o entendimento de que todos os direitos fundamentais são diretamente fundados na dignidade da pessoa seria sustentável apenas em se partindo de um conceito exclusivamente material de direitos fundamentais, considerando como tais unicamente os que puderem encontrar seu fundamento direto na dignidade,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 325 29/06/2018 15:35:56

parte, que os direitos e garantias fundamentais podem pelo menos em sua ampla maioria - embora sempre de modo e intensidade variáveis - serem reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas - de todas as pessoas! - como bem destaca Jorge Miranda.[14] Neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade, embora sustentando que o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, admite, todavia, que o grau de vinculação dos diversos direitos àquele princípio poderá ser diferenciado, de tal sorte que existem direitos que constituem explicitações em primeiro grau da idéia de dignidade e outros que destes são decorrentes.[15] Assim, mesmo que seja correta a assertiva de que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento informador dos direitos e garantias fundamentais também da Constituição de 1988 (o que, de resto, condiz com a sua condição de princípio fundamental) também é certo que isto não significa que todos os direitos fundamentais (até mesmo pelo fato de que sempre poderá haver direitos fundamentais em sentido eminentemente formal ou cuja fundamentalidade encontra-se diretamente lastreada em outros valores e opções do Constituinte) sejam uma decorrência direta da dignidade da pessoa humana. De outra parte, haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade da vinculação dos direitos fundamentais em espécie à dignidade da pessoa humana,[16] aspecto que voltará a ser abordado no próximo segmento, naquilo que importa ao foco do presente ensaio.

Neste passo, impõe-se seja ressaltada a função integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana,[17] no sentido de que este - por força de sua dimensão objetiva - serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.[18] De modo todo especial, o princípio da dignidade da

---

concepção esta que, todavia não harmoniza com a Constituição Federal de 1988.

[14] Cf. J. Miranda, Manual..., vol. IV, p. 181. Também K. Stern, Staatsrecht..., vol. III/1, p. 33, leciona que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base neste devem (os direitos fundamentais) ser interpretados.

[15] Cf. J. C. Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais... p. 101-2.

[16] Neste sentido também M. Herdegen, Neuarbeitung von Art. 1 Abs.1, p. 11 e ss., que, a despeito de criticar a dedução direta de todo o sistema dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa, reconhece que a ordem dos direitos fundamentais encontra-se significativamente impregnada com elementos da dignidade, bem como sustenta a tese do conteúdo diferenciado em dignidade da pessoa dos diversos direitos especificamente considerados (p. 14).

[17] Cf. Höfling, in: M. Sachs (Org.) Grundgesetz, p. 116.

[18] Neste sentido, já lecionava H. C. Nipperdey, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Org.), Die Grundrechte, vol. II, p. 23, analisando o modelo germânico. Mais recentemente, v. Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, p. 183. Entre nós, v. E.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 326 29/06/2018 15:35:56

pessoa humana - como também os demais princípios fundamentais da Constituição - acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo de criação e desenvolvimento jurisprudencial do Direito. Justamente no âmbito desta função do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo - aqui também afinados com o pensamento de Juarez Freitas - de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente "o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida"[19]. Vale dizer, nesta linha de pensamento, que os direitos fundamentais, assim como e acima de tudo, a dignidade da pessoa humana à qual se referem, apresentam como traço comum - e aqui acompanhamos a expressiva e feliz formulação de Alexandre Pasqualini -, o fato de que ambos (dignidade e direitos fundamentais) "atuam, no centro do discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético, em cuja unifixidade mínima, convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática".[20] É nesta perspectiva que, no próximo segmento, que pretendemos explorar alguns aspectos que envolvem a importância do princípio da dignidade da pessoa humana para o reconhecimento de direitos fundamentais para além dos como tais expressamente reconhecidos pelo Constituinte, no âmbito daquilo que se convencionou designar de abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, precisamente o cerne da nossa breve contribuição. Para darmos conta da tarefa, iremos, numa primeira etapa, retomar algumas das questões centrais que dizem respeito à cláusula de abertura contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, para, na seqüência, discutir o problema da identificação de outros direitos fundamentais (expressa ou implicitamente positivados) com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

2. O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988 e a assim designada abertura material do catálogo de direitos e garantias fundamentais

---

Pereira de Farias, Colisão de Direitos, p. 54.

[19] Cf. J. Freitas, Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional, in: AJURIS nº 76 (1999), p. 406. A respeito deste ponto, vale referir, ainda, recente e instigante ensaio de F. Hufen, In dubio pro dignitate - Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende de Lebens, in: NJW 2001, p. 849 e ss. No mesmo sentido (de que a solução que mais prestigia a dignidade da pessoa humana deve prevalecer), mas desenvolvendo também de modo geral a noção de uma espécie de ordem material de preferências (na condição de parâmetros normativos) a serem observadas por ocasião da ponderação de bens (interesses), v. A P. de Barcellos, "Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional", in: L. R. Barroso (Org.), A Nova Interpretação Constitucional, especialmente p. 107 e ss.

[20] Cf. A. Pasqualini, Hermenêutica e Sistema Jurídico, p. 80-1.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 327 29/06/2018 15:35:56

Evitando adentrar a discussão em torno da efetiva viabilidade e utilidade de uma concepção dos direitos fundamentais atrelada à conhecida e possível classificação dos direitos em gerações ou dimensões[21], assume-se desde logo como correta a afirmação, de resto largamente comprovada pelo conjunto dos direitos fundamentais reconhecidos pelo Constituinte de 1988, que o nosso catálogo constitucional de direitos e garantias é tanto multidimensional quanto multifuncional, visto que abrange tanto direitos de todas as dimensões (ou gerações, como ainda preferem alguns), quanto direitos (e deveres) que atuam como direitos negativos e positivos. Por outro lado, por mais analítica que seja a Constituição e por mais extenso que seja o elenco dos direitos expressamente reconhecidos como fundamentais por ocasião do pacto constituinte, isto não significa que não possam existir outras normas de direitos e garantias fundamentais, o que, de outra parte, não afasta a controvérsia sobre as possibilidades e limites que envolvem identificação de outras posições fundamentais no contexto da Constituição.

Neste sentido, consolidada na tradição jurídico-constitucional brasileira desde a Constituição Federal de 1891, a idéia de que também o atual artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988 assume a função de uma norma geral inclusiva que implica a impossibilidade de aplicar-se o tradicional princípio hermenêutico do *inclusius unius alterius est exclusius*, o que, em outras palavras, vale dizer que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode dela ser deduzido.[22] Que a norma contida no dispositivo referido não possui caráter meramente declaratório e fundamenta um poder-dever de reconhecimento de posições fundamentais para além das expressamente (ou explicitamente, como preferem alguns) positivadas no texto como sendo de direitos e garantias fundamentais, deve igualmente ser levado a sério, mas não será aqui objeto de maior desenvolvimento.

Da mesma forma e ainda em caráter preliminar, cumpre afastar qualquer interpretação reducionista que pudesse ensejar a exclusão, por exemplo, do reconhecimento de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, com base na abertura material assegurada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição. Com efeito, a mera localização topográfica (no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos) não pode assumir o papel de critério determinante, seja em virtude da própria formulação aberta adotada pelo Constituinte ("os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"), seja pelo fato de que no artigo 7º (já no capítulo dos direitos sociais) restou expressamente consignado que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria

---

[21] Sobre este ponto, v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43 e ss.

[22] V. igualmente o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 93 e ss., bem como, mais recentemente, J. Freitas, A Interpretação Sistemática do Direito, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 211-12.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 328 29/06/2018 15:35:56

de sua condição social", igualmente apontando para a inclusão de outros direitos sociais, pelo menos no campo dos direitos dos trabalhadores. Sem prejuízo de outros argumentos que poderiam ser colacionados, o fato é que a doutrina brasileira amplamente majoritária, no que tem sido acompanhada pela própria jurisprudência, tem chancelado uma compreensão ampliativa e inclusive de direitos fundamentais de qualquer dimensão ou geração.[23]

Assim e por todo o exposto, recolhemos aqui a lição de Menelick de Carvalho Neto, naquilo em que bem lembra que o artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Carta Magna traduz a noção de que a Constituição se apresenta como a "moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais".[24] Na mesma perspectiva e partindo da premissa de que os direitos fundamentais são variáveis no "espaço" e no "tempo", leciona Cristina Queiroz que a necessária abertura material do catálogo constitucional de direitos guarda conexão com a circunstância de que assim como inexiste um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe um rol fechado de riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes.[25]

Postas estas premissas, importa ainda relembrar que a partir da diretriz normativa do artigo 5º, parágrafo 2º, da CF, é possível sustentar a existência tanto de direitos expressamente positivados em outras partes do texto constitucional (portanto, para além do Título II) quanto de direitos positivados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil e que passam a integrar o nosso bloco de constitucionalidade, sem que se vá aqui adentrar a discussão a respeito da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos no âmbito da ordem jurídica nacional. Além desses direitos expressamente positivados, doutrina e jurisprudência têm reconhecido direitos que podem ser designados como implícitos, no sentido de direitos (posições) fundamentais subentendidos no sistema constitucional e que são sempre e neste sentido implicitamente positivados. De resto, quando no dispositivo ora comentado se afirma a existência de direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, evidentemente se está a chancelar a possibilidade também do reconhecimento de direitos e garantias implícitos. Que o princípio da dignidade da pessoa humana não é o único

---

[23] V. aqui, por todos (até mesmo pelo fato de se cuidar um autor de formação mais liberal-conservadora) M. G. Ferreira Filho, Comentários à Constituição de 1988, vol. I, p. 89 e 92.

[24] Cf. M. de Carvalho Neto, "A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais", in: J.A. Sampaio (Org.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais, p. 154.

[25] Cf. C. M. M. Queiroz, Direitos Fundamentais (Teoria Geral), p. 49. No mesmo sentido, v. também L. Tribe, American Constitutional Law, p. 34/5, averbando - mediante referência à famosa IX Emenda da Constituição dos EUA, que esta contém uma norma de interpretação, já que a omissão de uma previsão formal no texto constitucional não implica necessariamente a impossibilidade do reconhecimento de determinado direito fundamental, justamente em face da não-exaustividade do catálogo constitucional.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 329 29/06/2018 15:35:56

princípio fundamental relevante neste contexto já decorre da própria formulação utilizada pelo Constituinte (que se refere genericamente aos direitos decorrentes dos princípios), mas também guarda sintonia com a idéia de que existem outros princípios fundamentais que, embora guardem conexão (mais ou menos intensa!) com a dignidade da pessoa humana, possuem âmbito normativo autônomo.

Com efeito, sendo correta a premissa já sustentada de que os direitos fundamentais constituem - ainda que com intensidade variável - explicitações da dignidade da pessoa, por via de conseqüência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.[26] De tal sorte que há como endossar o pensamento de André Ramos Tavares quando - consideradas as ressalvas já feitas - sustenta a existência de uma consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana.[27]

Por outro lado, um dos principais problemas a serem discutidos neste contexto diz respeito justamente ao papel dos princípios na identificação de direitos e garantias fundamentais situados em outras partes da Constituição e na dedução de posições fundamentais implícitas com base nos princípios. Com efeito, se em relação aos direitos fundamentais prévia e expressamente reconhecidos como tendo este status (designadamente os arrolados no Título II da Constituição, que leva justamente a epígrafe "dos direitos e garantias fundamentais") é possível partir da presunção de sua fundamentalidade em sentido material (e não meramente formal), o mesmo não é possível afirmar em relação a direitos situados em outras partes do texto constitucional. Com efeito, neste caso, não se pode prescindir de critérios indicativos da fundamentalidade em sentido material, que, por sua vez, carecem de fundamentação criteriosa e coerente. Também no caso do reconhecimento de posições fundamentais subjetivas (ou subjetiváveis) não expressamente agasalhadas no texto da Constituição, no caso, o que se convencionou designar de direitos fundamentais implícitos, os princípios fundamentais têm tido uma especial relevância. Que a dignidade da pessoa humana pontifica também neste contexto resulta evidente, embora seja menos evidente o modo pelo qual se tem dado este diálogo entre dignidade da pessoa humana e os demais princípios fundamentais. É justamente da função da dignidade da pessoa humana neste contexto (o da abertura material do catálogo de direitos fundamentais) que iremos nos ocupar mais detidamente no próximo segmento.

---

[26] Aqui vale colacionar a lição de D. Rousseau, Les libertés individuelles et la dignité de la personne, p. 70, ao referir que os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência por meio da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza e torna efetiva se não pelos direitos fundamentais.

[27] Cf. A. R. Tavares, "Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem", in: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 4, jul./dez. 2004, p. 232 e ss.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 330 29/06/2018 15:35:56

3 - O princípio da dignidade da pessoa humana como critério material para a identificação e fundamentação de direitos fundamentais para além dos expressamente positivados pelo Constituinte

Sem que se vá aqui aprofundar todas as facetas da problemática, é nosso propósito nesta quadra, partindo da premissa de que a dignidade da pessoa humana assume uma função de inequívoca relevância no que diz com a justificação, tanto da fundamentalidade de direitos e garantias expressamente positivados no texto constitucional, embora não no Título II, quanto na fundamentação de posições jusfundamentais implícitas (incluindo direitos e deveres), é possível afirmar que a circunstância de se estar em face de uma manifestação inequívoca da dignidade da pessoa humana (e de uma exigência concreta de sua proteção ou promoção) constitui indicativo seguro da fundamentalidade das correspondentes posições jurídicas.

Todavia, em se levando em conta que, com algum esforço argumentativo - de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio (e da própria noção) de dignidade da pessoa - praticamente tudo o que consta no texto constitucional pode - ao menos de forma indireta - ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental. Aplica-se aqui a concepção subjacente ao pensamento de Laurence Tribe e Michael Dorf, no sentido de que a dignidade (assim como a Constituição) não deve ser tratada como um espelho no qual todos vêem o que desejam ver,[28] pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada.[29] Com efeito, não é à toa que, a partir da observação das hipóteses

[28] Cf. L. H. Tribe e M. G. Dorf, On Reading the Constitution, p. 7, indagando se a Constituição é simplesmente um espelho no qual cada um enxerga o que deseja ver (Is the Constitution simply a mirror in which one sees what one wants to see?).

[29] Convém, quanto a este ponto, tomar a sério a advertência de P. Häberle, Menschenwürde als Grundlage..., p. 823, recomendando um uso não inflacionário da dignidade e repudiando a utilização da dignidade de modo panfletário e como fórmula vazia de conteúdo. Neste sentido, por mais que se possa afirmar que, em matéria de dignidade e direitos fundamentais, seja melhor pecar pelo excesso, não há como desconsiderar o fato de que o recurso exagerado e sem qualquer fundamentação racional à dignidade - tal como vez por outra ocorre também entre nós - efetivamente pode acabar por contribuir para a erosão da própria noção de dignidade como valor fundamentalíssimo da nossa ordem jurídica. Aqui poderiam ser enquadradas, apenas em caráter exemplificativo e respeitando a nobre intenção dos prolatores da decisão - alguns julgados ampliando em demasia o significado da dignidade da pessoa humana, para afastar a impenhorabilidade de alguns bens, como no caso dos aparelhos de

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 331 29/06/2018 15:35:56

em que violações da dignidade foram esgrimidas na esfera judicial, se chegou a afirmar que quanto mais elevado o valor que tem sido atribuído à dignidade, mais triviais os objetivos para os quais tem sido invocada.[30] Assim, resulta evidente (também neste contexto) que nem mesmo em nome da dignidade, se pode dizer (ou fazer) qualquer coisa.[31]

Assim, o fato é que - e ousamos enfatizar exaustivamente - sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso.

Muito embora não se possa falar de um limite previamente definido no que diz com a identificação de direitos fundamentais implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, também é correto afirmar que tal atividade reclama a devida cautela por parte do intérprete (já que de atividade hermenêutica se cuida), notadamente pelo fato de estar-se ampliando o elenco de direitos fundamentais da Constituição com as conseqüências práticas a serem extraídas, não se devendo, ademais, desconsiderar o risco - a exemplo do que já foi referido

---

televisão, telefones, salvo, é claro, circunstâncias especialíssimas impostas pelo caso concreto. Pelo menos sujeito a controvérsias é o entendimento, sustentado pela 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do DF, no Julgamento da Apelação Cível nº 51.159-99, em Acórdão relatado pelo Des. Valter Xavier, afirmando que a cobrança de juros acima do limite constitucional de 12% ao ano constitui prática ofensiva à dignidade da pessoa humana, notadamente em se generalizando a afirmação. É claro que a prática da usura, em determinado nível, notadamente quando assume cunho extorsivo, poderá, dadas as circunstâncias do caso, configurar ofensa à dignidade. Da mesma forma, não se pretende afastar a viabilidade do argumento de que uma legislação permissiva de juros abusivos, possa acarretar situações incompatíveis com as exigências da dignidade. Todavia, acreditamos que se possa questionar a tese de que a simples cobrança de juros acima do limite constitucional seja, em princípio, ofensiva à dignidade, especialmente para o efeito de demonstrar um possível uso inflacionário da dignidade.

[30] Cf. G. Frankenberg, Autorität und Integration, p. 272-3, referindo exemplos da vida forense alemã, como ocorreu com uma demanda intentada por um grupo de Juízes contra alterações introduzidas no âmbito da denominação de certos cargos e funções, ou mesmo de advogados que - inexitosos assim como os seus colegas magistrados - sustentaram a tese da inconstitucionalidade da obrigação de usar a toga, por ofensiva à sua dignidade. Outro caso colacionado pelo autor foi o do cidadão que processou a empresa telefônica pelo fato de que a conta - em função do software do processador de texto - escrevia, em "evidente" violação da dignidade, a letra "ö" como "oe".

[31] Reportamo-nos aqui, embora o autor não tenha feito referência específica a qualquer princípio, ao magistério de L. L. Streck, Hermenêutica Jurídica e (m) Crise, p. naquilo que bem aponta para os limites da interpretação. p. 310 e ss., designadamente para o fato de que mesmo em sendo a norma o produto da atribuição de sentido a um texto, isto não significa que o intérprete esteja autorizado a "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa".

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 332 29/06/2018 15:35:56

com relação à própria dignidade - de uma eventual desvalorização dos direitos fundamentais, já apontada por parte da doutrina.[32]

Para além de servir de critério de justificação da fundamentalidade material de direitos positivados ao longo do texto constitucional e de reconhecimento de direitos implícitos (no sentido de subentendidos nos já expressamente consagrados), resta a indagação se do princípio da dignidade da pessoa - sem qualquer outro referencial adicional - poderão ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, ao que temos respondido afirmativamente.[33] Com efeito, ainda que nos tenhamos posicionado no sentido da inexistência de um direito fundamental à dignidade (como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária), nada impede - em que pesem as respeitáveis posições em sentido contrário[34] - que do princípio da dignidade da pessoa humana sejam deduzidas - mesmo sem qualquer referência direta a outro direito fundamental (o que não significa que a conexão com outro (s) direito (s) não exista!) - posições jurídico-subjetivas fundamentais.

Mesmo assim, não há como desconsiderar a circunstância de que, justamente pelo fato de serem os direitos fundamentais, ao menos em regra, exigências e concretizações em maior ou menor grau da dignidade da pessoa, a expressiva maioria dos autores e especialmente das decisões judiciais acaba por referir a dignidade da pessoa não como fundamento isolado, mas vinculado à determinada norma de direito fundamental. Não é, portanto, sem razão que juristas do porte de um Ernst Benda chegaram a afirmar que os direitos e garantias fundamentais constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são - em certo sentido - mero desdobramento.[35]

---

[32] Referindo uma tendência para a panjusfundamentalização, no âmbito de uma inflação no campo do reconhecimento de novos direitos fundamentais, advertindo, neste contexto, para os riscos de uma banalização, v. o contributo de J. Casalta Nabais, Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais, in: AB VNO AD OMNES - 75 anos da Coimbra Editora, p. 980 e ss. Neste sentido, também aponta J. Rawls, O Liberalismo Político, p. 350, sustentando a necessidade de limitar-se "as liberdades àquelas que são verdadeiramente essenciais", pena de correr-se o risco de uma fragilização da proteção das liberdades mais relevantes.

[33] Cf. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 109.

[34] Questionando a possibilidade da dedução direta de direitos subjetivos do princípio da dignidade da pessoa humana, encontramos, dentre outros, a lição de W. Brugger, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, p. 19 e ss., consignando-se não ser esta a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência alemãs, que, de modo geral, sustenta a dupla dimensão da dignidade da pessoa humana como princípio e direito fundamental.

[35] Cf. E. Benda, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: Benda/Maihofer/Vogel (Org.), Handbuch des Verfassungsrechts, vol. I, p. 166. Também este parece ser o entendimento, na doutrina francesa, de D. Rousseau, Les libertés individuelles et la dignité de la personne, p. 70, ao sustentar que a dignidade, como realidade jurídica concreta, não existe a não ser por meio de sua realização por cada um dos direitos fundamentais.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 333 29/06/2018 15:35:56

Nesta linha de raciocínio, sustenta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, em relação aos direitos fundamentais, pode assumir, mas apenas em certo sentido, a feição de *lex generalis*, já que, sendo suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexiste, em princípio, razão para invocar-se autonomamente a dignidade da pessoa humana, que, no entanto, não pode ser considerada como sendo de aplicação meramente subsidiária, até mesmo pelo fato de que uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente poderá constituir ofensa ao seu conteúdo em dignidade.[36] A relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim, caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais.[37] É neste contexto que se poderá afirmar, na esteira de Geddert- Steinacher, que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.[38]

Tal constatação não afasta, em princípio, a conveniência de que - justamente em função do alto grau de abstração e indeterminação que caracteriza especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo os direitos e garantias fundamentais concretizações daquele - diante de um caso concreto, busque-se inicialmente sondar a existência de uma ofensa a determinado direito fundamental em espécie, não apenas pelo fato de tal caminho se mostrar o mais simples, mas acima de tudo pela redução da margem de arbítrio do intérprete, tendo em conta que em se tratando de um direito fundamental como tal consagrado pelo Constituinte, este já tomou uma decisão prévia - vinculativa para todos os agentes estatais e particulares - em prol da explicitação do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa naquela dimensão específica e da respectiva necessidade de sua proteção, seja na condição de direitos de defesa, seja pela admissão de direitos a prestações fáticas ou normativas. Isto, contudo, não significa que uma eventual ofensa a determinado direito fundamental não possa constituir também, simultaneamente, violação do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, de modo que esta poderá sempre servir de fundamento autônomo para o reconhecimento de um direito subjetivo, neste caso, de cunho negativo.[39]

---

[36] Neste sentido, a lição de Höfling, in: M. Sachs (Org.), Grundgesetz, p. 119.

[37] Cf. a oportuna referência de H. Dreier, Art. 1 I GG, in: H. Dreier (Org.), Grundgesetz Kommentar, p. 127.

[38] Cf. T. Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, p. 166, destacando, ainda, que a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio jurídico fundamental, atua - como já referido alhures - como princípio regulativo da interpretação constitucional.

[39] Vale frisar aqui que o âmbito de proteção da dignidade da pessoa não se encontra

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 334 29/06/2018 15:35:56

Por sua vez, vale frisar, nada impede (antes pelo contrário, tudo impõe) que se busque, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção - mediante o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas fundamentais - da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, pelo menos não expressamente, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto da Constituição.[40]

Neste contexto, embora estejamos a tratar aqui mais especificamente de uma diretriz a respeito da titularidade dos direitos fundamentais em geral, há como sustentar, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, em um direito fundamental de toda a pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma determinada comunidade.[41] Aproxima-se desta noção - embora com ela evidentemente não se confunda - o assim denominado princípio da universalidade dos direitos fundamentais,[42] que, nada obstante não consagrado expressamente pelo Constituinte de 1988 e a despeito da redação do *caput* do artigo 5º da nossa Carta Magna (atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes do país) a titularidade dos direitos fundamentais, reclama, todavia - como já tem decidido por várias vezes o nosso Supremo Tribunal Federal[43] - uma exegese de cunho extensivo, justamente em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que pelo menos os direitos e garantias

coberto de modo igual e isento de lacunas, já que a dignidade possui, consoante já destacado, uma normatividade autônoma. Neste sentido, v. Udo Di Fabio, Der Schutz der Menschenwürde durch Allgemeine Programmgrundsätze, p. 38.

[40] Peter Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage..., p. 844, nos lembra, neste contexto, que o desenvolvimento pretoriano ou mesmo a nova formulação textual de direitos fundamentais específicos pode ser vista como uma atualização do postulado básico da proteção da dignidade da pessoa humana em face de novas ameaças.

[41] É nesta linha que parece situar-se o entendimento de C. Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, p. 501 e ss., vislumbrando na dignidade da pessoa humana um direito a ser titular de direitos.

[42] Sobre o princípio da universalidade dos direitos fundamentais v., entre outros, J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 390 e ss., afirmando que os direitos fundamentais, em regra, são também direitos humanos, no sentido de que não são apenas direitos dos cidadãos portugueses, a não ser quando a própria ordem constitucional estabeleça (ou autorize expressamente o legislador para tanto) algumas exceções. Entre nós, v. o recente contributo de A. C. Nunes, A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[43] Vale lembrar aqui, a título ilustrativo, o Acórdão proferido no processo de extradição nº 633/CH, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello (publicado no dia 06.04.2001), onde restou consignado que "O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do due process of law".

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 335 29/06/2018 15:35:56

fundamentais diretamente fundados na dignidade da pessoa podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade, excepcionando-se, à evidência, aqueles direitos cuja titularidade depende de circunstâncias específicas e que, de regra, nem mesmo todos os nacionais de um determinado Estado podem exercer,[44] como ocorre especialmente com os direitos políticos (ativos e passivos) ou mesmo com os direitos dos trabalhadores.[45]

Em sintonia com esta perspectiva, de uma tutela abrangente da pessoa humana, merecem destaque também os assim designados direitos de personalidade. Neste contexto, vale citar a lição de Paulo Mota Pinto, no sentido de que da "garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refracções essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade

---

[44] Neste contexto, J. Miranda, Manual..., vol. IV, p. 217, reconhecendo o princípio da universalidade no direito constitucional português, averba que "todavia, há direitos que não são de todas as pessoas, mas apenas de algumas categorias, demarcadas em razão de factores diversos, sejam permanentes, sejam relativos a certas situações...".

[45] Aqui, em verdade - assim como na já citada decisão do nosso Supremo Tribunal Federal versando sobre a extradição - também se cuida de um exemplo de aplicação da máxima na dúvida em prol da dignidade, e, nesta quadra, da interpretação das próprias normas constitucionais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente quando se cuida de ampliar proteção e âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Nesta linha, situa-se decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (STC 95/2000, de 10.04.2000), que, na esteira de precedentes do próprio Tribunal, reafirmou o entendimento de que os estrangeiros gozam (na Espanha), em condições plenamente equiparáveis aos espanhóis, daqueles direitos que pertencem à pessoa como tal e que resultam imprescindíveis para a garantia da dignidade da pessoa humana ("los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantia de la dignidad humana"). Tal entendimento, recentemente reiterado (ainda na Espanha) na Sentença nº 95/2003, onde restou reconhecida a extensão do direito à justiça gratuita também para os estrangeiros, por seu turno, parece expressar a tendência majoritária da doutrina e da jurisprudência no Direito Comparado, também por influência da internalização dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, do que dá conta, por exemplo, o Acórdão nº 208/04, de 24.03.04, do Tribunal Constitucional de Portugal, onde - com base na dignidade da pessoa humana - foi outorgada a dispensa da taxa judiciária para cidadã brasileira que pretendia propor ação trabalhista. Relativamente a este ponto, importa, ainda, consignar que a extensão da assistência judiciária gratuita a qualquer pessoa (pelo menos em princípio) resulta da necessidade de se assegurar, a qualquer pessoa - para além de um direito a ter direitos - o direito a direitos fundamentais efetivos, notadamente no concernente aos direitos diretamente ancorados na dignidade da pessoa.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 336 29/06/2018 15:35:56

de protecção desses direitos por parte do Estado".[46] Assim, na formulação do mesmo autor, "a afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado".[47] Aliás, é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir, também entre nós e apesar da omissão do Constituinte neste particular, a consagração - ainda que de modo implícito - de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade,[48] que, por sua vez, serve de fundamento à exegese ampliativa do artigo 11 e seguintes do Código Civil Brasileiro, no sentido de que também o elenco dos direitos de personalidade não é taxativo, no sentido de um *numerus clausus.*[49].

Para além do já referido reconhecimento de um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como para citar outro exemplo vinculado à proteção da pessoa humana, em virtude de sua dignidade, vale destacar, pela sua atualidade e relevância, o direito (de personalidade) da pessoa à proteção contra eventuais excessos cometidos em sede de manipulações genéticas, inclusive no que diz com a fundamentação de um (novo?) direito à identidade genética da pessoa humana,[50] ainda não contemplado como tal (ao menos não expressa e

---

46 Cf. P. Mota Pinto, O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade, p. 151.

47 P. Mota Pinto, idem., p. 152.

48 No direito brasileiro, com referência expressa - entre outros preceitos constitucionais - ao princípio da dignidade da pessoa humana, G. Tepedino, Temas de Direito Civil, especialmente p. 48-49, sustenta, com inteira razão, a existência de uma "cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana."

49 A respeito dos direitos de personalidade e do fato de não representarem uma rol taxativo, v., ainda, dentre tantos, C. Ari Mello, "Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade" e F. S. de Andrade, "Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002", ambos in: I.W. Sarlet (Org.), O Novo Código Civil e a Constituição, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69 a 100 e 101 a 118.

50 Vale registrar aqui a lição de J. C. Gonçalves Loureiro, O Direito à Identidade Genética do Ser Humano, especialmente p. 351 e ss., nada obstante admitindo outras possibilidades de fundamentação de um direito à identidade genética. M. Koppernock, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, por sua vez, fala em um direito fundamental à autodeterminação bioética, diretamente fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (este, por sua vez, também expressão da dignidade). Especificamente sobre as relações entre o genoma humano, a dignidade aos direitos fundamentais, v., ainda, dentre tantos que já se ocuparam do tema no âmbito da doutrina francesa, B. Mathieu Génome Humaine et Droits Fondamenteaux, Paris, Economica, 2000. Também em língua portuguesa, indispensável o contributo de P. Otero, Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano, Coimbra: Almedina, 1999. Para além disso, bem lembrando a necessidade de evitar uma "biologização" da pessoa humana, no contexto

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 337 29/06/2018 15:35:56

diretamente) no nosso direito constitucional positivo.[51] Também um direito à identidade pessoal (neste caso não estritamente referido à identidade genética e sua proteção, no caso, contra intervenções no genoma humano) tem sido deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, abrangendo inclusive o direito ao conhecimento, por parte da pessoa, da identidade de seus genitores.[52] Nesta mesma senda, reportando-se expressamente à conexão entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, já assume ares de consenso, também entre nós, o reconhecimento de um direito a livre orientação sexual, do que dá conta, em caráter meramente ilustrativo, a proteção jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo e todas as conseqüências que a doutrina e jurisprudência daí já tem extraído.[53]

---

das ameaças acarretadas pelo uso das novas tecnologias, v. P. Pedrot, La dignité de la personne humaine a l'épreuve des technologies biomédicales, in: P. Pedrot (Dir), Éthique, Droit et Dignité de la Personne, p. 62. Entre nós, explorando com maestria a perspectiva jurídico-penal, v., por todos, P. V. S. Souza, Bem Jurídico Penal e Engenharia Genética Humana, São Paulo: RT, 2004 e, por último, a relevante contribuição de S. R. Petterle, O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[51] Cumpre registrar aqui a previsão expressa feita pelo Constituinte de 1988 (art. 225, § 1º, inciso II, da Constituição) no sentido de impor ao poder público a tarefa de "preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético." Assim, não obstante - tal como frisado - não haja referência direta a um direito à identidade genética no direito constitucional positivo brasileiro, certo é que a expressão patrimônio genético (apesar de se cuidar de norma versando sobre a proteção do meio ambiente) pode ser lida como abrangendo o genoma humano, de tal sorte que nos parece legítimo concluir que, a partir de uma exegese sistemática, que leve em conta tanto o preceito ora ventilado, quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, também no direito pátrio há como reconhecer a existência de um direito à identidade genética da pessoa humana. Da mesma forma, em existindo tratado internacional ratificado pelo Brasil reconhecendo tal direito, este - muito embora o entendimento majoritário em sentido contrário do nosso Supremo Tribunal Federal - forte no artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988, passaria - de acordo com a doutrina mais afinada com a evolução internacional - a ter hierarquia constitucional, aspecto que, embora controverso, não pode ser aqui simplesmente desconsiderado.

[52] Sobre o tema, v., entre nós, o recente estudo de M.C. de Almeida, DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana, especialmente p. 117 e ss., mediante uma fundamentação calcada não apenas nas experiências paradigmáticas do direito comparado, mas fundada justamente na abertura material do catálogo de direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana, tal qual consagrados na ordem constitucional brasileira.

[53] Sem que se vá adentrar aqui a discussão em torno da qualificação da união entre pessoas do mesmo sexo como equivalente a união estável reconhecida e protegida no artigo 226, § 3º, da Constituição de 1988 (o que, por sua vez, nos remete ao problema da possibilidade de se admitir a existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais), assume relevo, também neste contexto, que a dignidade da pessoa

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 338 29/06/2018 15:35:56

Também os assim denominados direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (atuando como direitos positivos), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que também nesta esfera é possível identificar exemplos de direitos fundamentais específicos não direta e expressamente positivados. Considerando que uma das tarefas elementares do Estado Democrático de Direito é a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material,[54] no contexto da garantia de uma existência com dignidade[55]

humana - de modo autônomo ou conexionado com outros direitos fundamentais - tem servido de suporte para o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, o que tem, pelo menos nesta seara, alcançado expressiva aceitação pela jurisprudência e doutrina. A respeito do tema, reportamo-nos, entre tantos, aos contributos (e aqui vão colacionadas duas das monografias referenciais sobre o tema) de L. A. D. Araújo, A Proteção Constitucional do Transexual, São Paulo: Saraiva, 2000, R. R. Rios, A homossexualidade no Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 e M. B. Dias, União Homossexual. O Preconceito & a Justiça, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, onde, de resto, também se encontram elementos a respeito da controvérsia apontada, no caso, da possibilidade de se considerar a união homossexual como união estável.

[54] Esta a senda privilegiada, entre outros, por A. C. Wolkmer, "Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades", in: Revista de Informação Legislativa nº 122 (1994), p. 278 e ss., assim como por J. T. Alfonsin, O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia, especialmente p. 19-65.

[55] Cf., dentre outros, Höfling, in: M. Sachs (Org.) Grundgesetz, p. 109-10, assim como Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, p. 182. Na França, a íntima ligação entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa encontra-se referida por M. L. Pavia, Le principe de dignité..., p. 109-10, valendo-se do exemplo de um direito fundamental à moradia, recentemente guindado a objetivo constitucional pelo Conselho Constitucional, e tido, pela Corte de Apelação de Paris, como direito fundamental e objetivo de valor constitucional, em decisão na qual, no confronto entre o direito de propriedade, acabou deferindo aos ocupantes de um conjunto residencial, uma permanência mais prolongada nos imóveis. Também na Bélgica, sustenta-se que o direito a uma existência com dignidade implica o reconhecimento de um direito aos meios de subsistência mínimos, especialmente no que diz com o direito à assistência social. Neste sentido, v. F. Delpérée, O Direito à Dignidade Humana, p. 156 e ss. Assim também J. Miranda, Manual..., vol. IV, p. 186 (ao menos é o que se infere da referência a diversos direitos sociais). Entre nós, e mais recentemente, E. P. Nobre Júnior, O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, in: RDA nº 219 (2000), p. 247 e ss., advogando, com amparo na dignidade da pessoa humana, um direito a uma existência material mínima. Entre nós, mesmo antes da introdução de um direito social à moradia no artigo 6º da Constituição de 1998, já se registram diversas decisões reconhecendo a íntima vinculação da habitação com a dignidade da pessoa humana. No que diz com a vinculação dos direitos sociais com a dignidade da pessoa humana, vale referir (inobstante em caráter meramente exemplificativo), no que diz com a posição dos Tribunais pátrios, a ementa do Acórdão proferido em 19.08.99 pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 213422, tendo como Relator

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 339 29/06/2018 15:35:57

(que, de resto, assume também a condição de fim da ordem constitucional econômica, tal como dispõe o artigo 170 da Constituição de 1988) tem sido advogado o reconhecimento de um direito fundamental a um mínimo existencial, compreendido aqui não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar meramente a existência (a garantia da vida) humana em si (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital), mas sim, de uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável.[56] Tal concepção, de resto, encontra ressonância mesmo em pensadores de inspiração liberal, como é o caso - entre outros - do norte-americano Cass Sunstein, para quem um direito a garantias sociais e econômicas mínimas pode ser justificado, não apenas com base no argumento de que pessoas que vivem em condições desesperadoras não vivem uma vida boa, mas, também, a partir da premissa de que um regime genuinamente democrático pressupõe uma certa independência e segurança para cada pessoa,[57] o que, de certo modo, harmoniza com a noção de um mínimo existencial para uma vida com dignidade e um conjunto de direitos a prestações indispensáveis para a garantia deste mínimo,[58] sem prejuízo da dimensão negativa (defensiva) do mínimo existencial,

---

o Ministro José Delgado, concepção que tem sido objeto de reiterada chancela pelo mesmo Tribunal, como dá conta, entre outros tantos, o Acórdão proferido nos Eresp. nº 182223 (DJ 07.04.2003), relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, onde restou decidido que a finalidade da Lei nº 8.009/90 não se limita à proteção da família (no caso, cuidava-se de examinar a abrangência da proteção outorgada pela legislação referida ao bem de família), mas destina-se a resguardar a proteção do direito fundamental à moradia de qualquer pessoa humana, portanto, também do celibatário.

[56] Para maiores referências e desenvolvimentos v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 329 e ss. E, de modo especial, o nosso conceito de dignidade da pessoa humana formulado na obra Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 62, de acordo com o qual a dignidade da pessoa humana consiste na "qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humana que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos." Note-se, ainda, que o critério para definição do conceito indeterminado vida saudável é o conceito de saúde adotado pela OMS, no sentido da garantia de um completo bem-estar físico, mental e social, evitando assim a redução a um mínimo meramente vital ou mínimo existencial fisiológico.

[57] Cf. Cass Sunstein, Designing Democracy, p. 235.

[58] A respeito do mínimo existencial, ainda que com variações significativas sobre sua fundamentação e conteúdo, v., no âmbito da doutrina nacional e dentre tantos que já se tem dedicado ao tema, especialmente as lições de Cf. R. L. Torres, inicialmente em seu pioneiro estudo "O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais", in: Revista de Direito Administrativo nº 177 (1989), p. 20 e ss., bem como, mais recentemente, no seu texto sobre "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos", in: R. L.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 340 29/06/2018 15:35:57

inclusive no que diz com uma proteção contra o retrocesso.[59] Que a garantia do mínimo existencial se projeta também em outros direitos fundamentais,[60] e, além disso, exerce importante função na condição simultânea de limite (visto que pode justificar restrições a outros direitos em conflito) e limite dos limites a restrições de direitos fundamentais, não será aqui objeto de desenvolvimento.[61]

Já num outro plano - embora revelando direta conexão com a temática ora versada - situa-se o problema da extensão da abertura material dos direitos fundamentais para direitos de matriz legal, porquanto expressamente reconhecidos pelo legislador infraconstitucional. É o que ocorre, por exemplo, com alguns direitos de personalidade consagrados no atual Código Civil Brasileiro e não diretamente positivados na Constituição, bem como com o direito à prestação alimentícia, igualmente chancelado na legislação infraconstitucional material e processual, mas sem fundamento direto e expresso no texto constitucional vigente, salvo, por exemplo, de modo indireto, como quando se estabeleceu a possibilidade da prisão civil do devedor de alimentos. Quanto a este ponto, se é verdade que a nossa Constituição não agasalhou dispositivo idêntico ao previsto na Constituição da República Portuguesa, onde, no artigo 16/1,[62] restou, como já apontado, igualmente consagrada a noção de abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais,[63] abrangendo - como deflui da dicção do dispositivo constitucional citado - até mesmo direitos positivados no plano

Torres (Org.), Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 239 e ss., e, por último, no seu belo ensaio sobre "A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial", in: I. W. Sarlet (Org.), Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado, p. 1 e ss. Dentre a doutrina mais recente, reportamo-nos aos estudos de A.P. de Barcellos, A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, e, por último, P. G. C. Leivas, Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

[59] A respeito da proteção contra o retrocesso e sua vinculação com o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, p. 442 e ss.

[60] Bastaria aqui apontar o exemplo do próprio de direito de propriedade, naquilo que cumpre uma função existencial (como meio de subsistência, moradia, etc.) e passa a ser blindado contra uma supressão ou outras formas de violação. Sobre este ponto, v. a paradigmática tese de L. E. Fachin, Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[61] Aqui remetemos ao nosso Dignidade da Pessoa Humana, p. 121 e ss.

[62] "os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional"

[63] Importa consignar, neste contexto, que a abertura material a outros direitos fundamentais também foi reconhecida em outro dispositivo da Constituição Portuguesa, no caso, o artigo 17, de acordo com o qual "o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no Título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga", enunciado que, contudo, parece excluir os direitos sociais prestacionais do seu âmbito de aplicação, o que não ocorre com o artigo 16, nº 1.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 341 29/06/2018 15:35:57

legal, isto não significa, necessariamente, a impossibilidade de se reconhecer a existência de direitos formalmente legais mas materialmente constitucionais entre nós. É preciso, contudo, que se compreenda - o que resulta particularmente evidente no caso dos direitos de personalidade e do próprio direito aos alimentos, que, em verdade, não estamos em face de direitos fundados diretamente na lei, mas sim, diante de direitos com fundamento (pelo menos implícito) e hierarquia constitucionais, regulamentados pelo legislador.

Em outras palavras, isto significa que, assim como os direitos específicos de personalidade expressamente elencados no Código Civil decorrem já de um direito geral de tutela e promoção da personalidade (por sua vez diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana), de tal sorte que até mesmo dispensável (embora certamente não irrelevante) a intervenção legislativa para efeito de seu reconhecimento e proteção,[64] também o direito aos alimentos - apenas para ficarmos nos exemplos colacionados - integra o conjunto de prestações indispensáveis ao mínimo existencial, já que destinado essencialmente (mas não exclusivamente) à satisfação das necessidades básicas do destinatário para uma vida com dignidade.[65] Além disso, o exemplo da verba alimentar devida em função das relações de parentesco ou da união entre duas pessoas, aponta para uma possível eficácia em relação a particulares dos direitos fundamentais a prestações (que não se identificam apenas com os assim designados direitos sociais), pelo menos em algumas situações, aspecto que, contudo, aqui não será mais desenvolvido.[66]

4 - Considerações finais:

De todo o exposto resulta evidente que o tema da abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais segue atual e relevante, constituindo terreno fértil tanto para o cientista quanto para o assim designado operador do Direito. Nenhuma Constituição, por mais analítica que seja, terá condições de determinar de forma exaustiva todas as necessidades e possibilidades de tutela em termos de direitos fundamentais, razão pela qual não se pode subtrair

---

[64] Sobre este tópico, v., entre nós, C. A. Mello, Contribuição para uma Teoria Hibrida dos Direitos de Personalidade, p. 81 e ss.

[65] Versando sobre este tópico, v., recentemente, o ensaio de J. Spagnolo, "Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana", in: S. G. Porto e D. Ustárroz (Org.), Tendências Constitucionais no Direito de Família, p. 141 e ss., justamente propondo que o conteúdo da prestação alimentar tenha por referencial, especialmente quando da aferição de seu montante, tudo o que for necessário para uma vida com dignidade.

[66] A respeito da eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares v. em especial D. Sarmento, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 332 e ss., apontando, com acuidade, para a relevância da dimensão processual do problema, notadamente no que diz com os limites da atuação jurisdicional também nesta esfera, bem como, mais recentemente, o nosso "Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado", in: Revista de Direito do Consumidor n° 61, jan.-mar. 2007, p. 90 e ss.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 342 29/06/2018 15:35:57

ao intérprete (aqui compreendido em sentido amplo e abrangendo todos os agentes diretamente envolvidos no processo de concretização e desenvolvimento da Constituição) a possibilidade de uma atuação criativa. Os poucos exemplos colacionados, amplamente justificados e chancelados por expressiva doutrina e jurisprudência (ainda que importantes as divergências sobre uma série de aspectos específicos) dão conta disso e constituem apenas pálida amostra de todo um universo a ser explorado. De outra parte, importa reafirmar que, para além até mesmo da possibilidade de se recorrer (inclusive nas hipóteses citadas) a fundamento diverso, designadamente, a normas de direitos fundamentais específicas, do princípio da dignidade da pessoa humana, paralelamente à sua dimensão jurídico-objetiva, é não apenas possível como necessário extrair direitos subjetivos (e fundamentais) com vistas à sua mais abrangente proteção e promoção.

A recomendar maior reflexão, todavia, está a relativamente freqüente afirmação da possibilidade de se extrair "novos" direitos fundamentais da Constituição e, no que nos diz mais de perto, da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, seguimos céticos em relação à própria definição do que efetivamente é um direito "novo", ainda mais quando se constata - e os exemplos trazidos bem o demonstram - que o que está em causa é a tutela da mesma dignidade da pessoa ou, como se verifica em outras hipóteses, de direitos fundamentais já amplamente consagrados, pois o que efetivamente constitui uma novidade é o contexto no qual os direitos são exercidos, assim como novas (diferentes) são muitas vezes as formas de violação dos direitos, a exigirem igualmente resposta por parte do Estado e da sociedade. Bastaria aqui tomar o caso do direito à identidade genética da pessoa humana para bem ilustrar a questão, visto que se cuida de saber, em primeira linha, se o patrimônio genético da pessoa humana encontra-se abrangido pelo âmbito de tutela da nossa personalidade e se a proteção da dignidade alcança a vida embrionária, entre tantos outros aspectos correlatos que poderiam ser mencionados. Também a proteção da imagem e da honra segue tendo substancialmente o mesmo significado, seja a violação cometida pela imprensa escrita, seja ela veiculada pela internet ou outro meio antes não disponível. Em verdade, percebe-se que até mesmo alguns direitos fundamentais "clássicos" acabam sendo revitalizados e ganhando inclusive em importância e atualidade, como ocorre com a própria liberdade no âmbito da sociedade informatizada, na esfera da discussão em torno da inclusão digital e outros temas.

É por essas (e outras) razões que já se apontou para a circunstância de que em verdade o que ocorre não é propriamente o reconhecimento (seja pela positivação legislativa, seja pela criação jurisprudencial) de "novos" direitos, mas uma espécie de transmutação hermenêutica, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções dos direitos fundamentais já consagrados.[67] Em verdade, como bem alerta Erhard Denninger, ao nos depararmos com a pergunta

[67] V., neste sentido, E. Denninger, Der Gebändigte Leviathan, p. 225-6.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 343 29/06/2018 15:35:57

sobre o que de novo efetivamente revelam os assim designados "novos" direitos da era tecnológica, talvez seja possível responder que eles nos levam a reconhecer que as antigas dificuldades da humanidade com a problemática da Justiça não lograram ser superadas pelo avanço tecnológico e científico.[68] Já de acordo com Antonio Carlos Wolkmer, para quem igualmente os direitos "novos" nem sempre são realmente "novos", a novidade muitas vezes reside no modo de obtenção (e fundamentação, poderíamos acrescer) dos direitos, que não se restringe necessariamente ao reconhecimento legislativo e jurisprudencial, mas resulta de um processo dinâmico e complexo de lutas específicas e de conquistas coletivas, até que se venha a obter a chancela pela ordem estatal, inclusive na esfera jurídica.[69]

Feitas essas considerações e reafirmado o nosso ceticismo em relação à noção de "novos" direitos, pelo menos na forma um tanto quanto exagerada que por vezes tem sido utilizada, importa é que sejamos capazes de levar a sério todas as dimensões da abertura material do catálogo constitucional em matéria de direitos fundamentais, não olvidando que em matéria de tutela de direitos fundamentais, designadamente naquilo em que estiver em causa a dignidade da pessoa humana e ressalvados excessos e banalizações, ainda é melhor "pecar" pelo mais do que pelo menos, em outras palavras, pela inclusão do que pela exclusão. Um Direito e uma sociedade mais fraterna e altruísta, assim como uma sociedade genuinamente democrática, exigem uma compreensão inclusiva a abrangente da dignidade da pessoa humana e dos direitos e deveres fundamentais que lhe são inerentes. Também neste contexto constata-se a importância do conteúdo plural e democrático da dignidade da pessoa humana e dos princípios de um modo geral, mas também é perceptível a necessidade de sermos capazes de, mediante uma hermenêutica responsável, marcada acima de tudo pelo recurso a uma argumentação jurídica sólida e prudente, evitar os malefícios do uso meramente retórico, ou mesmo - o que é pior - muitas vezes arbitrário e autoritário desses mesmos princípios.

5 - Referências bibliográficas:

ALFONSIN, J. T. O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia. Porto Alegre: Fabris, 2003.

ALMEIDA, M. C. de. DNA e Estado de Filiação à Luz da Dignidade Humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ANDRADE, F. S. de. Considerações sobre a tutela dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002, I.W. Sarlet (Org.), O Novo Código Civil e a Constituição, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARAÚJO, L. A. D. A Proteção Constitucional do Transexual. São Paulo: Saraiva, 2000.

[68] Cf. E. Denninger, op. cit., p. 229.

[69] Cf. A.C. Wolkmer, "Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos", p. 20.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 344 29/06/2018 15:35:57

BAER, S. "Menschenwürde zwischen Recht, Prinzip und Referenz", in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie nº 53, 2005, p. 571-588.

BARCELLOS, A. P. de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____ "Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional", in: L. R. Barroso (Org.), A Nova Interpretação Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.

BARTOLOMEI, F. La Dignitá Umana com concetto e valore costituzionale. Torino: G. Chiappichelli, 1987.

BENDA, E. Die Menschenwürde ist Unantastbar. In: ARSP. Beiheft nº 22, 1984.

BRUGGER, W. Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte. Baden- Baden: Nomos, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CARVALHO NETO, M. de. "A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais", in: J.A. Sampaio (Org.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Del Rey, 2003, p. 140-163.

CASALTA NABAIS, J. Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais. In: AB VNO AD OMNES - 75 anos da Coimbra Editora, 1995, p. 965-1004.

COMPARATO, F. K. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, São Paulo: Saraiva, 1999.

DELPÉRÉE, F. O Direito à Dignidade Humana. In: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio Zilveti (Org.), Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999, p. 151-162.

DENNINGER, E. Der Gebändigte Leviathan. Baden-Baden: Nomos, 1990.

DI FABIO, U. Der Schutz der Menschenwürde durch Allgemeine Programmgrundsätze. München: Reinhard Fischer Verlag, 1999.

DIAS, M. B. União Homossexual. O Preconceito & a Justiça, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DREIER, H. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. IGG. In: H. Dreier (Org), Grundgesetz Kommentar, vol. I. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

ENDERS, C. Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung - Zur Dogmatik des Art. 1 GG. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

FACHIN, L. E. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, E. Pereira de. Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERREIRA FILHO, M. G. Comentários à Constituição de 1988, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 345 29/06/2018 15:35:57

FRANKENBERG, G. Autorität und Integration. Zur Grammatik von Recht und Verfassung, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

FREITAS, J. A Interpretação Sistemática do Direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ Tendências Atuais e Perspectivas da Hermenêutica Constitucional, in: AJURIS nº 76 (1999).

GEDDERT-STEINACHER, T. Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Berlin: Dunker & Humblot, 1990.

GONÇALVES LOUREIRO, J. C. O Direito à Identidade Genética do Ser Humano. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, p. 263-389.

HÄBERLE, P. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft (in J. Isensee-P. Kirchhof (org), Hambdbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. I. Heidelberg: C. F. Müller, 1987.

HAVERKATE, G. Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung. München: Verlag C. H. Beck, 1992.

HERDEGEN, Matthias. „Neuarbeitung von Art. 1 Abs. 1 - Schutz der Menschenwürde“, in: MAUNZ, T; DÜRIG. G;(Org); Grundgesetz Kommentar, München: C.H. Beck, 2003.

HÖFLING, W. Anmerkungen zu Art. 1 ABS. 3 Grundgesetz (in: M. Sachs (Org) Grundgesetz - Kommentar. München: C. H. Beck, 1996.

HUFEN, F. In dubio pro dignitate - Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende de Lebens, in: Neue Juristishe Wochenschrift (NJW), 2001, p. 848-857.

KOPPERNOCK, M. Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung. Baden-Baden: Nomos, 1997.

LEIVAS, P. G. C. Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTÍNEZ, M. A. A. La Dignidad de la Persona como Fundamento del Ordenamiento Constitucional Español. León: Universidad de León, 1996.

MATHIEU, B. Génome Humaine et Droits Fondamenteaux. Paris: Economica, 2000.

MAUNZ, T.; ZIPPELIUS, R. Deutsches Staatsrecht. 29a ed. München: C. H. Beck, 1994.

MELLO, C. A. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. I.W. Sarlet (Org.), O Novo Código Civil e a Constituição, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69-100.

MIRANDA, J. Manual de Direito Constitucional, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NIPPERDEY, H. C. Die Würde des Menscen (in: Neumann/Nipperdey/ Scheuner (Org), Die Grundrechte, vol. II). Berlin: Duncker & Humblot, 1954.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 346 29/06/2018 15:35:57

NOBRE JÚNIOR, E. P. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, in: RDA nº 219 (2000), p. 237-251.

NUNES, A. C. A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUNES, R. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, São Paulo: Saraiva, 2002.

OTERO, P. Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano, Coimbra: Almedina, 1999.

PASQUALINI, A. Hermenêutica e Sistema Jurídico - uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PAVIA, M. L. Le principe de dignité de la personne humaine: um nouveau principe constitutionnel (in: Rémy Cabrillac/Marie-Aanne Frison-Roche/ Tierry Revet (org) Droits et Libertés Fondamenteaux, 4ª ed.). Paris: Dalloz, 1997, p. 99-114.

PEDROT, P. La dignité de la personne humaine a l'épreuve des technologies biomédicales, in: P. Pedrot (Dir), Éthique, Droit et Dignité de la Personne, p. 62.

PETTERLE, S. R. O Direito Fundamental às Identidade Genética na Constituição Brasileira, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINTO, P. M. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, p. 149-246.

PODLECH, A. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. I Grundgesetz. in: R. Wassermann (org), Kimmentar zum Grundgesezt für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativ Kommentar), vol. II, 2ª ed. Neuwied: Luchterhand, 1989.

QUEIROZ, C. M. M. Direitos Fundamentais (Teoria Geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAWLS, J. O Liberalismo Político. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

RIOS, R. R. A homossexualidade no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROUSSEAU, D. Les libertés individuelles et la dignité de la personne. Paris: Montcherestien, 1998.

SARLET, I. W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____ Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____ Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. In: Revista de Direito do Consumidor, nº 61, jan.-mar. 2007, p. 90-125.

SARMENTO, D. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, J. A. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998, p. 89-94.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 347 29/06/2018 15:35:57

SOUZA, P. V. S. Bem Jurídico Penal e Engenharia Genética Humana. São Paulo: RT, 2004.

SPAGNOLO, J. Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana", in: S. G. Porto e D. Ustárroz (Org.), Tendências Constitucionais no Direito de Família, p. 141-154.

STERN, K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Vol. III/1. München: C.H. Beck, 1988.

STRECK, L. L. Hermenêutica Jurídica e (m) Crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUNSTEIN, C. Designing Democracy. What Constitutions Do, New York: Oxford University Press, 2002.

TAVARES, A. R. "Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem", in: Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 4, jul./dez. 2004.

TEPEDINO, G. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, R. L. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in: R.L. Torres (Org), Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 239-336.

_____ A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial, in: I.W. Sarlet (Org), Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

_____ O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais, in: Revista de Direito Administrativo nº 177 (1989).

TRIBE, L. American Constitutional Law. New York: Foundation Press, 1988.

TRIBE, L. H. e Dorf, M. G. On Reading the Constitution. Cambridge. Massachussetts: Harvard University Press, 1991.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976., Coimbra: Almedina, 1987.

WOLKMER, A. C. "Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades", in: Revista de Informação Legislativa nº 122 (1994).

_____ Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: Wolkmer, Antônio Carlos; Morato Leite, José Rubens (Org.). Os "Novos" Direitos no Brasil: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva: 2003, p. 1-30.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 348 29/06/2018 15:35:57

DIREITO DO TRABALHO, IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO *

Estêvão Mallet [1]

"*Dans l'état de nature les homes naissent bien dans l'égalité, mais ils n'y sauroient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennet égaux que par les lois*"
(Montesquieu, *De l'esprit des lois*,
Livro VIII, Capítulo III)

1. Introdução; 2. A igualdade entre as pessoas ao longo do tempo; 3. Igualdade, Direito do Trabalho e discriminação por motivo de sexo; 4. Discriminação por motivo de raça; 5. Outras formas de discriminação; 6. Discriminação e diferença de tratamento; 7. Igualdade e ações afirmativas; 8. Discriminação e processo; 9. Conclusão.

1. Introdução.

Existe profunda relação entre a idéia de justiça e a idéia de igualdade. É certo que há vários conceitos de igualdade. Pode-se pensar em igualdade formal ou em igualdade material, bem como em igualdade absoluta ou igualdade relativa. Um dado, porém, é seguro: se não há uma certa igualdade, algum tipo de igualdade pelo menos, não há como falar em justiça. Como anota Friedmann, "*equality is a postulate of justice*"[2]. Tanto a idéia de justiça está associada à de igualdade que Aristóteles assinalou: "o injusto é desigual, o justo é igual"[3], o que levou Alf Ross a escrever: "a justiça é igualdade"[4]. Não por acaso, no dístico inscrito no frontão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América lê-se: *equal justice under law*.

Daí a importância do princípio da igualdade e, ao mesmo tempo, a repulsa provocada pela discriminação. Afinal, o que é a discriminação senão a desigualdade arbitrária, inaceitável e injustificável? Nada mais do que isso. Discriminação supõe

* Publicado na Revista TRT-8ª Região - Suplemento Especial Comemorativo, v. 41, n. 81, p. 233-258, jul./dez./2008.

[1] Doutor e livre-docente em Direito, Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo e advogado.

[2] *Legal theory*, London, Stevens & Sons Limited, 1960, p. 385.

[3] Ética a Nicômaco, V, 6, 1131a.

[4] Direito e Justiça, São Paulo, Edipro, 2000, § 62, p. 313. Cf., ainda, Carlo Curcio, *Eguaglianza (dottrine generali)* em *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1965, XIV, p. 513.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 349 29/06/2018 15:35:57

desigualdade. Não qualquer desigualdade, como será visto mais adiante, mas a desigualdade ilegítima, intolerável diante das circunstâncias e dos padrões então vigentes. Por isso que, se a justiça se relaciona com a igualdade, e a igualdade repele a discriminação, a discriminação é também a negação da justiça.

2. A igualdade entre as pessoas ao longo do tempo.

A evolução da humanidade se processa no sentido de redução das desigualdades entre as pessoas. Dá-se tal evolução, portanto, com a gradativa eliminação das discriminações. É evidente que isso ocorre com alguns sobressaltos, com marchas e contramarchas. Mas o sentido é nítido.

Primeiramente há a divisão entre senhores e escravos; entre os que são pessoas e os que nem pessoas são, recebendo o tratamento de objeto de direito[5]. O passar do tempo faz com que o elemento humano, comum a todos, prepondere e sejam as pessoas reconhecidas, indistintamente, como sujeitos de direito. Permanecem, todavia, outras distinções, como, por exemplo, a estabelecida entre nobres e servos, aqueles com mais direitos, os últimos com menos direitos[6]. Já é uma evolução. Mas é, ainda, apenas uma etapa na caminhada.

Com as revoluções liberais do Século XVIII e do Século XIX o elemento humano, o traço comum já mencionado, ocupa o espaço e as distinções desaparecem. É a consagração da igualdade formal; a abolição de qualquer discriminação em face da lei. Expressiva, a propósito, a referência contida no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*".

No Brasil, o princípio da igualdade manifesta-se, de início, no art. 179, § 13, da Constituição de 1824: "A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue...". Adquire maior amplitude com a Constituição de 1891, em cujo art. 72, § 2º, estatui-se: "Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho". Manteve-se o princípio em todas as Constituições subseqüentes, com modificações de redação apenas. Na Constituição de 1988 encontra-se logo no *caput*, do art. 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...".

Para o legislador constituinte, como todas as pessoas naturais são seres humanos, não há mais distinções aceitáveis em face da lei, embora algumas poucas, resquícios de tempos pretéritos, tenham permanecido mais do que deveriam, chegando até a Constituição de 1988. Somente foram em definitivo revogadas com a edição de outra regra específica, ao lado do princípio geral enunciado pelo *caput*, do art. 5º. É o caso da distinção entre filhos, que remontava às Ordenações

[5] Por todos, Jhering, *L´esprit du droit romain*, Paris, Marescq, 1886, *tome deuxième*, p. 101 e segs.

[6] A propósito, René Foignet, *Manuel élémentaire d´histoire du droit français*, Paris, Rousseau, 1932, p. 158 e segs.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 350 29/06/2018 15:35:57

Filipinas[7], abolida com o art. 227, § 6º, da vigente Constituição: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Aqui não cabe tratar exaustivamente dessa caminhada no sentido da maior igualdade. É um universo muito vasto, quase inesgotável. O que cabe é considerar como ela se processou no campo do Direito do Trabalho e quais as dificuldades que surgiram e surgem no seu curso.

3. Igualdade, Direito do Trabalho e discriminação por motivo de sexo.

O preceito que em primeiro lugar chama a atenção em matéria de igualdade, no campo trabalhista, e do qual se podem extrair algumas considerações ricas e interessantes, é o artigo 5º da CLT, introduzido na parte geral, com o claro objetivo de ressaltar a importância da regra posta. Estatui o dispositivo: "Para trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo". Ao largo das diferentes implicações da regulamentação editada, há pelo menos dois pontos dignos de nota na regra.

De uma parte, é significativa a referência do legislador à igualdade apenas no plano remuneratório. Importante parece ser tão-só a igualdade de remuneração. Os outros aspectos do contrato de trabalho, inclusive o tratamento dispensado a cada empregado, são deixados de lado, em clara mostra da concepção patrimonialista que inspirou a CLT e que ainda impregna o Direito do Trabalho brasileiro. Leva-se quase sempre em conta apenas o aspecto pecuniário da relação de trabalho, como se fosse o único decisivo. Vários exemplos haveria para mencionar, mas basta a alusão à monetarização do risco à saúde do trabalhador, com pagamento de adicionais pelo trabalho realizado em condições insalubres ou perigosas, já sublinhada pela doutrina[8].

De outra parte - eis o segundo ponto a notar no art. 5º, da CLT -, é significativa a referência apenas à discriminação fundada em motivo de sexo, como se aí estivesse a única hipótese de discriminação. A explicação para a referência restrita do legislador - quando muito mais acertada seria previsão ampla, excludente de qualquer forma de discriminação – resulta do peso histórico da discriminação por motivo de sexo, mesmo em países com maior tendência à igualdade. É, aliás, o que também justifica e explica a regra expressa do inciso I, art. 5º, da vigente Constituição, que se poderia ter por desnecessária, ante os termos gerais do *caput*, do mesmo dispositivo[9]. Há passagens, em matéria de discriminação por motivo de sexo, muito expressivas, a demonstrar claramente

[7] Livro IV, Título 93.

[8] Cf., mais extensamente, Sebastião Geraldo de Oliveira, Proteção jurídica à saúde do trabalhador, São Paulo, LTr, 2002, p. 138 e segs.

[9] A propósito, cf. Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, Rio de Janeiro, Forense, 1987, tomo IV, p. 708.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 351 29/06/2018 15:35:57

como esteve ela entranhada na cultura ocidental, mesmo recente. Vale a pena dedicar algumas linhas ao problema.

Eloqüente, em primeiro lugar, trecho do voto apresentado na Suprema Corte norte-americana, pelo juiz Bradley, que, ao julgar caso envolvendo lei do Estado de Illinois, proibitiva do exercício da advocacia por mulheres, afirmou textualmente, em 1873: "*the civil law, as well as nature herself, has always recognized a wide difference in the respective spheres and destinies of man and woman. Man is, or should be, woman's protector and defender. The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits it for many of the occupations of civil life. The constitution of the family organization, which is founded in the divine ordinance, as well as in the nature of things, indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood. The harmony, not to say identity, of interest and views which belong, or should belong, to the family institution is repugnant to the idea of a woman adopting a distinct and independent career from that of her husband…The paramount destiny and mission of woman are to fulfill the noble and benign offices of wife and mother. This is the law of the Creator. And the rules of civil society must be adapted to the general constitution of things, and cannot be based upon exceptional cases*"[10]. Com tais fundamentos, a Suprema Corte considerou constitucional e não ofensiva às garantias conferidas aos cidadãos americanos a proibição estabelecida pelo legislador estadual, com apenas um voto contrário e embora já estivesse em pleno vigor a XIV Emenda à Constituição, com a garantia de "*equal protection*"[11].

Passadas sete décadas, em 1948, o assunto voltou à Suprema Corte. Discutiu-se a validade de lei que vedava o trabalho de mulheres em bares. Questionou-se a constitucionalidade dessa proibição. Agora com margem mais estreita, por 6 votos contra 3, conclui o tribunal que a lei era constitucional, porque bar não era lugar para uma mulher exercer sua atividade[12].

Já em 1961 - as datas são muito significativas para que se perceba como a discriminação por motivo de sexo esteve mesmo muito entranhada na cultura

---

[10] *Bradwell v. State of Illinois*, 83 US 130. As passagens transcritas encontram-se a p. 141 e 142. A decisão, hoje considerada aberrante, contou com apenas um voto vencido, do *Chief Justice* Samuel Chase.

[11] Consta da secção 1 da referida emenda, cuja vigência foi certificada em 1868: "*All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*".

[12] *Goesaert v. Cleary*, 335 U.S. 464. Ficaram vencidos os juízes Rutledge, Douglas e Murphy. Coube ao juiz Frankfurter redigir a decisão tomada pela maioria, na qual registrou: "*Michigan could, beyond question, forbid all women from working behind a bar. This is so despite the vast changes in the social and legal position of women. The fact that women may now have achieved the virtues that men have long claimed as their prerogatives and now indulge in vices that men have long practiced, does not preclude the States from drawing a sharp line between the sexes, certainly, in such matters as the regulation of the liquor traffic*" (p. 465/466).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 352 29/06/2018 15:35:57

ocidental - outra vez se reconheceu a legitimidade do tratamento discriminatório em face da mulher. Tratava-se de lei do Estado da Flórida que excluía a participação das mulheres da composição dos júris, instituição que, como todos sabem, tem papel importantíssimo no processo penal e também no processo civil norte-americano. Pois bem, a Corte Suprema concluiu que o tratamento diferenciado entre homens e mulheres, no que toca ao serviço no júri, não era inconstitucional. Como assinalou a Corte, em decisão redigida pelo Juiz Harlan: "*Woman is still regarded as the center of home and family life*", o que permitiria legitimamente dispensa legal de servir em tribunal do júri, "*unless she herself determines that such service is consistent with her own special responsabilities*"[13].

São muito significativas as datas das decisões. Oito anos antes do julgamento envolvendo a lei do Estado da Flórida, ou seja, em 1953, a mesma Suprema Corte dos Estados Unidos havia destruído, ao menos em termos formais, os pilares jurídicos da discriminação racial, com o famoso julgamento proferido no caso *Brown v. Board of Education*, que eliminou a segregação racial nos colégios[14]. Permaneceriam, contudo, por quase uma década, os pilares jurídicos da discriminação contra a mulher.

Em outros países, talvez mais próximos da cultura e realidade brasileiras, o quadro não se desenhou de forma diversa. Tenha-se em mente o que se deu na Itália, após a Constituição democrática e social de 1947, que é categórica ao proibir discriminação entre homem e mulher, ao dispor, no art. 3: "*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*". Em 1961, porém, a Corte Constitucional italiana teve de se defrontar com um caso muito marcante. O artigo 559 do Código Penal italiano pune o adultério. Mas o faz tão somente a propósito do adultério cometido pela mulher. O texto dizia o seguinte: "*La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno*". Não há dúvida quanto ao significado da norma. A punição é dirigida, no tocante aos cônjuges, apenas à mulher, não ao homem. Discutiu-se, em conseqüência, a constitucionalidade da punição unicamente do adultério feminino. Em 1961, a Corte Constitucional, na sentença n. 64, chegou à conclusão de que a diferença de tratamento refletiria legítima valoração estabelecida pelo legislador, insuscetível de controle pela jurisdição constitucional. São surpreendentes os termos da decisão: "*Il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, diretto ad impedire che a danno dei cittadini siano dalle leggi disposte discriminazioni arbitrarie, non può significare che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti una identica disciplina, mentre, al contrario, deve essergli consentito di adeguare le norme giuridiche ai vari aspetti della vita sociale, dettando norme diverse per situazioni diverse. Pertanto con l'art. 559 c.p. che punisce soltanto l'adulterio della moglie e non pone condizioni alla punibilità della relazione adulterina della moglie, non è stata creata a carico di questa una posizione di inferiorità, ma soltanto è stata diversamente disciplinata una situazione che il legislatore ha ritenuta diversa. Spetta al legislatore, non alla Corte*

[13] *Hoyt v. Florida* (368 U.S. 57).
[14] 347 U.S. 483.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 353 29/06/2018 15:35:57

Costituzionale, lo stabilire se la norma in questione risponda alla attuale valutazione sociale dei rapporti fra i coniugi e se i meriti oppure no di essere modificata". Rejeitou-se, assim, a alegação de inconstitucionalidade e manteve-se o tratamento discriminatório.

Felizmente, porém, não existe, no sistema italiano, a descabida e indesejável regra incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, segundo a qual a decisão que afirma a constitucionalidade da lei é imutável[15]. Por isso, a afirmação da constitucionalidade do artigo 559, do Código Penal italiano, pôde ser novamente reexaminada sete anos depois, em 1968. Agora, já em ambiente distinto, sob a presidência de um dos maiores administrativistas italianos, Aldo Sandulli, afirmou a Corte, com sua sentença n. 126, a inconstitucionalidade da norma penal questionada, porque discriminatória a distinção estabelecida. A sentença tem a seguinte ementa: "*Per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo sia l'adulterio del marito sia quello della moglie; ma quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i rifl essi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti. Pertanto, i commi primo e secondo dell'art. 559 del codice penale sono viziati di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione, in quanto sanciscono una deroga al principio di eguaglianza dei coniugi non essenziale per la garanzia dell'unita' familiare, ma risolventesi, piuttosto, per il marito, in un privilegio; e questo, come tutti i privilegi, viola il principio di parità*". O artigo 559, do Código Penal italiano, deixou, em conseqüência, de viger.

No Brasil, após a Constituição de 1988 ainda se encontrava na jurisprudência, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho, a afirmação da necessidade de tratamento diferenciado da mulher, com proibição de elastecimento, por meio de negociação coletiva, de intervalo intra-jornada, prevista no art. 383, da CLT, diversamente do quanto estabelecido para o homem[16], conclusão que

---

[15] Nos termos do art. 26, da Lei n. 9.868, "A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória". Para exame do problema, no sistema italiano, com expressa afirmação do caráter não definitivo da decisão que afirma a constitucionalidade de certa lei, cf. Vezio Crisafulli, *Lezioni di diritto constituzioanale*, Padova, CEDAM, 1974, II, 2, p. 151. A mesma solução prevalece no direito português, como mostra Jorge Miranda em Manual de Direito Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, tomo II, p. 483. A razão para a revisibilidade da decisão declaratória de constitucionalidade é simples. A interpretação constitucional é necessariamente evolutiva. A Constituição não é um texto apenas jurídico, mas também um texto político. O significado dado à norma em certa altura poderá não ser o mesmo depois de passado algum tempo. Nas palavras de Girgio Berti: "*l´interpretazione si denota per la continuità e l´adattabilità all´evoluzione della vita sociale e dei rapporti giuridici e non c´è mai una definività assoluta, una forza di giudicato dell´atto interpretativo che non consenta di rivederne i pressupposti, quando questi mutino*"(*Interpretazione costituzionale*, Padova, CEDAM, 1990, p. 619).

[16] "Horas extras provenientes da ampliação do intervalo de intrajornada - art. 383 da

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 354 29/06/2018 15:35:57

dificilmente se harmoniza com a idéia mais ampla de igualdade entre homens e mulheres[17].

Em síntese, a persistência, ao longo do tempo, da discriminação por motivo de sexo, discriminação por vezes referendada pelo próprio legislador, como no caso do art. 383, da CLT, é que explica a regra do art. 5º, da CLT. É também o que explica o fato de a norma geral contra a discriminação, inserida no texto da CLT em data recente, figurar exatamente no Capítulo que cuida do trabalho da mulher. Trata-se do artigo 373-A, introduzido pela Lei n. 9.799, que, embora integrado a seguimento específico do diploma legal, enuncia regra geral contrária à discriminação, abrangendo não apenas a discriminação por motivo de sexo como, igualmente, por outros motivos[18].

4. Discriminação por motivo de raça.

Menção particularizada deve ser feita à discriminação racial.

Há uma idéia generalizada de que no Brasil a discriminação racial é muito

---

CLT. A correlação lógica entre o fator objetivo e a discriminação procedida impede que esta se constitua em violação do principio da igualdade. É a hipótese do artigo 383 da CLT que se dirige à proteção do trabalho da mulher. A natureza não fez homens e mulheres iguais: a desigualdade é visível e não poderia ser modificada por simples vontade do legislador. Assim é que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Sendo claro que a constituição física, emocional e psicológica das pessoas do sexo feminino difere daquela inerente às do sexo masculino, é um imperativo de justiça que o tratamento dado em relação às mulheres, pela legislação trabalhista, seja, em alguns aspectos, diferente do que é dado aos homens. Com base nisso, a regra de proteção ao trabalho da mulher insculpida no artigo 383 da CLT é lógica e razoável, já que presente a correlação lógica entre o fator objetivo e a diferenciação de tratamento elencada. Trata-se de norma cogente do Direito do Trabalho, recepcionada pela Constituição Federal de mil novecentos e oitenta e oito, não podendo ser modificada por acordo entre as partes. Devidas, pois, as horas extras pleiteadas. Revista conhecida por violação do artigo 383 da CLT e provida no mérito, para restabelecer a r. sentença de primeiro grau." (TST - 5ª T., Ac. n. 2656, Proc. RR n. 48.478, Rel. Min. Armando de Brito, julg. em 23.06.94 *in* DJU de 19.08.94, p. 21.009).

[17] Por isso afirma a doutrina a incompatibilidade do art. 384, da CLT - que exige intervalo de 15 minutos antes da prestação de horas extras por mulheres, previsão sem correspondente para os homens - com a igualdade constitucional entre homens e mulheres. Cf., entre outros autores, Alice Monteiro de Barros (Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 2005, p. 1.029), Eduardo Gabriel Saad (CLT comentada, São Paulo, LTr, 2001, p. 241) e Francisco Antonio de Oliveira (CLT comentada, São Paulo, RT, 2000, p. 257).

[18] Sobre o tema da discriminação por motivo de sexo, com o seu exame por diferentes autores, tendo em conta vários sistemas jurídicos, cf. A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho, obra coletiva (coord. Laís de Oliveira Penido), Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, *passim*.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 355 29/06/2018 15:35:57

menos intensa e muito menos acentuada do que a encontrada em outros países. Isso se deveria, segundo a conhecida concepção de Gilberto Freyre, à colonização portuguesa, tida como menos segregacionista no tratamento dispensado aos escravos, permitindo mais facilmente a miscigenação. Afirmou ele que a escravidão portuguesa não seria a escravidão violenta que existiu, por exemplo, nos Estados Unidos, mas uma escravidão adaptada aos trópicos, fazendo com que a discriminação racial fosse muito menos intensa[19], a gerar, inclusive, o mito da assim chamada democracia racial. Esse julgamento não retrata bem a realidade.

Não se deve perder de vista, em primeiro lugar, que o Brasil foi um dos últimos países do mundo a eliminar a escravidão, após quase 400 anos da prática. E os efeitos de tão largo período de tempo não se apagam, de nenhuma forma, do dia para noite. Em segundo lugar, os sinais de discriminação contra negros na sociedade são inegáveis. Dispensam até mesmo exemplificação detalhada[20]. Não existe aqui, com certeza, a discriminação explícita, encontrada nos Estados Unidos da América, país em que, até 1953, com a decisão tomada no caso *Brown v. Board of Education*, já mencionada, ainda prevalecia a tese da legitimidade do tratamento diferenciado entre brancos e negros, firmada no final do Século XIX, quando do julgamento *Plessy v. Ferguson*[21], seguramente um dos mais infelizes pronunciamentos da Suprema Corte norte-americana[22], a partir do qual se formou a doutrina do *equal but separate*. No Brasil, porém, a discriminação, se não é ostensiva, costuma apresentar-se de forma mais dissimulada, oculta, disfarçada. Com isso o problema não desaparece. Pelo contrário. Torna-se ainda mais grave, porque mais difícil de identificar e de combater. Daí a reação firme do legislador, não só com o repúdio formal ao racismo[23] como, igualmente, com a tipificação de sua prática como crime "inafiançável e imprescritível", punível com pena de reclusão[24].

---

[19] Casa-Grande & Senzala, Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1963, *passim*.

[20] Cf., mais amplamente sobre o tema, Edward Telles, Racismo à Brasileira - Uma nova perspectiva sociológica, Rio de Janeiro, Relume, 2003, *passim*, bem como Edna Maria Santos Roland, *The economics of racism: people of african descent in Brazil* em *Seminar on the economics of racism*, The International Council on Human Rights Policy, Geneva, 2001, *passim*.

[21] 163 U.S. 537. Na decisão, que soa hoje como bárbara e inacreditável, afirma-se: "*A statute which implies merely a legal distinction between the white and colored races - a distinction which is founded in the color of the two races, and which must always exist so long as white men are distinguished from the other race by color - has no tendency to destroy the legal equality of the two races, or re-establish a state of involuntary servitude*" (p. 543).

[22] Jeffrey Rosen diz tratar-se de decisão tão criticada como a tomada no caso *Dred Scott*, que declarou a obrigação do Congresso norte-americano de proteger os direitos dos senhores de escravo (cf. *The Supreme Court - The personalities and rivalries that defined America*, New York, Times Books, 2006, p. 100).

[23] Constituição, art. 4º, inciso VIII.

[24] Constituição, art. 5º, XLII.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 356 29/06/2018 15:35:57

5. Outras formas de discriminação.

Além da discriminação por motivo de sexo ou de raça, existem muitas outras formas de discriminação, várias delas previstas em diferentes dispositivos da Constituição, da CLT ou de leis esparsas.

No artigo 7º, inciso XXX, da Constituição, encontra-se, por exemplo, a referência à discriminação por motivo de idade e por motivo de estado civil, no tocante a salário, exercício de função e critério de admissão.

A discriminação por motivo de idade adquiriu alguma evidência com julgamento do Tribunal Superior do Trabalho, proferido no âmbito da 5ª Turma, de que foi relator o Juiz Convocado André Luis Moraes de Oliveira. O caso envolvia empresa que dispensava sistematicamente trabalhadores com mais de 60 anos. O Tribunal Superior do Trabalho, antes mesmo de que estivesse em vigor a Lei n. 10.741, que expressamente proibiu a fixação de limite máximo de idade para o exercício de trabalho, ressalvados os casos em que a natureza da atividade justifique a exigência[25], reconheceu que o caso era de discriminação e acolheu o pedido de reintegração do trabalhador no emprego[26].

---

[25] Trata-se da regra editada pelo art. 27, do Estatuto do Idoso, de seguinte teor: "Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir".

[26] O acórdão tem a seguinte ementa: "Recurso de revista. Dispensa discriminatória por idade. Nulidade. Abuso de direito. Reintegração. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do "poder potestativo", para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a Lei 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da resilição unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de resilição contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como conseqüência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração. Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 357 29/06/2018 15:35:57

Sem embargo das hipóteses mencionadas, o certo é que esse artigo 7º, inciso XXX, da Constituição, traça apenas parâmetros exemplificativos. A Constituição - pode-se claramente inferir isso do seu sistema e, especialmente, da parte final do seu art. 3º, inciso IV - proíbe genericamente qualquer forma de discriminação. Aliás, outras formas de discriminação acham-se mencionadas em dispositivos diversos, mas que têm toda a pertinência no campo do Direito do Trabalho. Considere-se, por exemplo, que o artigo 7º, inciso XXX, não se refere à discriminação por motivo de crença religiosa. Mas o artigo 5º, inciso VIII, da mesma Constituição, alude à proibição de discriminação por esse motivo, solução que se estende, sem dúvida nenhuma, ao campo do Direito do Trabalho.

O mesmo se pode dizer a propósito da situação familiar, que é mencionada no artigo 373, da CLT, e na Lei n. 9.029. A filiação, como causa de discriminação, é completamente repudiada. Não se pode, por conta da filiação do trabalhador, negar-lhe certo direito. A recíproca é igualmente verdadeira. Tampouco se pode favorecer alguém em virtude de sua filiação. A conclusão a que chegou a Suprema Corte norte-americana em *Kotch v. Board of River Port Pilot Com'rs for Port of New Orleans*, ao validar a seleção de novos pilotos de navio feita de modo a favorecer sempre "*relatives and friends*"[27], não é correta. É muito pouco provável que hoje fosse reiterada[28].

Tampouco a discriminação por convicção filosófica ou política é aceitável. Como notou a *United States Court of Appeals for the First Circuit*, em proposição passível de generalização, "*…as a general rule, a government employer cannot discharge public employees merely because they are not sponsored by or affiliated with a particular political party…*"[29]. Admitir a rescisão de contrato de trabalho, por o empregado, condutor de trens de metrô ou professor em escola pública, recusar-se a responder se é ou não filiado a determinado partido político, como fez a Suprema Corte dos Estados Unidos em *Lerner v. Casey*[30] e, de novo, em *Beilan v. Board of Education*[31],

---

direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no "caput" do art. 5º da Constituição Federal. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista não conhecido relativamente ao tema." (TST - 5ª T., RR n. 462.888, Rel. Juiz Convocado André Luís Moraes de Oliveira, julg. em 10.09.03 *in* DJU de 26.09.03). Sobre o tema, amplamente, cf. Emmanuel Teófilo Furtado, Preconceito no trabalho e a discriminação por idade, São Paulo, LTr, 2004, *passim*.

[27] 330 U.S. 552.

[28] Tinha toda razão o juiz Rutledge ao anotar, na sua *dissenting opinion*: "*the result of the decision therefore is to approve as constitutional state regulation which makes admission to the ranks of pilots turn finally on consanguinity. Blood is, in effect, made the crux of selection. That, in my opinion, is forbidden by the fourteenth amendment's guaranty against denial of the equal protection of the laws*" (330 U.S. 565).

[29] *Benito Galloza et al., v. Norman E. Foy et al.*, n. 03-2658.

[30] 357 U.S. 468.

[31] 357 U.S. 399.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 358 29/06/2018 15:35:57

não é de nenhuma forma aceitável. A pergunta nem pode ter lugar[32], pois, como realçado no Código do Trabalho de Portugal, o direito à reserva sobre a intimidade no âmbito da relação de emprego compreende a preservação de informações relacionadas com "a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas"[33].

É igualmente proscrita a discriminação decorrente da procedência da pessoa, como referido, a propósito da procedência nacional, pelo art. 20, da Lei n. 7.716[34]. Impor tratamento diferenciado a trabalhadores, por conta de sua origem geográfica, é ilícito, conquanto se cuide de prática não de todo rara no país.

Há ainda mais formas de discriminação a referir, como, entre outras, as indicadas pela Lei belga de 10 de maio de 2007, a saber, opção sexual, fortuna, características genéticas, língua e origem social[35]. Nenhuma delas se admite, ainda que não exista previsão expressa no direito brasileiro. Importa o princípio geral de proibição de discriminação, enunciado em julgado do Tribunal Superior do Trabalho, em caso em que se examinou prática discriminatória contra empregado infectado pelo vírus HIV. "Empregada portadora do vírus HIV. Dispensa discriminatória. A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o "caput" do art. 5º da CF/88. Precedentes: ERR 439.041/1998, ERR 217.791/1995, ERR 205.359/1995. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido"[36].

Mencione-se, ainda, a discriminação genética, propiciada pelo avanço científico, a permitir, a partir de exame do DNA, antecipar a tendência de certas pessoas para o desenvolvimento de algumas doenças, o que possibilitaria - como já se noticia[37] - preteri-las não somente no campo do trabalho como, outrossim, em outros setores, inclusive em matéria de acesso a serviços de saúde, especialmente aqueles propiciados por planos de assistência médica. Daí a importância da regra do art. 22º, n. 2, do Código do Trabalho de Portugal, que oportunamente se ocupou do problema e dispôs, entre outras coisas: "Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de... património genético...".

---

32 Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Alvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Centro de Estúdios, 2001, p. 707.

33 Art. 16º, n. 2.

34 O dispositivo tipifica como crime o seguinte: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional".

35 Art. 4º, n. 4º.

36 TST - 5ª T., RR n. 726.101/2001, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, julg. em 26.11.2003 *in* DJU de 06.02.2004.

37 Cf. O artigo "Clandestinidade genética", publicado no jornal Folha de S. Paulo, 2 de março de 2008, caderno mais!, p. 9

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 359 29/06/2018 15:35:57

Por fim, sem a pretensão de oferecer rol exaustivo, vale mencionar a discriminação provocada pelo exercício do direito de ação. Deixar de admitir o trabalhador, em virtude de ter ele ajuizado reclamação em face de seu antigo empregador, é prática ilícita, já sancionada pelos tribunais, com deferimento de indenização, como mostra decisão assim ementada: "...o direito de ação é constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV) e as chamadas "listas negras" são de há muito repudiadas pelo ordenamento jurídico, por impedir, injustamente, a admissão de trabalhadores que exerceram direito legitimamente assegurado. Assim, demonstrado que a atitude da Reclamada foi lesiva à honra e à intimidade do Reclamante, causando-lhe frustração pela oportunidade perdida injustamente, indubitável o dano moral ocasionado e a relação de causalidade entre o ato e o efeito, pelo que deve ser deferida a indenização específica, ressaltando ainda o caráter pedagógico da pena, que visa a coibir a prática discriminatória, pela Reclamada"[38].

6. Discriminação e diferença de tratamento.

Na presente altura, depois do que já se disse sobre as diferentes formas de discriminação, há uma observação a fazer. A proibição de discriminação - que, como se procurou mostrar, é muito ampla, a compreender, inclusive, situações não previstas expressamente pelo legislador - não significa imposição de igualdade absoluta entre as pessoas.

Seria, no fundo, erro evidente compreender o princípio da igualdade ou a proibição de discriminação como imposição de igualdade absoluta e completa entre todos. Como notou Duguit, querer tirar da garantia de isonomia exigência de identidade matemática seria o paradoxo da igualdade, que levaria muito mais à desigualdade[39]. E decidiu bem o Tribunal Superior do Trabalho ao admitir a diferenciação de empregados que exerciam atividades diversas, com concessão a uns de vantagens não estendidas a outros[40].

O que se proíbe, o que todos os dispositivos legais antes citados vedam, o que a evolução da sociedade proscreve, é a discriminação desarrazoada ou descabida. Em outros termos, o que o princípio da igualdade tolhe são

---

[38] TRT - 3ª Reg., RO n. 00951-2005-015-03-00-4, Rel. Juiz Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, julg. em 05.07.2006 *in* DJMG de 15.07.2006, p. 13.

[39] *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923, *tome troisième*, p. 585.

[40] Cuida-se de julgado assim ementado: "Adicional de nível universitário. Se instituído o adicional de nível universitário apenas para os advogados, não há amparo legal para a extensão da vantagem aos economistas, sob o fundamento de que deve ser aplicado o princípio isonômico, mesmo porque este não pode se sobrepor ao poder diretivo e de administração do empregador, respeitados os princípios básicos de proteção ao trabalho. Revista parcialmente conhecida e provida." (TST - 1ª T., RR n. 298.012, Rel. Juiz Convocado Domingos Spina, julg. em 17.11.99 *in* DJU de 11.02.00, p. 50)

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 360 29/06/2018 15:35:57

"*differenziazioni arbitrarie*"[41]. Não impede que se estabeleçam distinções, até porque o papel da lei é, em grande medida, fazer distinções. Proíbe-se, com a regra da igualdade, como assentou o Tribunal Constitucional de Portugal, apenas que se estabeleçam distinções "arbitrárias ou irrazoáveis, porque carecidas de fundamento material bastante. Dizer *igualdade* - prossegue a decisão - é afirmar a proibição do arbítrio, do irrazoável, do injustificado"[42]. Para repetir a observação de Guilherme Machado Dray, "sendo admissíveis as diferenciações, o que se pede e exige é que estas sejam materialmente fundadas e se baseiem numa distinção objectiva de situações"[43]. Em resumo, diante da conotação que a palavra já adquiriu, pode-se afirmar que proibida é, tão-somente, a discriminação e não a mera diferenciação, que é algo diverso e que se pode admitir.

É interessante, no particular, voltar a atenção para o Código do Trabalho de Portugal, já antes mencionado. O legislador português tratou com bastante acerto do assunto, porque foi muito mais abrangente do que a limitada regra do artigo 373 A, da CLT. Preceitua o artigo 23, n. 1, do Código do Trabalho de Portugal, que trata da proibição da discriminação: "o empregador não pode praticar qualquer discriminação: direta ou indireta baseada nomeadamente na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, patrimônio genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical". Embora o rol seja bastante amplo, não perde o seu caráter exemplificativo, realçado pela doutrina[44]. O legislador apenas procurou, com a menção a grande número de situações, dar máxima abrangência ao enunciado, tudo para mostrar que qualquer forma de diferenciação desarrazoada ou discriminação está afastada do ponto de vista legal.

Mas - daí a importância da referência ao dispositivo do Código do Trabalho de Portugal - proibição de discriminação não é sinônimo de proibição de diferenciação. Certas diferenças precisam ser estabelecidas. E o legislador português tinha isso em mente quando, logo na alínea n. 2, do mesmo art. 23, dispôs: "não constitui discriminação o comportamento baseado num dos fatores indicados no número anterior sempre que, em virtude da natureza das atividades profissionais em causa ou do contexto de sua execução, esse fator constitua um

---

[41] Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1963, n. 122, p. 366. Na mesma linha, com indicação de precedente da Corte Constitucional alemã, cf. David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994, p. 322.

[42] Processo n. 249/91, Rel. Messias Bento, acórdão n. 226/92, decisão de 17.06.1992. A passagem transcrita acha-se no n. 7, da decisão.

[43] O princípio da igualdade no Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina, 1999, n. 125, p. 109.

[44] Júlio Manuel Vieira Gomes, Direito do Trabalho, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, vol. 1, p. 423, e Paula Quintas e Helder Quintas, Código do Trabalho - Anotado e comentado, Coimbra, Almedina, 2004, p. 136.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 361 29/06/2018 15:35:57

requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional." Retoma-se a idéia que havia sido esboçada acima. O que se proscreve é simplesmente a discriminação, ou seja, a diferenciação abusiva, que não tem causa justa[45]. Não toda e qualquer diferenciação.

É claro que o problema, assim colocado, não se resolve por inteiro. A dificuldade que remanesce está exatamente em determinar aquilo que é justificável ou não no campo da diferenciação. Para a Suprema Corte norte-americana o sexo era, no exercício da advocacia, em 1873, um elemento de diferenciação justificável, como se infere do exemplo já dado no presente texto. O passar do tempo deixou patente o erro da conclusão, que ninguém mais hoje subscreveria.

No direito, porém, as linhas nem sempre são nítidas, nem sempre cortam com precisão. O que atualmente se vê, com toda clareza e transparência, como um erro grave, inaceitável mesmo, ontem parecia normal e inevitável[46]. E o que hoje se admite talvez amanhã venha a revelar-se intolerável. Há zonas cinzentas, em que as soluções se mostram mais difíceis[47]. Basta pensar no caso, que não é hipotético, da discriminação, no trabalho, por motivo de crença religiosa. Se levantada a dúvida sobre a legitimidade de se condicionar o acesso ao emprego ou a permanência nele ao fato de o trabalhador professar determinada religião, o impulso inicial é claramente no sentido de repelir-se o critério, por inaceitável. Mas, caminhando na direção da zona cinzenta lembrada, a assertiva torna-se mais complexa. Caso o empregador seja, por exemplo, uma escola confessional, vinculando todo o seu ensino a determinada religião, mantém-se o caráter inaceitável do critério? Continuará a ser arbitrária a não admissão de todos aqueles trabalhadores que não professam essa mesma religião? A jurisprudência italiana deu à questão resposta negativa. Concluiu que o critério é legítimo. Considerou a religião, em escola confessional, aspecto validamente determinante para a admissão do trabalhador, conforme sentença n. 195, proferida em 1972, na qual se afirma: "*La libertà della scuola intesa come attuazione del principio del pluralismo scolastico ai sensi dell'art. 33 Cost., si estende indubbiamente alle università, per cui è ammissibile la creazione di università*

[45] A propósito, Vera Lúcia Raposo, Os limites da igualdade: um enigma por desvendar *in* A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho, obra coletiva (coord. Laís de Oliveira Penido), Brasília, Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 169/171.

[46] O defloramento da mulher, ignorado pelo marido, como erro suficiente à anulação de casamento, nos termos do art. 219, inciso IV, do Código Civil de 1916, é exemplo bastante expressivo de algo considerado normal no passado e hoje visto como clara aberração. Torna-se ainda mais eloqüente o exemplo quando considerada a assertiva de João Luiz Alves, para quem a regra do inciso IV seria, em rigor, desnecessária, pois o defloramento estaria compreendido implicitamente na previsão do inciso III, ante a referência, neste último, a "defeito físico irremediável" (Código Civil, São Paulo, Saraiva, 1935, 1º, vol., p. 249).

[47] Em termos semelhantes, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, São Paulo, Malheiros, 2006, n. 34, p. 39.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 362 29/06/2018 15:35:57

libere, che possono essere confessionali o comunque ideologicamente caratterizzate, e ne deriva necessariamente che la libertà di insegnamento da parte di singoli docenti che sono liberi di aderire all'indirizzo della scuola come di recedere dal relativo rapporto, incontra nel particolare ordinamento di siffatte università i limiti necessari a realizzarne le finalità. Ciò vale in particolare per l'Università cattolica la cui pretesa natura di persona giuridica pubblica non ne attenuerebbe comunque l'originaria destinazione finalistica e la caratterizzazione confessionale. Negando ad una libera università ideologicamente qualificata il potere di scegliere i suoi docenti in base ad una valutazione della loro personalità e negandosi alla stessa il potere di recedere dal rapporto ove gli indirizzi religiosi o ideologici del docente siano divenuti contrastanti con quelli che caratterizzano la scuola, si mortificherebbe e rinnegherebbe la libertà di questa, inconcepibile senza la titolarità di quei poteri, e pertanto l'art. 38 del Concordato non contrasta con l'art. 33 Cost., che subordina al nulla osta della S. Sede la nomina dei professori dell'Università cattolica del Sacro Cuore. La legittima esistenza di libere università caratterizzate dalla finalità di diffondere un credo religioso è uno strumento di libertà, e la libertà religiosa dei cattolici sarebbe gravemente compromessa ove l'Università cattolica non potesse recedere dal rapporto con un docente che più non ne condivida le fondamentali e caratterizzanti finalità. È pertanto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 del Concordato che subordina la nomina e la permanenza dei professori dell'Università cattolica al nulla osta della S. Sede, sollevata in relazione all'art. 19 Cost.".

Em outros países, a diferença de tratamento, na situação mencionada, conta com a expressa permissão legislativa. É o que se dá, por exemplo, na Alemanha, em que a Lei geral sobre igualdade de tratamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG*) admite distinção fundada em crença religiosa ou secularismo, no caso de emprego oferecido por comunidades religiosas, instituições associadas a elas ou, ainda, associações que tenham por finalidade cultivar determinada crença religiosa ou o secularismo[48].

Nem mesmo nessa situação extrema, contudo, a distinção pode ser aceita. O decisivo é o conhecimento que se tem para o exercício do trabalho, não importando necessariamente a adesão a uma ou a outra religião ou a rejeição de todas elas. A decisão da Corte Constitucional italiana, antes referida e transcrita em parte, não levou em conta que a liberdade individual do empregador não se pode sobrepor ao interesse público de que não haja discriminação por motivo religioso[49].

Outro exemplo das tantas dificuldades colocadas pelo exame da razoabilidade da distinção posta manifesta-se no plano político. É certo - como já exposto, aliás - não se admitir diferenciação de tratamento por motivo de

---

[48] Cf. § 9, (1), do *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, na tradução para o inglês encontrada em *Employment & Labor Law in Germany*, C. H. Beck e Ant. N. Sakkoulas, München, 2008, p. 128.

[49] Sobre o tema, com conclusão divergente, porém, cf. Teresa Alexandra Coelho Moreira, Da esfera privada do trabalho e o controlo do empregador, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 507 e segs. Note-se que, a despeito da data de publicação, o texto é anterior ao Código do Trabalho de Portugal.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 363 29/06/2018 15:35:58

convicção política. Mas - considere-se agora o problema - como julgar a escolha feita para ocupar cargo de confiança na administração pública, a partir de critérios políticos, com exclusão de pessoas vinculadas a outros partidos? Haveria, no caso, discriminação, ou, ao contrário, simples diferenciação, aceitável ante o contexto em que realizada? A Suprema Corte americana, em *Branti v. Finkel*, disse que não havia discriminação, diante do caráter eminentemente político do cargo, que, na hipótese examinada, era de assessor de defensor público. Assinalou: "*party affiliation is an appropriate requirement for the effective performance of the public office involved*"[50]. Teve de admitir, porém: "*it is not always easy to determine whether a position is one in which political affiliation is a legitimate factor to be considered*"[51].

7. Igualdade e ações afirmativas.

A discriminação, como visto até aqui, está claramente proibida e não é tolerada pelo ordenamento jurídico brasileiro. A realidade, no entanto, nem sempre condiz com tal idéia. A distância entre o dever ser - a norma legal - e o ser - aquilo que se passa no mundo dos fatos - é enorme. Por isso mesmo é que fica evidente como não basta proscrever, por meio da lei, a discriminação. É preciso eliminá-la da realidade. Eis o grande problema dos dias de hoje. A ilegalidade da discriminação já não está mais em causa. Não é aceita pelo ordenamento jurídico. Não é tolerada. O problema é que ela continua a ocorrer na prática. Como eliminá-la? Como fazer com que a igualdade de tratamento, enunciada pela lei, transforme-se cada vez mais em realidade? Eis a questão hoje mais importante. Nesse campo há pelo menos dois aspectos fundamentais.

O primeiro envolve as chamadas ações afirmativas, caracterizadas, em linhas muito gerais, pelo tratamento desigual imposto pela lei, para compensar a desigualdade existente na realidade. O tema da ação afirmativa está atualmente em bastante evidência por conta de alteração legislativa ocorrida em alguns Estados da Federação, consistente na criação de cotas para ingresso, em universidades públicas, de estudantes vinculados a grupos minoritários ou desfavorecidos. Houve enorme polêmica sobre a legitimidade da previsão, com discussão em torno da própria constitucionalidade dessa reserva de cotas.

O que se alega, em oposição à ação afirmativa, é que a política no fundo viola a regra de tratamento igual de todos perante a lei. Afinal, se não pode haver discriminação, como privilegiar certa minoria ou certo grupo - nem sempre minoritário - com cotas reservadas, fazendo, por exemplo, com que aqueles que obtenham uma nota inferior possam ser admitidos na universidade em detrimento de outros, que não pertencem ao grupo e obtiveram notas superiores?

Ao enfrentar a questão lançada, prontamente vem à tona o julgamento da Suprema Corte americana que envolveu, mais uma vez, o problema da discriminação racial. A Universidade da Califórnia estabeleceu cotas reservadas

[50] 445 U.S. 507.
[51] Idem.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 364 29/06/2018 15:35:58

para negros, hispânicos e outros grupos desfavorecidos na sociedade norte-americana. Questionou-se a legitimidade da providência e a Suprema Corte, em 1978, afirmou que as cotas eram inconstitucionais[52]. Invoca-se esse precedente para justificar a mesma solução no direito brasileiro. A forma como se conduz o debate é, todavia, incorreta, até porque a mesma Suprema Corte, em junho de 2003, reviu, em parte, sua posição[53]. Afirmou, agora em relação ao sistema de cotas instituído pela Universidade de Michigan, que ele era legítimo, desde que o critério racial não fosse o único e convivesse com outros critérios. O resultado, de todo modo, é que, com o critério adotado, ingressarão na universidade integrantes de grupos desfavorecidos, mesmo que tenham obtido nota inferior à exigida de outros alunos. Como se vê, a Suprema Corte validou, em grande medida, a ação afirmativa. E mesmo antes, em 1970, no julgamento do caso *Steelworkers v. Weber*, reformou decisão da *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*, ao reconhecer a validade de norma coletiva celebrada com sindicato, em que prevista a promoção preferencial de trabalhadores negros, anteriormente preteridos no setor[54].

Aliás, o resultado a que se chegou no direito norte-americano está em linha com um dos dispositivos mais elegantes da Constituição italiana de 1947. O artigo terceiro, que estabelece a regra geral de igualdade, dispõe, como já visto: "*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*". Esse é o enunciado geral que, tal como na Constituição italiana, aparece em muitas outras constituições. Mas o preceito verdadeiramente importante é o parágrafo único, que estabelece: "*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*". Em termos semelhantes, a Constituição da Índia, estatui, no art. 15, sob a rubrica "*prohibition of discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth*": "*(1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them. (2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to (a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or (b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public*". Sem embargo, logo no n. 3, do mesmo artigo, preceitua-se: "*Nothing in this article or in clause (2) of article 29 shall prevent the State from making any special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes*."

---

52 *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke* (438 U. S. 265).

53 *Grutter v. Bollinger* (000 U.S. 02-241).

54 443 U.S. 193. Igualmente admitindo ações afirmativas, agora no campo da contratação de prestadores de serviços, veja-se a decisão tomada em *Adarand Constructors, Inc. v. Pena, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit* n. 93-1841, de 1995.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 365 29/06/2018 15:35:58

A vigente Constituição brasileira, a despeito da consagração da igualdade formal, como se vê do *caput*, do art. 5º, segue a linha da Constituição italiana e da Constituição da Índia, ainda que não de maneira tão clara ou em termos tão expressos. Em seu art. 3º, inciso III, porém, inclui, entre os objetivos fundamentais da República, "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Compreende-se, em tal contexto, faça a Constituição referência à proteção do mercado de trabalho da mulher, considerando não apenas a proibição passiva de discriminações (art. 7º, inciso XXX), como, ainda, a adoção de "incentivos específicos" (art. 7º, inciso XX)[55]. Não há, por conseguinte, contraste entre o princípio constitucional da igualdade e as ações afirmativas, como reconheceu, inclusive, o Tribunal Federal da 4ª Região, ao enunciar a validade do sistema de cotas, na Universidade Federal do Paraná[56].

Na verdade, as ações afirmativas estão plenamente amparadas pela idéia de igualdade substancial, até porque só se remove a desigualdade com uma desigualdade compensatória, com o tratamento favorecido, por meio do qual se possa reequilibrar a desigualdade de fato. Não há, no caso, ofensa ao princípio da igualdade. Como explicitou o Tribunal Constitucional espanhol, "*no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación*"[57].

Aqui bem se pode invocar, outra vez, a jurisprudência norte-americana. Teve a Suprema Corte de defrontar-se, certa feita, com o problema

---

[55] Analogamente, a Constituição portuguesa de 1976 estabelece, no art. 81: "Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável; b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal...". A Constituição da Venezuela, por sua vez, dispõe, no art. 21: "*Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:... 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*".

[56] TRF - 4ª Reg., 3ª T., Ap. Ms nº 2005.70.00.008336-7, Rel. Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, julg. em 25.03.2008.

[57] Sentença n. 19/1989, julgamento em 31.01.1989, publicada em 28.02.1989. Para outros pronunciamentos, de tribunais de diferentes países europeus, cf. Louis Favoreu e outros, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2000, §§ 436 e segs., p. 343 e segs.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 366 29/06/2018 15:35:58

da aposentadoria com prazos diferenciados para homens e mulheres, cuja legitimidade se questionou, em face do princípio constitucional da igualdade. Por que o tratamento discriminatório? A Suprema Corte, em julgamento que não teve tanta repercussão como outros, assentou: "*The challenged statute operated directly to compensate women for past economic discrimination. Retirement benefits under the Act are based on past earnings. But as we have recognized: "Whether from overt discrimination or from the socialization process of a male-dominated culture, the job market is inhospitable to the woman seeking any but the lowest paid jobs." Kahn v. Shevin,* 416 U.S., at 353 …*Thus, allowing women, who as such have been unfairly hindered from earning as much as men, to eliminate additional low-earning years from the calculation of their retirement benefits works directly to remedy some part of the effect of past discrimination*"[58]. E a jurisprudência nacional usou argumento muito semelhante para rejeitar a tese da inconstitucionalidade da Lei n. 11.340, conforme julgado com a seguinte ementa: "Apelação - Lei Maria da Penha - Inconstitucionalidade - Inocorrência - Busca da igualdade substantiva - Coerência com o princípio da isonomia. A ação afirmativa do Estado que busque a igualdade substantiva, após a identificação dos desníveis sócio-culturais que gere a distinção entre iguais/desiguais, não se pode tomar como inconstitucional, já que não lesa o princípio da isonomia, pelo contrário: busca torná-lo concreto, efetivo. As ações políticas destinadas ao enfrentamento da violência de gênero - deságüem ou não em Leis - buscam a efetivação da igualdade substantiva entre homem e mulher enquanto sujeitos passivos da violência doméstica. O tratamento diferenciado que existe - e isto é fato - na Lei 11.340/06 entre homens e mulheres não é revelador de uma faceta discriminatória de determinada política pública, pelo contrário: revela conhecimento de que a violência tem diversidade de manifestações e, em algumas de suas formas, é subproduto de uma concepção cultural em que a submissão da mulher ao homem é um valor histórico, moral ou religioso - a origem é múltipla. Argüição de inconstitucionalidade rejeitada"[59].

A afirmação adquire especial significado no campo das cotas nas universidades. É preciso ter em conta que a discriminação existente para o ingresso nas universidades decorre já da deficiência no ensino para certas pessoas. Os grupos desfavorecidos têm um ensino de menor qualidade. Com isso, não ingressam em universidades de melhor qualidade. Em conseqüência, exercerão atividades ou funções com menor remuneração, fazendo com que a desigualdade se multiplique e, na verdade, se perpetue.

Portanto, as ações afirmativas são mesmo indispensáveis quando se pretende eliminar de fato - e não apenas de direito - a discriminação. Como assinalou em famoso voto vencido o juiz Tanaka, da Corte Internacional de

---

[58] *Califano v. Webster* (430 U.S. 313). De idêntico modo, na *dissenting opinion* apresentada no já citado caso *Regents of Univ. of Cal.* v. *Bakke* (438 U. S. 265), o juiz Harry Blackmun assentou: "…*in order to treat some people equally we must first treat them differently*".

[59] TJ-MG, 5ª Câm. Crim., Ap. Crim. n. 1.0672.07.245992-4/001(1), Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, julg. em 06.11.2007 *in* DJMG de 01.12.2007.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 367 29/06/2018 15:35:58

Justiça: "*to treat unequal matters differently according to their inequality is not only permitted but required*"[60]. Daí ter razão E. W. Vierdag ao concluir: "*it is only after compensatory unequal treatment has been accorded in compliance with the non-discrimination rule that legal equality, i.e. formal equal treatment, will also constitute material equal treatment, will produce 'genuine equality'* "[61]. Não por outra razão a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, depois de estabelecer, na subsecção 1, de seu art. 15, a regra geral da igualdade[62], na subsecção seguinte estatui: "*(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability*"[63]. Disse muito bem, aliás, o Min. Carlos Ayres de Britto ao assinalar: "não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade"[64].

É exatamente o que faz, embora de modo imperfeito, o art. 93, da Lei n. 8.213/91, ao impor aos empregadores a obrigação de contratação de certo número de trabalhadores deficientes[65]. A disciplina legal, em tal hipótese - como em outras em que se criam medidas promocionais em favor de pessoas desfavorecidas - apenas procura

---

[60] *South-West Africa-Case*, Reports 1966, p. 248.

[61] *The concept of discrimination in international law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1973, p. 165.

[62] O texto está assim redigido: "*(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability*".

[63] Para indicação da admissibilidade de medidas de ação afirmativa na legislação britânica (*positive discrimination*), em matéria trabalhista, em favor de idosos, cf. Robert Upex, Richard Benny e Stephen Hardy, *Labor Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, n. 4.140, p. 188.

[64] Item 30, do voto proferido na ADin n. 3.330-1 DF.

[65] Imperfeição evidente da norma indicada resulta de nela não se levarem em conta dificuldades decorrentes de impossibilidades técnicas ou de situações em que a liberdade de escolha do empregador não pode se sujeitar a parâmetros mais rigorosos, como no caso dos cargos de confiança (art. 62, inciso II, da CLT). O direito italiano, com a experiência acumulada ao longo de mais tempo de aplicação de medidas promocionais, considerou as hipóteses, ainda que em termos também algo imperfeitos e suscetíveis de aprimoramento. Dispensou, de todo modo, certas empresas do cumprimento, em relação a determinadas funções, da obrigação de admissão de deficientes, por conta de obstáculos técnicos. Trata-se do art. 13, da Lei n. 482, de 1968, em que se estatui: "*Le imprese di navigazione marittima ed aerea, le ferrovie dello Stato e le imprese esercenti pubblici servizi di trasporto in concessione non sono tenute, per quanto concerne il solo personale navigante e viaggiante, all'osservanza dell'obbligo di cui al precedente articolo*"). Admitiu, em relação a outras empresa, a substituição, em situações excepcionais e mediante prévia autorização administrativa, da contratação de deficientes por outras medidas promocionais. A possibilidade está no art. 13, n. 5, da mesma Lei n. 482, nos seguintes

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 368 29/06/2018 15:35:58

"*riammettere al lavoro a condizione normali coloro che, per le minorazioni subite, difficilmente potrebbero affrontare la concorrenza con i lavoratori sani*", como evidenciado por Valente Simi[66]. Não é outro o fundamento da regra do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504, que, ao estabelecer as normas para as eleições, dispõe: "Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo".

No campo trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a validade de cláusula de convenção coletiva com previsão de admissão preferencial de trabalhadores locais, normalmente preteridos em relação a trabalhadores de outras regiões, como forma de distribuir, de modo mais equânime, os resultados do desenvolvimento econômico. A ementa do julgado tem a seguinte redação: "Recurso ordinário. Ação anulatória. Recrutamento. Preferência. Mão-de-obra local. Validade. É válida a cláusula que prevê preferência na contratação de mão-de-obra local, como critério de desempate, sem consubstanciar restrição absoluta, a fim de diminuir desigualdades sociais evidentes em uma situação específica, revelando-se como verdadeira discriminação positiva, garantidora da concretização do princípio constitucional da igualdade jurídica"[67].

8. Discriminação e processo.

Outra providência relevante para a eliminação da discriminação está relacionada com o direito processual.

Na verdade, já existem as normas legais substanciais para combater a discriminação. Não são necessárias outras, especialmente quando bem e corretamente interpretadas as existentes. Mas é ainda muito difícil discutir judicialmente o problema da discriminação. Por quê? Ora, por um motivo muito simples: a discriminação normalmente não se dá de modo ostensivo, declarado, manifesto. Ela é quase sempre dissimulada, disfarçada. Mostra-se "*unusual to find direct evidence of racial discrimination*", como registrou a *House of Lords*[68]. Isso se torna ainda mais delicado no campo do Direito do Trabalho, em que muitos atos se

termos: "*Com decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentita la commissione provinciale di cui all'art. 16, le aziende private che, per le speciali condizioni della loro attività non possono occupare l'intera percentuale di invalidi prescritta, potranno essere parzialmente esonerate dall'obbligo dell'assunzione, alla condizione che, in sostituzione degli invalidi, provvedano ad assumere orfani e vedove delle varie categorie. La mancata assunzione di orfani e vedove comporta la decadenza dell'esonero*". Dessa forma, sem se comprometer a busca de mais igualdade substancial, deixa-se espaço para o estabelecimento de disciplina diferenciada em casos que mal se acomodam à disciplina legal de caráter geral.

[66] *Disposizioni di legislazione sociale particolari ad alcune categorie di lavoratori* em *Tratatto di diritto del lavoro*, Padova, CEDAM, 1959, *volume terzo*, p 446.

[67] TST - SDC, Proc ROAA n. 78/2004-000-08-00, rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, julg. em 10.04.2008 *in* DJU de 25.04.2008.

[68] *House of Lords* [1991] IRLR 513, *King v. Great Britain-China Centre apud* Simon Deakin e Gillian S. Morris, *Labor Law*, Butterworths, London, 2003, p. 562. A Divisão

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 369 29/06/2018 15:35:58

praticam fundados no exercício de direitos potestativos. A dispensa, por exemplo, não precisa, como regra geral, ser motivada. Não está o empregador obrigado a declinar o motivo para a rescisão do contrato de trabalho. Se pretende dispensar por motivo discriminatório, simplesmente silencia. Não indica o motivo. O mesmo vale para a admissão do trabalhador. Ninguém dirá que não admite o trabalhador por conta de seu sexo, raça, idade ou outro fator discriminatório de qualquer natureza. Em conseqüência, consoante anota Jacques Le Goff, "*en matière de discrimination, l'effectivité du droit butte sur l'écueil de la preuve de pratiques illicites*"[69]. Pois bem, como isso pode ser resolvido? Só há uma forma, que envolve o segundo aspecto do combate à discriminação.

Mais uma vez o legislador português foi muito feliz. No mesmo artigo 23, do Código do Trabalho, já mencionado, há uma terceira alínea, em que se lê o seguinte: "cabe a quem alegar discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se consideram discriminados." Em conseqüência de tal preceito, aquele que se considera discriminado por conta de sua raça, religião ou convicção ou outra circunstância, deve apenas apontar outros trabalhadores que tiveram tratamento diferenciado. Aí termina o seu encargo, que consiste em estabelecer o que os tribunais norte-americanos chamam de *prima facie case*[70]. Prossegue o mesmo dispositivo estabelecendo que incumbe "ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos fatores indicados no n.1".

A regra mencionada, que encontra paralelo em outros sistemas jurídicos[71], mostra que, quando se busca realmente tratar judicialmente de casos de discriminação, é impostergável permitir, em certos casos e

---

Civil de Corte de Apelação da Inglaterra assinalou, a seu turno, que a produção da prova em "*discrimination claims may pose great difficulties for claimants*" (*Igen Ltd. and Kay Wong* [2005] EWCA Civ. 142).

[69] *Droit du travai et société*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2001, 1 - *Les relations individuelles de travail*, p. 444.

[70] A propósito, no campo da discriminação em matéria trabalhista, cf. *McDonnell Douglas Corp. v. Green* (411 U.S. 802). Os elementos do *prima facie case*, indicados no citado julgamento da Suprema Corte, são os seguintes: "*(i) that he* (o autor do pedido) *belongs to a racial minority; (ii) that he applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (iii) that, despite his qualifications, he was rejected; and (iv) that, after his rejection, the position remained open and the employer continued to seek applicants from persons of complainant's qualifications*".

[71] O art. 96, da *Ley de Procedimiento Laboral* española, por exemplo, prevê: "*En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*". E a Lei belga de 10 de maio de 2007 dispõe, em seu art. 28, § 1º: "*Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, le Centre ou l'un des groupements d'intérêts invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination*

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 370 29/06/2018 15:35:58

preenchidas determinadas condições, a inversão do ônus da prova[72] ou, como preferem outros, é preciso aliviar o ônus da prova atribuído normalmente ao autor[73]. Quem estabelece a diferenciação é que fica obrigado a demonstrar a razoabilidade do critério de distinção. Deve evidenciar que a prática justifica-se por conta da natureza da atividade ou de qualquer outro fator legítimo de diferenciação. Tome-se um exemplo. Não admite a empresa – imagine-se - pessoas com mais de 60 anos de idade, para utilizar exatamente o caso julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho, a que se fez menção anteriormente. Ora, se se trata de contratação para atividade que exija alta capacidade física, o critério distintivo não será arbitrário. É, pelo contrário, legítimo. Mas - e esse é o ponto importante - deve ser ainda assim sempre ônus de quem diferencia demonstrar a razoabilidade da diferenciação.

A inversão do ônus da prova, que não se há de verificar gratuitamente, mediante mera alegação do autor[74], é um elemento essencial para o combate à discriminação. Precisa, portanto, ser tomada em conta pelo legislador, a fim de modificar o quadro hoje vigente, mediante norma clara, conhecida antecipadamente pelas partes envolvidas na relação material[75]. A aplicação da regra do art. 818, da CLT, aos pleitos relacionados com impugnação de práticas discriminatórias, dominante na jurisprudência[76], cria problemas práticos evidentes, frustrando a tutela efetiva do direito à igualdade.

---

fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination". Para exame do assunto no direito holandês, cf. Antoine T. J. M. Jacobs, *Labor law in the Netherlands*, The Hague, Kluwer Law Internacional, 2004, n. 68, p. 60.

[72] Foi o que assinalou o Tribunal Constitucional espanhol, ao examinar caso envolvendo alegação de discriminação por motivo sindical: "*Cuando ante un despido se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio por vulneración del art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores y de derechos fundamentales comprendidos en artículos como el 14, el 16 o el 28.1 de la Constitución, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario «la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido»…*"(Sentença 114/1989, de 22.06.1989).

[73] Júlio Manuel Vieira Gomes, Direito do trabalho cit.

[74] A propósito, Juan Montero Aroca e outros, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, Civitas, 1993, I, p. 658.

[75] A modificação do ônus da prova há de ser feita pelo legislador, não podendo ficar a cargo do arbítrio judicial, sob pena de, como mostra Antonio Vallebona, comprometer a certeza do direito (*L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, CEDAM, 1988, n. 1, p. 8) e, até mesmo, a garantia do contraditório, por conta da incerteza sobre o interesse no desenvolvimento da atividade instrutória.

[76] "No processo originário, o ônus da prova da existência de discriminação no trabalho era da Reclamante, uma vez que referente ao fato constitutivo do seu direito à indenização por dano moral." (TST - SBDI II, ROAR n. 677.277, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, julg. em 05.02.02 *in* DJU de 15.03.02); "...dispensa discriminatória...Ônus da prova que incumbe ao empregado (art. 818 da CLT e art. 333, I, do CPC)."(TRT – 4ª Reg., 6ª T., Processo n. 01520.202/97-0 (RO), Rel. Juiz João Ghisleni Filho, julg. em 04.06.98 *in* DJ de 29.06.98) e, ainda: "Dano moral. Ato discriminatório. Gravidez.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 371 29/06/2018 15:35:58

9. Conclusão.

A consolidação da democracia, sem dúvida nenhuma, é um passo que se dá no campo da eliminação da discriminação, porque todos passam a ser iguais no plano da participação política. Mas, há o reverso da medalha, que nem sempre é considerado. As sociedades divididas em castas, em grupos, em que há discriminação, são menos inclinadas a aceitar soluções democráticas e tendem a seguir caminhos autoritários. Daí porque, se a democracia contribui para uma maior igualdade, a maior igualdade também fortalece enormemente a democracia. Como lembra Carmen Lúcia Antunes Rocha, "Democracia não combina com discriminação"[77]. Por isso, no fundo, o combate à discriminação não é uma questão limitada. É questão muito mais ampla, que permite recuperar e atualizar os ideais que, no já distante ano de 1789, levaram à Revolução Francesa.

É preciso pensar na liberdade não mais como aquela mera faculdade de exercer determinada atividade ou como mera liberdade econômica. A liberdade é muito mais do que isso. É a efetiva possibilidade de exercício de direitos. Já a igualdade - segundo postulado da Revolução Francesa - é a igualdade de oportunidades e de chances. Diferenças sempre haverá na sociedade. O que não pode haver é uma desigualdade de oportunidades. As diferenças devem resultar da diversidade de aptidão de cada um e não da dessemelhança de fortuna, de nascimento ou de outros aspectos acidentais. Com tudo isso, talvez se consiga atingir o terceiro mote da Revolução Francesa, o mais ambicioso de todos e o que está mais ausente da sociedade nos dias de hoje: a fraternidade.

Ônus da prova dos fatos constitutivos do direito. Regularidade de dispensa em sede de contrato de experiência. As alegações de dano moral e de atitude discriminatória em razão de gravidez, causadores da rescisão contratual, devem ser robustamente comprovadas, não deixando margem para dúvidas, sob pena de ofensa à reputação da empresa, que também merece proteção legal. Deve ser comprovada a conduta do empregador, o dano sofrido e o nexo causal entre a conduta e o dano, como fatos constitutivos do direito à reparação, na forma dos artigos 818, da CLT e 333, inciso I, do CPC. Não sendo realizada essa prova e verificando-se que a dispensa ocorreu em sede de contrato de experiência, não há nenhuma irregularidade que invalide o ato do empregador." (TRT - 2ª Reg., 4ª T., RO n. 01656200631602002, Rel. Juiz Paulo Augusto Camara, Ac. n. 20080337710 *in* DOE de 02.05.2008).

[77] Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, Revista de Informação Legislativa, Brasília, 1999, 33, n. 131, p. 33 *apud* Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho, Discriminação por sobrequalificação, São Paulo, s. e. p. (dissertação), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 7.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 372 29/06/2018 15:35:58

TRABALHADORES DO BRASIL:
20 anos de proteção constitucional ou a subordinação revisitada *

Aldacy Rachid Coutinho [1]

1. Com o advento da Constituição da República de 1988 não faltaram vozes a bradar que os níveis de proteção assegurados por meio dos direitos fundamentais sociais no artigo 7º e seus incisos tinham como destinatários todos os trabalhadores e não somente aqueles subordinados. Agregue-se o fato de que desde algum tempo se pensa no alargamento dos horizontes do próprio Direito do Trabalho, para albergar outras formas de prestação de trabalho que não somente a do emprego. Por outro lado, nota-se um esvaziamento na figura do empregado como paradigma a pautar a adoção de medidas legislativas protetivas, identificando-se uma fragmentação das relações jurídicas ao mesmo tempo em que cresce a informalidade, tomada no sentido próprio de mercado informal (não produtivo economicamente) quanto na sua identificação com a ilegalidade (descumprimento das regras e princípios trabalhistas). Para selar o "*imbróglio*" tem-se como insuficiente o conceito de subordinação jurídica diante do que seriam as emergências de um capitalismo em transformação, das novas formas organizativas do capital produtivo e do paradigma "trabalhador" que se alterna para assunção do desejo de ser empreendedor.

Exsurge, portanto, a necessidade de se enfrentar a questão da subordinação jurídica, para perquirir a sua atualidade e os limites e possibilidades de permanecer como parâmetro para identificação dos destinatários da proteção constitucional inserta do art. 7º.

A subordinação jurídica resta consagrada no Direito do Trabalho[2] brasileiro como o critério distintivo por excelência da relação de emprego, se assim se quer, do contrato de trabalho em relação aos demais negócios jurídicos cuja obrigação consiste em uma atividade humana, e vem aceita sem oposição.[3]

---

* Publicado na Revista TRT-8ª Região - Suplemento Especial Comemorativo, v. 41, n. 81, p. 259-280, jul./dez./2008.

[1] Professora de Direito do Trabalho na Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Procuradora do Estado do Paraná. Advogada.

[2] Por todos, v. CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 197-206.

[3] Segundo Deveali, o critério de subordinação jurídica é aceito unicamente pelos países latinos como Itália, França, Espanha e América Latina, sendo que na Alemanha a admissão se dá com alcance distinto e efeitos mais reduzidos. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 179.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 373 29/06/2018 15:35:58

> *A relação de emprego caracteriza-se quando há prestação de serviços de forma pessoal, não eventual, subordinada e remunerada (art. 3º da CLT). Dentre estes requisitos, o mais importante é a subordinação, que não se verifica na relação de natureza autônoma e constitui-se, portanto, em elemento indispensável na identificação do vínculo empregatício.*[4]

É necessário esclarecer, desde logo, que a subordinação é um conceito teoricamente construído, nascido pelas mãos de Paul Cuche,[5] não sendo, portanto, inerente ao modo de produção capitalista,[6] nem aos vínculos de emprego.[7]

Não é despiciendo lembrar que, em França, a Corte de Cassação preferiu definir o trabalhador assalariado pelo estado de subordinação, afastando o critério da dependência econômica, em julgado datado de 6 de julho de 1931.[8]

Note-se, portanto, que Evaristo de Moraes, em sua obra *Apontamentos de direito operário*, publicada originalmente em 1905, pela Imprensa Nacional, já se empenhava em favor de um contrato de trabalho que regulasse o vínculo entre empregador e empregado, mesmo quando sequer havia emergido no ordenamento jurídico o Código Civil de 1916, que optou por um contrato de locação de serviços e não traçava uma linha para enfrentar a discussão em torno de uma subordinação jurídica; não há menção de tal categoria e nem por isso inviabilizara o enfrentamento das questões de um "direito operário".[9]

Posiciona-se nos marcos regulatórios de um Direito do Trabalho filho do Estado Social, que tinha como missão afirmar e concretizar algumas promessas

---

[4] TRT-PR-00025-2005-322-09-00-9. Acórdão n° 19049/2007. 1ª Turma Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 17-07-2007; TRT-PR-01453-2005-670-09-00-7. Acórdão n° 27631/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 28-09-2007; TRT-PR-02042-2006-664-09-00-8. Acórdão n° 25902/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 18-09-2007; TRT-PR-02718-2006-673-09-00-4. Acórdão n° 23428/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 28-08-2007; TRT-PR-00025-2005-322-09-00-9. Acórdão n° 19049/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 17-07-2007.

[5] CUCHE, Paul. Du rapport de dépendence élément constitutif du contrat du travail, publicação de 1913. Apud NASCIMENTO, Amauri. Curso de direito do trabalho. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 599.

[6] "De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão)." DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6.ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 301.

[7] A subordinação está presente, ainda, nas relações estatutárias, regidas pelo direito administrativo, bem como igualmente, dentre tantas, no trabalho avulso, no trabalho temporário e na relação de estágio.

[8] SUPIOT, Alain. Les nouveaux visages de la subordination. Revue du Droit Social. fev.2000, n. 2, p. 131.

[9] MORAES, Evaristo. Apontamentos de direito operário. 4.ed. São Paulo: LTr, 1998.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 374 29/06/2018 15:35:58

da modernidade. Acompanhado do Direito Penal (veja-se a evolução das penas), serve ao (é expressão do) capitalismo - não por outro motivo pode-se afirmar ser um Direito Capitalista do Trabalho - para que se estabeleça uma normalização social, o que faz nos marcos da Revolução Industrial, para assegurar ordem e disciplina no sistema fabril. Tendo por meta viabilizar as condições para o desenvolvimento industrial, instala uma sociedade salarial tendo o trabalho produtivo como centralidade nas relações interpessoais.

Com o advento de uma sociedade pós-industrial, nos contornos da pós-modernidade, se instala uma "crise" à qual se segue uma mudança de paradigmas. O Direito do Trabalho, que não incorporou direitos e liberdades do Estado Liberal, tais como os princípios da legalidade e presunção de inocência em relação ao poder punitivo, que não cumpriu as promessas da modernidade, se deve adequar ao ambiente de um Estado Democrático de Direito. Tem, então, que dar conta dos reflexos do desenvolvimento da ciência moderna[10] por seu discurso, que abalou o lugar da autoridade do enunciador como legitimidade, em proveito de outra legitimidade fundada, na autoridade dos enunciados, por sua coerência interna[11], produtora de novos laços sociais.[12] Para compreendê-la, afinal, é mister ter em mente que o discurso da ciência (tecnocientífico) tem uma pretensão universalizante, totalizante, isto é, pretende *"ter uma boa resposta para todos"*, onde tudo é possível (não existe o impossível![13]) e, portanto, instala um mundo sem limites nas reivindicações dos cidadãos (salvo pela falta de recursos

---

[10] Einstein afirmara que o tempo, dimensão fundamental da nossa existência, é uma ilusão; não há passado e nem futuro: "Assistimos ao surgimento de uma ciência que não mais se limita a situações simplificadas, idealizadas, mas nos põe diante da complexidade do mundo real, uma ciência que permite que se viva a criatividade humana como a expressão singular de um traço fundamental comum a todos os níveis da natureza." PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: UNESP, 1996, p. 14.

[11] "Foi a promoção da exclusão da enunciação em proveito de puros e simples enunciados que permitiu aos nazistas serviram-se - como fizeram - da ciência racial". LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004, p. 69.

[12] LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004, p. 53. "Assim, o desenvolvimento da ciência moderna abala o lugar da autoridade religiosa e produz novo laço social, cujo motor, doravante, que comanda, não é mais a enunciação do mestre, seu dizer, mas um saber de enunciados, um conjunto acéfalo de ditos." (p. 53)

[13] "Estando dado, entretanto, que, no simbólico da ciência, esse real original é esquecido, a conseqüência é que querer o impossível é confundido com tornar tudo possível. É a partir desse implícito do discurso da ciência que o deslocamento do limite do possível é espontaneamente confundido com a expulsão do lugar do impossível. [...] É o voto de onipotência." LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004, p. 106-7.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 375 29/06/2018 15:35:58

financeiros) pautadas pela racionalidade econômica eficientista (maximizar os resultados, reduzindo os custos), a ruína da faculdade de julgar, uma desinscrição da diferença e a possibilidade de um saber que não está mais "estorvado" pela dimensão da verdade, pois a verdade é o que é demonstrável - seria um "saber sem verdade", ou o fim das certezas.[14]

O discurso tecnocientífico, segundo o qual não há mais certezas, senão possibilidades, abala significativamente o conceito nevrálgico do Direito do Trabalho. Afinal, ainda é possível manter o conceito de subordinação jurídica como suporte e alavanca de um direito do trabalho?

2. Não obstante a artificialidade de sua essencialidade, decorrente de processos de naturalização, não se tem ainda critérios precisos e uníssonos para sua identificação. Trata-se, como quer Lyon-Caen, Pélissier e Supiot, de uma *"définition incertaine"*[15] ou, segundo Carinci, Tamajo, Tosi e Treu, de uma noção *"fragile"*.[16] Para Deveali, é um conceito que está, assim, *"destinado a desaparecer",*[17] em posição compartilhada por Plá Rodriguez.[18] Ponderam Hueck e Nipperdey, todavia, que embora seja um critério não de todo claro e relativo, até o momento não se encontrou outro melhor para substituí-lo.[19]

3. A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3.º, define empregado como sendo "toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob **dependência** deste e mediante salário" e empregador, no artigo 2.º, como "a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e **dirige** a prestação pessoal de serviços". (g.n.) Enquadra-se a dependência como uma situação ou uma relação, denotando por metonímia a construção da subordinação, enquanto revelação da outra face do poder do empregador. Por tal motivo chega-se a indicar que a situação de dependência retrata um dever de obediência.[20]

---

[14] LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004, p. 58-9, 106, 110 e 126.

[15] LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 114.

[16] CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro: Il raporto di lavoro subordinato, p. 19.

[17] O conceito de hipossuficiência seria a verdadeira *ratio* da legislação laboral e o Estado um promotor do bem- estar geral. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 183.

[18] "La tendencia que parece descubrirse em la actualidad es la de ir prescindiendo de esta última nota [subordinacion] para abarcar em nuestra disciplina toda la actividad profesional aunque no se preste em situación de dependência." PLA RODRIGUEZ, Américo. Curso de derecho laboral, p. 96.

[19] HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 59.

[20] Por todos, v. HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 58.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 376 29/06/2018 15:35:58

"Dependente" diz-se na linguagem natural da pessoa que não dispõe de recursos para promover a sua subsistência; a pessoa que vive a expensas de outra.[21] Porém, sendo tomada como submissão aos poderes empresariais, de direção e disciplinar, é exatamente sua natureza jurídica e não a econômica a acolhida para sua caracterização:

> *O trabalhador é proprietário da sua força de trabalho quando a mercadeja, e só pode vender o que possui, sua força de trabalho individual. [...] Temos de confessar que nosso trabalhador sai do processo de produção de maneira diferente daquela em que entrou. No mercado, encontramo-lo como possuidor da mercadoria chamada força de trabalho, em face de outros possuidores de mercadorias; vendedor, em face de outros vendedores. O contrato pelo qual vendeu sua força de trabalho ao capitalista demonstra, por assim dizer, preto no branco, que ele dispõe livremente de si mesmo. Concluído o negócio, descobre-se que ele não é nenhum agente livre, que o tempo em que está livre para vender sua força de trabalho é o tempo em que é forçado a vendê-la e que seu vampiro não o solta "enquanto houver um músculo, um nervo, uma gota de sangue a explorar".*[22]

4. Por todos, aduz Cabanellas que a subordinação tem caráter jurídico[23] porquanto emana do próprio contrato e é reconhecido e garantido pela lei, tendo seus fundamentos na ordem técnica e a manifestação nas condições de exercício do trabalho que deve ser prestado; reflete uma faceta da obrigação contratual e implica uma limitação da liberdade, outorgada e consentida pelo fato contratual.[24]

Apesar da assunção pela subordinação de uma natureza jurídica, isto é, "*estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens*",[25] instrumentalizada pelo contrato de trabalho, as decisões judiciais[26] que

---

[21] Verbete: dependência. HOLANDA, Aurélio Buarque de. Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1995, p. 201.

[22] MARX, Karl. O capital: o processo de produção do capital. 20.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002, p. 386 e 345-6, v. 1.

[23] Em verdade é imposta como elemento próprio e indispensável, inerente à natureza do contrato de trabalho. CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 219. Também, FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 123.

[24] CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 218-9.

[25] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 600.

[26] Foram analisados todos os acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região disponíveis no site que tinham em suas ementas a indicação de análise de relação de emprego ou trabalho, contrato de trabalho e subordinação, que servem como indicativo tão-somente, dada a falibilidade da tomada das decisões como totalidade, dos argumentos de justificação.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 377 29/06/2018 15:35:58

reconhecem vínculo de emprego ainda se dão, primordialmente, pela presença de uma subordinação hierárquica, por meio de ordens de um superior e/ou técnica.

> *O contrato de emprego e o trabalho autônomo (liberal) possuem elementos comuns, tais como a natureza continuada e o caráter oneroso da prestação de serviços. Todavia, divergem num pequeno aspecto: a existência da subordinação hierárquica e jurídica que caracteriza o contrato de trabalho, mas está mitigada no trabalho autônomo.*[27]
>
> *Ausente subordinação hierárquica e técnica [...] reforçando a autonomia no desempenho da atividade laboral.*[28]
>
> *Presente comprovação de prestação laboral braçal na descarga de caminhões, sem vinculação do trabalhador a qualquer chefe na ré [...] Vínculo de emprego que não se reconhece, por ausentes a subordinação jurídica e a habitualidade.*[29]

A configuração de um contrato de trabalho e da existência de trabalho subordinado, independe de qualquer manifestação volitiva das partes nesse sentido, nem da denominação ou da formalização de um específico pacto, mas tão-só das condições reais, materiais, de prestação de trabalho, segundo certo comportamento do trabalhador e do capitalista/empregador, máxime diante da informalidade que gravita em torno dos vínculos estabelecidos.[30]

5. O discurso acadêmico unívoco que vislumbra facilmente um contrato de trabalho onde há um trabalhador subordinado, de qualquer sorte, encontra embates vivos na multifacetária realidade.

5.1. De início a batalha deve ser travada com o próprio trabalhador, na conscientização da sua inserção na classe trabalhadora, dentro de um processo de identificação da situação jurídica que se pretende tutelar juridicamente.[31]

---

[27] TRT-PR-00800-2004-325-09-00-4. Acórdão n° 24378/2007. 4ª Turma. Relator Desembargador Luiz Celso Napp. Publicado no DJPR em 04-09-2007.

[28] TRT-PR-04004-2006-892-09-00-5. Acórdão n° 11739/2007. 1ª Turma. Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 11-05-2007.

[29] TRT-PR-00246-2006-089-09-00-1. Acórdão n° 11124/2007 4ª Turma. Relatora Desembargadora Sueli Gil El-Rafihi. Publicado no DJPR em 04-05-2007.

[30] "*..il n'appartient pas aux parties de decider si le travail en cause est un travail salarié ou non; leur manière de présenter le contrat est décisive; c'est cette nature qui depend des condiciones concrètes dans lesquelles est exercée l'activité".* COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 99. No mesmo sentido, CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro: Il raporto di lavoro subordinato, p. 20. para Deveali, a prevalência da realidade sobre as cláusulas contratuais somente sucede quanto visam anular ou reduzir direitos assegurados em lei, sendo que na análise das situações de fato prevalece o critério subjetivo do juiz. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 183-4.

[31] Sobre a questão da hipossuficiência a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, v. BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Renúncia e transação no direito do trabalho.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 378 29/06/2018 15:35:58

No campo econômico capitalista de mercado que constrói suas bases na propriedade privada e na livre iniciativa, dá-se a assunção de uma visão deturpada e negativa da condição de ser empregado e, não raras vezes, para aqueles que imaginam pertencer a estamentos profissionais - tais quais os advogados ou médicos, v.g. -, não estar formalmente como empregados, ainda que em realidade o sejam e, ainda que signifique não estarem protegidos pela ordem normativa aplicável, seria o reconhecimento de sua pertinência a uma classe tida como "superior", isto é, àquela dos profissionais liberais, categoria dos trabalhadores autônomos, mais próxima, portanto, dos capitalistas que neste aspecto servem como um referencial simbólico.

5.2. Acrescente-se que as empresas, em todos os lugares, "*pour alléger leurs charges, <extériorisent> les emplois, par exemple sous-traitent à des indépendants des activités qu'elles remplissaient elles-mêmes en employants leurs propres salariés; ces indépendants au sens juridicque étant souvent restes économiquement très dépendants d'un ex-employeurs devenu leur unique client*".[32]

5.3. Mais recentemente ainda, com os novos modelos de gestão, mediante alterações na organização empresarial através de processos de *downsizing* e/ou *reengenharia* e, na opção por uma estrutura de *acumulação flexível*, bem como diante da absorção de novas tecnologias, apresenta-se cada vez mais tênue, fluído, opaco, o limite entre a subordinação e a autonomia.[33] A superação do modelo taylorista, para quem o empregado é um sujeito que "tende a fazer cera" em proveito de um trabalhador comprometido com os destinos da empresa, pró-ativo, criativo, colaborador, acarreta efeitos na identificação do subordinado.

É preciso esclarecer, desde logo, que não é o poder que declina, mas o seu exercício, antes sob ameaça de um mal ou para conquista de uma benesse, que se torna na condicionalidade (poder condicionado) mais complexo, mais difuso, menos facilmente identificado.

6. O repensar das soluções encontradas para definir critérios para qualificação e o enquadramento do vínculo em um determinado regime jurídico refletem um momento de certa esquizofrenia do Direito do Trabalho. É a

---

In: Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros, p. 598-9.

[32] LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 117.

[33] "...o dogma da subordinação, tende a diminuir dramaticamente seu campo de abrangência e, por fim, a desaparecer ... por isto, o direito do trabalho deve evoluir para uma forma de graduação da tutela, conforme os níveis diversos de subordinação e dependência, que legitimam um tratamento diferenciado". ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Sujeitos da relação de emprego - empregado - espécies. In: Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros, p. 181.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 379 29/06/2018 15:35:58

crise dos últimos anos de que fala Pera.[34] Trata Alain Supiot[35] da autonomia na subordinação, bem como ressalta os debates em torno do assalariamento. Afinal, trata-se de afecção mental caracterizada pelo relaxamento das formas usuais de associação de idéias manifestada pela dificuldade na identificação dos critérios tradicionais de subordinação, baixa de afetividade ou certa repulsa por alguns em relação à construção de um direito tutelar ou protecionista, certo autismo ou perda de contato vital com a realidade diante dos "falsos cooperados" e dos "falsos autônomos"; talvez até uma demência precoce que precisa ser combatida.

6.1. Antes de tudo convém livrar-se de certas idéias preconcebidas, verdadeiros pré-juízos, ao aceitar que a) qualquer atividade profissional - inclusive a dos profissionais liberais como advogados, psicólogos, dentistas ou médicos - é compatível e passível de ser enquadrada como um trabalho subordinado; b) que o contrato de trabalho tem um conteúdo patrimonial e não pessoal e o *status* de subordinação não é submissão da pessoa do trabalhador ao domínio do empregador, mas à direção na execução do trabalho; c) que a subordinação oferece diferentes intensidades, conforme as tarefas a serem desempenhadas, embora não se faça distinção entre trabalho manual e intelectual e esteja presente ainda em cargos de confiança;[36] e d) que a subordinação não é dessumida somente pela atuação intensiva de controle pessoal e percepção clara e precisa de ordens emitidas (subordinação subjetiva; relação pessoal), mas tem também um sentido técnico-econômico.[37]

6.2. Não raras são as situações em que a subordinação não transparece facilmente na relação de trabalho, eis que o trabalhador não recebe ordens diretas e sistemáticas, como, v.g., em se tratando de um artista, trabalhador intelectual ou quem detenha autonomia técnica. Há um recuo, lembrado por Alain Supiot, da centralização do poder empresarial em proveito de uma distribuição de poderes no espaço empresarial.[38] Leite indica que o conteúdo e a intensidade do poder do empregador variam segundo distintos fatores, em especial: a) em função da natureza da atividade, sendo menor quanto mais complexa a atividade; b) das

---

[34] PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro, p. 110.

[35] SUPIOT, Alain. Les nouveaux visagens de la subordination. Revue de Droit Social. Fev.00, n. 2, p. 133.

[36] CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 211.

[37] Ver posição de Deveali e De Litala. DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias, p. 185. Para Cabanellas a dependência do trabalhador em relação ao empregador é pessoal: "*... la subordinación aparece como consecuencia de la sujeción em que se encuentra um sujeto del derecho respecto a outro*". CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 202. No mesmo sentido, HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 59.

[38] SUPIOT, Alain. Les nouveaux visagens de la subordination. Revue de Droit Social. Fev.00, n. 2, p. 133.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 380 29/06/2018 15:35:58

condições em que é exercida, sendo mais tênue quando fora do espaço físico organizacional do empregador; c) por razões deontológicas e de responsabilização pessoal pela prática da atividade desenvolvida com autonomia técnica (v.g. médicos).[39]

Em tais situações, assevera-se que seria suficiente "*um estado de dependência potencial (conexo à disponibilidade que o patrão obteve pelo contrato)*" e que é factível a caracterização da subordinação jurídica sem dependência técnica.[40] Desta forma, para além da subordinação dita subjetiva, consolidada na situação de "não-poder diretivo", é possível acolher critérios objetivos de sua comprovação, inclusive de ordem técnica ou econômica, como a integração em um serviço organizado ou a participação em uma empresa de outrem que se apropria da mais-valia. Tanto é subordinado o trabalho prestado sob direção e controle de outrem (aspecto subjetivo), quanto o que se desenvolve na organização empresarial de quem se apropria da utilidade econômica do trabalho prestado (aspecto objetivo); a primeira decorrente do poder diretivo em sentido estrito e a segunda do poder de organização dos fatores de produção.

7. Subordinação subjetiva: sujeição e poder diretivo

Com efeito, resulta irrefutável a existência de subordinação nas hipóteses em que se comprova o exercício de poder diretivo do empregador em relação ao seu empregado, revelada pela direção no modo [como], tempo [quando] e local [onde] da entrega da disponibilidade da força de trabalho, na fiscalização procedida para controle da execução e no acolhimento das ordens emitidas que devem ser obedecidas e/ou pelo poder disciplinar manifestado em punições aplicadas em face do desatendimento aos comandos emanados.

Trata-se de um critério tradicional de identificação da situação de dependência jurídica, aceito como fator decisivo, segundo Lyon-Caen,[41] próprio de uma visão de relação pessoal, refletida pelo *"estado de limitación de la autonomia del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato"*.[42]

Haverá um trabalhador subordinado e, assim, contrato de trabalho, desde que o trabalho seja executado sob autoridade de um empregador que controla o exercício e os resultados e, por tal motivo, assume os riscos da atividade empresarial.

A finalidade da direção da atividade residiria na busca de maior rendimento da produção e maior benefício da empresa e a legitimidade estaria assentada no contrato.

Note-se que o controle não se revela necessariamente de forma presencial, podendo se apresentar por meio de diretrizes enviadas por e-mail

[39] LEITE, Jorge. Direito do Trabalho, p. 46-7.
[40] FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 123-4.
[41] LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 129.
[42] CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo, p. 201.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 381 29/06/2018 15:35:58

ou ainda por telefone celular, controle no uso de computadores em rede, assim como através de correspondência ou qualquer outra forma de comunicação. Estará presente, igualmente, no estabelecimento ou necessidade de atingimento de objetivos, metas ou resultados ou pela obrigatoriedade do empregado prestar conta das funções desempenhadas em relatórios ou preenchimento de documentos.

De qualquer sorte o critério não é suficiente para precisar a presença do elemento discriminador da relação de trabalho, como já advertiu Mazzoni.[43]

7.1. Presente está um sentimento de insatisfação decorrente da insuficiência conceitual da subordinação com conotação subjetiva enquanto fator de inclusão no sistema tutelar das relações de trabalho, diante da crise por que passa o direito do trabalho como marco regulatório, dimensionado pelos processos de fragmentação das relações jurídicas, externalização da produção e assunção da racionalidade economicista da lógica dos custos. Tem sido recorrente nas decisões dos Tribunais trabalhistas a manifestação de certo incômodo diante de novas situações que surgem:

> *Com as profundas alterações verificadas contemporaneamente no mundo do trabalho, a exploração da mão-de-obra alheia vem assumindo formas novas, que, embora dificultem o preciso enquadramento no "modelo-tipo" concebido a priori pelo legislador.*[44]
>
> *Em determinados casos, a natureza da atividade executada pelo trabalhador (ou a distância entre o local de trabalho e o estabelecimento patronal) impedem que a subordinação transpareça com intensidade.* [45]

A passagem de uma organização empresarial taylorista-fordista para acumulação flexível ou toyotista altera substancialmente a forma das relações pessoais entre o trabalhador subordinado e empregador, bem como a forma de direção e controle das atividades. Como ressalta Lyon-Caen, não é que desapareça a subordinação, mas a nova forma de organização produtiva lhe dá "*un nouveau visage",*[46] máxime quando do controle por objetivos.

8. Capitalismo e trabalho assalariado: em busca de um critério alternativo

O critério tradicional, construído com referência a um "tipo" paradigmático de trabalhador subordinado, em um modelo industrial fabril fundado na ordem

---

[43] MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro, p. 236.

[44] TRT-PR-00136-2001-015-09-00-9. Acórdão n° 02200/2004. Relator Desembargador Arion Mazurkevic. Publicado no DJPR em 06-02-2004.

[45] TRT-PR-01280-2003-322-09-00-7. Acórdão n° 20946/2006. 1ª Turma. Relatora Desembargadora Odete Grasselli. Publicado no DJPR em 18-07-2006.

[46] LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 131.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 382 29/06/2018 15:35:58

e disciplina, vem perdendo eficácia.[47] Dois seriam os motivos principais: a) com o desenvolvimento tecnológico ocorre uma "intelectualização" das atividades laborais, tornando mais rarefeitos - porquanto desnecessários - os comandos ou ordens emanadas; b) uma nova estrutura da organização produtiva passa a redefinir o papel do trabalhador no seio da moderna empresa, apresentando-se com postura mais responsável, criativa e atuante e, por conseguinte, prescindindo de uma posição meramente passiva de "trabalhador obediente" e assim afastando-se da imagem estereotipada de um sujeito que "tende a fazer cera".

Mais do que nunca é mister levar em consideração a realidade objetiva, múltipla e tormentosa, presumindo-se a subordinação *"heterodeterminada"* a partir de **indícios** verificados na situação confrontada, em sua *"globalidade",* por juízos de **possibilidade**,[48] **prevalência** ou **aproximação**,[49] e não a partir de referenciais únicos de identidade absoluta, com um "*conceito-tipo"* ou *"modelo-tipo"*.

Tem-se verificado que a concretude do "modelo-tipo", do paradigma do trabalhador subordinado, se distancia cada vez mais da realidade diante da pós-modernidade e da globalização. Aduz Pera que "*nessuna di queste circostanze ha valore decisivo ma, al massimo, valore indiziario [...] il ricorso di più d'una di queste circostanze non è in sé un fatto decisivo"*.[50]

Haverá vínculo empregatício desde que exista trabalho por conta e em proveito de outrem, que se apropria da **mais-valia**, realizado na estrutura organizada de uma empresa. Considera-se, então, na doutrina francesa, uma verdadeira "evolução"[51] o fato de a jurisprudência estar assegurando maior importância exatamente aos dados de ordem econômica, através da noção de "*intégration de l'intéressé dans la structure d'un service"*[52] ou *"à ce qu'il participe à l'entreprise d'altrui"*.[53] Comungando com a idéia de que critérios jurídicos objetivos devem ser seguidos, Mazzoni[54] aponta que a "*inserzione del lavoratore in una impresa possa essere um índice abbastanza preciso che implica di per sé la subordinazione",* ainda que não seja suficiente para caracterização do trabalho subordinado.

---

47 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 119.

48 FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 135.

49 Sobre os critérios de prevalência ou aproximação e identidade, v. CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro: Il raporto di lavoro subordinato, p. 26-9.

50 PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro, p. 108.

51 COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 103.

52 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 130.

53 COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 103.

54 MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro, p. 236.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 383 29/06/2018 15:35:58

9. Atitude das partes contratantes: comportamento como empregador

Em França, a Corte de Cassação examina para apreciação da existência de uma relação de emprego, segundo Lyon-Caen,[55] também a **atitude das partes**, dessumindo a existência de um vínculo de emprego pelo comportamento ou conduta como empregador, ao satisfazer obrigações previstas em lei para contratos de trabalho, como conceder férias, pagar a gratificação natalina, mesmo que *a latere*. Igualmente, aponta-se que a admissão de alguém para trabalhar na seqüência de um anúncio de oferta de emprego publicada em jornal ou, ainda, a inscrição na Seguridade Social, bem como a entrega de holerites de pagamento pelo empregador seriam fortes indícios de um liame jurídico empregatício,[56] sobretudo se viessem acrescidos da verificação de um "estado de dependência" do trabalhador em relação ao empregador.

A transparência das ações merece a atenção do direito, gerando efeitos obrigacionais. Ademais, acrescente-se o fato de que o elemento volitivo cede espaço para a verificação da conduta dos agentes em adequação à previsão em hipótese normativa, pela imperatividade das regras de ordem pública.

10. Condições de execução do trabalho

A investigação das condições de execução do trabalho não deve resultar, em relação a cada um dos critérios, diante da sua hipotética ausência, na excludente da subordinação. Ao contrário, coberto de razão, aduz Monteiro Fernandes que "*não existe nenhuma fórmula que pré-determine o doseamento necessário dos índices de subordinação, desde logo porque cada um desses índices pode assumir um valor significante muito diverso de caso para caso*".[57]

O **local** de realização da prestação de serviço, a definição do **horário** de trabalho, a **entrega dos instrumentos de trabalho** e/ou **matéria prima** fornecidos pelo empregador, bem como a pessoalidade, revelada na **ausência de auxiliares** remunerados pelo próprio trabalhador, denotam diversos modos de se manifestar a subordinação. Não há necessidade de que todos os indícios estejam presentes e, destarte, a ausência de um ou alguns, ou todos, não afasta *de per si* a existência da subordinação, razão pela qual a declaração de um vínculo de emprego quase sempre é empreendida por meio da análise de dois ou mais elementos.

O trabalho em domicílio, previsto no art. 6.º da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o teletrabalho ou o trabalho em serviços externos, demonstram à saciedade que muito embora seja característica geral a determinação da prestação de trabalho nos estabelecimentos do empregador, não é o local um elemento essencial. No entanto, dependendo da natureza das atividades exercidas

[55] LYON-CAEN, Gérard. Manuel de droit social, p. 30-1.
[56] LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 121.
[57] FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 137.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 384 29/06/2018 15:35:58

ou do modo de organização da empresa, o local da prestação de trabalho, qualquer que seja, vem determinado (e não eleito) por quem se beneficia do trabalho e não pelo trabalhador, demonstrando o exercício do poder de organização dos fatores de produção em proveito de uma atividade econômica produtiva voltada ao mercado.

Se, por um lado, a submissão ao controle de tempo à disposição do empregador é um critério definitivo de indicação da existência de um trabalho subordinado, por denotar exercício efetivo do poder de direção e fiscalização,[58] por outro lado, a extensão da jornada de trabalho é irrelevante como dado para identificação de um trabalho subordinado, segundo o direito do trabalho brasileiro. Sua relevância limita-se ao controle do atendimento dos limites fixados pela legislação e ou instrumentos normativos da categoria, quer para acréscimos (acordos de prorrogação ou compensação), quer para reduções de jornada. Pouco importa, ainda, a existência de um horário de trabalho fixo e previamente pactuado pelas partes. Aliás, o critério temporal tem sido constantemente alvo, por um lado, de um processo de flexibilização e precarização do trabalho e, por outro, de uma restrição de sua importância como base de cálculo da fixação da remuneração.[59]

Tanto será subordinado o trabalhador que tem um horário delimitado para iniciar, suspender ou interromper o trabalho nos intervalos e findar a prestação, quanto o que tem um horário flexível, elástico[60] e, assim também, o que está livre de qualquer controle, por vezes em decorrência da própria natureza das atividades, assim como em face do exercício de cargos de direção ou serviços externos incompatíveis com qualquer controle. Interessante perceber que uma das vantagens apontadas para a adoção do horário elástico, v.g., é evitar o desgastante controle sancionador pelo empregador, mantendo uma melhor relação do empregador com os seus trabalhadores subordinados.[61] Estes se mantém subordinados por outros critérios, como pela obrigação de atender às reuniões designadas ou responder a todas as convocações do empregador.

Na estrutura capitalista, distinguem-se os detentores do capital, proprietários dos meios de produção, daqueles que somente possuem a força de trabalho, os trabalhadores. Exatamente dita separação se constitui como a base da economia capitalista, resultando da estrutura da organização do mercado de trabalho o sustentáculo para identificação e adoção do vínculo de emprego como o protótipo ideal da absorção de mão-de-obra -; daí a presunção da existência de um contrato de trabalho. O direito do trabalho aparece como uma referência explícita deste modo de produção capitalista, adotado como sistema econômico.[62]

---

[58] LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail, p. 126.

[59] PADILHA, Valquíria. Tempo livre e capitalismo: um par imperfeito, p. 19-45.

[60] Sobre a flexibilidade no horário de trabalho, v. LUPI, Dario; RAVAIOLI, Giorgio. Il lavoro flessibile, p. 217-239.

[61] LUPI, Dario; RAVAIOLI, Giorgio. Il lavoro flessibile, p. 239.

[62] Negando que o direito do trabalho seja a expressão de um específico sistema

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 385 29/06/2018 15:35:58

A entrega dos instrumentos de trabalho e da matéria-prima para a consecução das tarefas contratadas reflete a divisão entre "proprietários" e "não-proprietários", de modo que, a partir do reconhecimento da propriedade privada dos meios e modo de produção dá-se a legitimação do poder assegurado ao empregador. No entanto, é necessário estar atento para o fato de que a utilização pelo trabalhador dos seus próprios instrumentos de trabalho não descaracterizaria a existência de uma relação de emprego.

11. Remuneração

A remuneração, igualmente, não é um elemento constitutivo da definição ou caracterização do trabalhado subordinado; em verdade, é a onerosidade elemento essencial do contrato de trabalho, exteriorizada na obrigação de remunerar e não na presença de pactuação ou pagamento de salário. O trabalho voluntário realizado, por caridade, benevolência, amizade, solidariedade, de feição altruísta, é incompatível com a constituição jurídica de um vínculo empregatício, mesmo que a execução das tarefas seja dirigida por outrem e quem receba o trabalho dele se beneficie.

A remuneração é a conseqüência imediata, o efeito inafastável da constituição de um contrato de trabalho. Assim, a ausência de salário ou outra forma de remuneração não descarta a constituição de um vínculo jurídico, senão atesta o inadimplemento da obrigação surgida pela absorção de trabalho subordinado em prol de um empregador, sem o correspondente e devido pagamento.

O modo de fixação da remuneração do trabalho subordinado tradicionalmente era o tempo,[63] eis que a jornada de trabalho reflete "tempo à disposição" do empregador. Ocorre que cada vez mais a remuneração passa a ser variável, tomando-se como referência o cumprimento de determinadas tarefas, a produção de determinados bens ou o atingimento de determinados objetivos. A inovação afeta, inclusive, uma das características do empregador que é a assunção dos riscos da atividade, projetando os níveis de remuneração aos trabalhadores subordinados, por meio de critérios variáveis.

12. Parassubordinação ou autônomo dependente

Em uma tentativa de solução, ainda que restrita ao âmbito processual, de casos fronteiriços, em que as circunstâncias de fato denotam uma "quase-

---

econômico, postura adotada por Gerard LYON-CAEN em seu *Manuel de Droit du Travail*, eis que não diferem em natureza quer se trate de um país capitalista ou socialista, na medida em que é a produção industrial de massa ou a constituição de grandes organizações que expõem os trabalhadores à exploração e ao arbítrio, v. COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 16-17.

[63] COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail, p. 101-2.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 386 29/06/2018 15:35:59

subordinação", em alguns países medidas legislativas inovaram acolhendo para estabelecer mais amplos níveis de proteção (inclusão excludente ou exclusão includente?) a partir da noção de parassubordinação (Itália) ou autônomo dependente (Espanha). Indica Nascimento[64] que a construção teórica é destituída de utilidade para o Direito do Trabalho, eis que não existe uma regulamentação legal específica para a nova figura. No entanto, revela desde logo a insuficiência da dicotomia subordinado/autônomo para enquadramento das situações de trabalho humano produtivo.

O artigo 409, n. 3, do Código de Processo Civil italiano, determinava fosse aplicado ao *"lavoro parasubordinato"* o rito processual previsto para as relações de trabalho subordinado, consubstanciado nas hipóteses de agência, representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizam em uma prestação de obra com continuidade e coordenação, prevalentemente pessoal, ainda que não tenha como característica a subordinação.

Considerava-se como parassubordinado, segundo Pera,[65] toda relação que, se caracteriza pela continuidade da prestação pessoal de serviços integrada na estrutura empresarial e por esta coordenada.

No governo Berlusconi, a Reforma (Marco) Biagi se propõe a renunciar a todo intento definitório e classificatório de uma realidade em contínua e rápida mudança; pura retórica. Com vistas a superar as fraudes, a "legge delega" 30/2003 e o decreto legislativo 276, de 10 de setembro de 2003 (Lei Biagi) modifica o Decreto Legislativo n.º 251, de 6 de outubro de 2004, introduzindo um novo tipo contratual com forma escrita, o *lavoro a progetto* (não aplicável no âmbito da administração pública), em uma tipicidade restrita, como reação à atipicidade e abertura do art. 409, do Código de Processo Civil. Dá-se a substituição dos contratos de colaboração coordenada e continuada, chamados co.co.co que tiveram nos últimos anos um grande difusão. A colaboração coordenada e continuava foi prevista com o escopo de inserir no mercado de trabalho, com redução de custos, trabalhadores; ocorre que a situação excepcional, prevista para atender uma situação particular, tornou-se prática corriqueira, verdadeiros substitutos dos contratos de trabalho de duração indeterminada.

Implementa-se um verdadeiro *"regime prottetivo debole"*. O fechamento da tipicidade contratual se manifesta pela necessidade de que no contrato escrito esteja inserido e descrito um específico projeto, programa ou fase de programa de trabalho, assim como as formas de coordenação do trabalhador "a progetto". Por coordenação, da sua parte, se entende a sincronia entre a atividade do trabalhador e o ciclo produtivo do tomador de serviços, pois se insere na estrutura organizativa da empresa. O trabalhador deve administrar autonomamente suas atividades em função do resultado, tanto na forma, tempo e local de prestação de serviços, porém sempre de forma coordenada com a organização empresarial, independentemente do tempo empregado para a execução da atividade laboral. Isto porquanto, em

[64] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho, p. 329.
[65] PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro, p. 108-10.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 387 29/06/2018 15:35:59

regulamentação pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social,[66] tem-se por projeto toda "attività produttiva ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione"; sendo que "il progetto può essere connesso all'attività principale o accessoria dell'impresa". Em suma, projeto é a atividade desempenhada de forma conexa à atividade da empresa, sendo elemento integrativo da organização.

No art. 61, 1, da Lei Biagi, resta previsto que "i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa".

Tal tentativa de solução para casos difíceis, não somente é insuficiente para dar conta da complexidade da realidade, como ainda acrescenta um fator a mais no problema da identificação dos incluídos na rede de proteção do Direito do Trabalho. Demonstra, ademais, o esfacelamento da perspectiva de tutelar o hipossuficiente, mediante a construção de figurar paralelas que rompem com o paradigma do emprego como central na sociedade salarial constituída nos marcos do capitalismo produtivo de mercado não monopolista atual.

Em Espanha (art. 11, Estatuto de los Trabajadores), mediante uma política de reconhecimento de alternativas ao modelo de emprego como regulação do mercado de trabalho, criando o trabalho autônomo economicamente dependente - TRADE. São eles aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional visando o lucro e com habitualidade, com pessoalidade, direta e predominantemente para pessoas físicas ou jurídicas (cliente) do qual dependem economicamente porquanto representa o valor recebido pelo menos 75% dos ingressos de rendimentos do trabalho. Para tanto não poderá contratar auxiliares, subcontratar ou nem terceirizar as atividades e deverá dispor de infra-estrutura produtiva e material própria. Os contratos, sempre por escrito, inovam no ordenamento jurídico não somente por incorporar na tutela estatal trabalhadores da "zona cinzenta", senão por disciplinar novos níveis de proteção na regulação do mercado de trabalho, tais como necessidade de conciliar o trabalho com a vida pessoal, familiar e profissional, pelo que prevê regime de descanso semanal (não remunerado) e em dias feriados, limitação da jornada excedente.

13. Alteridade ou alienidade

Em busca de um critério identificador do trabalho regulamentado pelo Direito do Trabalho, especialmente em Espanha, erige-se com fulcro na noção de

[66] Ver Circulares 1/2004 e 4/2008, do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 388 29/06/2018 15:35:59

que se trata de uma atividade "por conta alheia", o critério da "alienidade" (*ajenidad*), consoante disposição inserta no artigo 1.º, do Estatuto de los Trabajadores.

Montoya Melgar[67] indica que, para além da dependência (submissão ao poder de organização e disciplina), o Direito do Trabalho regulamenta o trabalho "por conta alheia". A 'alienidade' reside na apropriação patrimonial da utilidade econômica do trabalho que se atribui à pessoa distinta do próprio trabalhador, própria das modernas empresas de produção.

Os bens ou serviços realizados pelo trabalhador são apropriados imediatamente pelo empregador e não primeiramente pelo trabalhador para que em seguida comercializa-los. Com o trabalho não resta assegurado ao trabalhador nenhum benefício econômico direto, que recebe em troca uma parte dessa utilidade na forma de salário. Os trabalhadores não poderiam atuar com autonomia, por conta própria, nem sob o ponto de vista tecnológico, nem sob a ótica econômica, pois participam de complexos processos produtivos aportando uma utilidade de difícil individualidade, bem como os bens de produção são de elevado custo, restando assegurados por pessoas distintas dos trabalhadores às quais se atribui a direção da exploração.

Já para Alonso Olea[68] a 'alienidade' retrata a atribuição original, *ab initio*, dos frutos do trabalho que resultam da atividade desempenhada diretamente à pessoa distinta da que executou o trabalho, em virtude de uma singular relação estruturada juridicamente entre trabalhador e adquirente dos frutos. Por fruto deve ser entendido, agrega Alonso Olea, na sua acepção mais ampla, como todo resultado do trabalho produtivo do homem, consistindo em um bem ou serviço, valioso por si mesmo ou associado ao de outros. A subordinação ou dependência, limitadas, seriam características adicionais normalmente expendidas. Posteriormente Alonso Olea, diante de críticas, incorpora a posição de Montoya Melgar, no sentido de que conta alheia não se refere ao controle da atividade, nem dos frutos, mas da apropriação da utilidade patrimonial.

Bayon Chacón e Pérez Botija[69] vislumbram a 'alienidade' nos riscos do trabalho assumidos pelo empregador, inclusive em relação à perda dos salários quando o trabalho resultar impossível de ser executado.

As concepções colocam em evidência a atribuição e o controle dos resultados da atividade nas mãos de quem contrata e recebe a força de trabalho, daí o porquê da assunção dos riscos.

Hueck e Nipperdey, ao definir o "sentido do moderno direito do trabalho", também definem trabalhador como "*personas que están obligadas a trabajar* ***al servicio de otro*** *en base a un contrato privado o a una relación jurídica equiparada a este".*[70] (g.n.)

---

[67] MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho del trabajo, p. 33-4; MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho y trabajo, p. 22-28.

[68] ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Maria Emília. Derecho del trabajo, p. 38-9.

[69] MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho y trabajo, p. 25.

[70] HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo, p. 57.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 389 29/06/2018 15:35:59

No entanto, a expressão "a servicio de otro" tem o sentido diverso da "alienidade" acatada pelos espanhóis, sendo tomada como a dependência pessoal traduzida em uma situação de sujeição ao poder diretivo do empregador.

Monteiro Fernandes repudia a aceitação da alteridade ou 'alienidade' como fator discriminador em benefício da subordinação ou dependência, sob o argumento de que "*sem que possa negar-se sua pertinência no desenho das situações laborais típicas, revela certa insuficiência instrumental perante fenômenos de fronteira, como o trabalho domiciliário...*".[71] Ao contrário, seria exatamente nas zonas cinzentas e fronteiriças, onde é mais obscuro e intrincada a percepção da submissão a um poder diretivo, que o critério da alteridade ou alienidade podem servir; é a que subordinação foi concebida teoricamente para situações padrão (operário-padrão e não operário-patrão) como o trabalhador "taylorista", inserido em um sistema de ordem e disciplina apresentado em atos de disposição (regulamentos, instruções, regras).

14. Subordinação revista

Na constituição de uma economia capitalista não monopolista de mercado, a mais-valia é considerada como o conjunto do excedente da produção,[72] isto é, do que sobra depois que foram pagos os assalariados, os produtores diretos, e vem apropriada pelo dono da empresa; não se confunde, entretanto, com o lucro. Os trabalhadores subordinados são os detentores da força de trabalho, enquanto valor de troca, que vendem a sua disponibilidade, como mercadoria (fenômeno social), em troca de um salário e sobre o produto do trabalho não têm qualquer direito ou disposição.

A alteridade tem o mérito de externar a apropriação do trabalho e, ainda que não possa isoladamente dar conta da inclusão nos contornos criados pelo Direito do Trabalho, é elemento indicativo da existência de uma relação de emprego. Se diante das mudanças do mundo do trabalho, o poder empregatício vai tomando contornos indefinidos, mascarados em objetivos e dimensionados na assunção de responsabilidade pelo empregado e, ainda, se na busca incessante pela diminuição dos custos da produção o empenho é voltado para a precarização e informalidade, ejetando para além dos confins de um direito tutelar o trabalhador desprotegido, mister reconhecer a impossibilidade da identificação da subordinação com os aspectos subjetivos, pela adoção de um conceito-tipo preciso e construído em bases da organização produtiva não mais presentes. Critérios outros, objetivos, inclusive a alteridade, acolhidos como indícios, em juízos de aproximação, na busca da preservação das condições mínimas do sujeito trabalhador é a tentativa da concretização de uma cidadania efetiva.

Ademais, se é certo que a força de trabalho "*é um atributo da personalidade de seu detentor*", a pessoalidade no Direito do Trabalho deverá transitar por outras categorias, como o reconhecimento de direitos fundamentais, não mais restrita a subordinação na sua faceta subjetiva, enquanto sujeição da pessoa ao poder do empregador, ou o reconhecimento da patrimonialidade da relação, revelada pelo valor econômico

[71] FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho, p. 15-6.
[72] SINGER, Paul. Aprender economia, p. 9-41.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 390 29/06/2018 15:35:59

da força de trabalho e a apropriação da mais-valia, mas diante dos processos de externalização das atividades e, ainda, por conta do fenômeno da fragmentação das relações jurídicas de trabalho (gênero), a lei dirige a realidade assegurando como critério alternativo (e não substitutivo para aferir a subordinação a questão estrutural (como quer Maurício Godinho Delgado) ou objetiva, levando-se em consideração o grau de precarização do mercado de trabalho e a necessidade de proteção da pessoa humana.

Afinal de contas trata-se de opção política e não um contingente da natureza; a lei deve dirigir a realidade e evitar o processo de "deslaboralização" como aduz Antônio Baylos, mantendo-se o emprego na centralidade da sociedade, como projeto do capitalismo industrial produtivo. As transformações do mundo do trabalho não estão a serviço dos interesses particulares, senão coletivo da classe trabalhadora. Uma retomada da subordinação pode ser uma contra-estratégia que alargando o âmbito juslaboral não mais estimula o encobrimento fraudulento, sem abandonar o projeto de sociedade salarial.

Trata-se de reinventar-se cotidianamente, para continuar a viver.

Referências bibliográficas

ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, Maria Emília. Derecho del trabajo. 14.ed. Madrid: Universidad complutense de Madrid, 1995.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Renúncia e transação no direito do trabalho. In: Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998.

CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral: contrato de trabajo. Buenos Aires: Ediciones El Grafico, 1949.

CARINCI, Franco; TAMAJO, Raffaele de Luca; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del lavoro: Il raporto di lavoro subordinato. 3.ed. Torino: Utet, 1992.

COUTURIER, Gérard. Droit du travail: les relations individuelles de travail. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

DEVEALI, Mario L. El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias. Buenos Aires: Astrea, 1983. t.1.

FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1994.

GATUMEL, Denis. Le droit du travail en France. Paris: Éditions Francis Lefebvre, 1998.

HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H.C. Compendio de derecho del trabajo. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1963.

LEITE, Jorge. Direito do Trabalho. Coimbra: Coimbra editora, 1999. v.2.

LEBRUN, Jean-Pierre. Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2004.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 391 29/06/2018 15:35:59

LUPI, Dario; RAVAIOLI, Giorgio. Il lavoro flessibile. Milano: Giuffrè, 1997.

LYON-CAEN, Gerard. Manuel de droit social. 5.ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. Droit du travail. 19.ed. Paris: Dalloz, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro. 6.ed. Milano: Giuffrè, 1988. v.1.

MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho del trabajo. 17.ed. Madrid: Tecnos, 1996.

MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho y trabajo. Madrid: Civitas, 1997.

MORAES, Evaristo de. Apontamentos de direito operário. 4.ed. São Paulo: LTr, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PADILHA, Valquíria. Tempo livre e capitalismo: um par imperfeito. Campinas: Alínea, 2000.

PEDRAZZOLI, Marcello. Democracia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro. Milano: Giuffrè, 1985.

PERA, Giuseppe. Compendio di diritto del lavoro. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1996.

PLA RODRIGUEZ, Américo. Curso de derecho laboral. Montevideo: Idea, 1990. t.1. v.1.

PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza. São Paulo: UNESP, 1996.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Sujeitos da relação de emprego - empregado - espécies. In: Manual de direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998.

SINGER, Paul. Aprender economia. São Paulo: Contexto, 1998.

SUPIOT, Alain. Les nouveaux visagens de la subordination. Revue de Droit Social. Fev.00, n.2, p. 131-145.

SÜSSEKIND, Arnaldo et allii. Instituições de direito do trabalho. 19.ed. São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 392 29/06/2018 15:35:59

A CRISE PARADIGMÁTICA DO DIREITO NO CONTEXTO DA RESISTÊNCIA POSITIVISTA AO (NEO)CONSTITUCIONALISMO *

Lenio Luiz Streck [1]

1. O estado d'arte: ainda a crise de paradigmas do direito.

Embora o avanço que as diversas posturas críticas têm representado no campo da teoria do direito e do direito constitucional, torna-se ainda necessário reafirmar uma velha questão sobre a qual venho me debruçando, mormente a partir da Constituição de 1988: a crise de paradigmas que atravessa o imaginário dos juristas. Com efeito, passados vinte anos, a crise está longe de ser debelada. Como tenho referido em vários textos[2] - principalmente em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*[3] e mais recentemente em *Verdade e Consenso*[4] -, a crise possui uma dupla face: de um lado, uma crise de modelo de direito (preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais, o direito não tem condições de enfrentar/atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais), problemática de há muito levantada por autores como José Eduardo Faria; de outro, a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema (representacional) sujeito-objeto.

Fundamentalmente, essa crise de dupla face sustenta o modo exegético-positivista de fazer e interpretar o direito. Explicando melhor: se, de um lado, parte considerável dos juristas ainda sustentam posturas objetivistas (em que a

---

* Publicado na Revista TRT-8ª Região - Suplemento Especial Comemorativo, v. 41, n. 81, p. 281-312, jul./dez./2008.

[1] Pós-doutorado em Direito Constitucional e Hermenêutica (Lisboa). Doutor e Mestre em Direito do Estado (UFSC). Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS/RS e da UNESA-RJ. Professor Visitante da Universidade de Coimbra (Portugal). Coordenador do ACORDO INTERNACIONAL CAPES-GRICES entre a UNISINOS e a FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Professor Visitante da Universidade de Lisboa. Membro Conselheiro do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Procurador de Justiça (RS).

[2] O presente texto faz parte de um conjunto de pesquisas financiadas pela Unisinos, especialmente o DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Uma análise mais aprofundada pode ser encontrada em Verdade e Consenso, Lumen Juris, 2007 e em outros textos do autor.

[3] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[4] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 393 29/06/2018 15:35:59

objetividade do texto sobrepõe-se ao intérprete, ou seja, a lei "vale tudo", espécie de consolidação do "paraíso dos conceitos do formalismo" de que falava Hart), de outro, há um conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais assentadas no subjetivismo (de vertentes axiologistas, realistas, etc.), segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto, ou seja, "a lei é só a ponta do *iceberg,* isto é, o que vale são os valores 'escondidos' debaixo do *iceberg*"[5] (sic). A tarefa "crítica" desse intérprete "privilegiado" seria a de "descobrir" esses valores "submersos"... O aspecto "crítico" estaria no fato de que o barco do positivismo bateria contra esses "valores submersos"!

Isto tem sido assim porque, com sustentação em Kelsen e Hart (para falar apenas destes - e a lista poderia ser longa!), passando pelos realistas norte-americanos e escandinavos, construiu-se, com o passar dos anos, uma resistência ao novo paradigma de direito e de Estado que exsurgiu com o segundo pós-guerra. O novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo) - que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma[6] e um novo modo de compreender o direito - ainda não aconteceu, com a necessária suficiência, em *terrae brasilis*.

Ainda não compreendemos o cerne da crise, isto é, que o novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes[7], com a plenipotenciariedade dos discursos de fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo pelos discursos de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição (veja-se aqui o problema da dicotomia vigência-validade); a velha teoria da norma cederá lugar à superação da regra pelo princípio (veja-se a indevida separação entre regra e princípio, ignorando que atrás de cada regra sempre há um princípio); e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo - fundado na relação epistemológica sujeito-objeto - que vem dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade. Isso, no fundo, responde à tríade que caracteriza o positivismo: as fontes sociais (característica superada pelo constitucionalismo compromissório e dirigente), a separação entre direito e moral (superada pela co-originariedade entre direito e moral, assumindo especial relevância, neste aspecto, os princípios como introdução do mundo prático no direito) e a discricionariedade (superada

---

[5] Aliás, há que se tomar cuidado toda vez que alguém iniciar uma exposição desse modo. Com certeza, ali está um positivista.

[6] Ver, nesse sentido, PRIETO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). Neconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta, 2003.

[7] Talvez o exemplo mais contundente acerca desse problema ocasionado pela (ainda) não superada teoria das fontes é a interpretação que o Supremo Tribunal Federal deu ao texto que estabelece a garantia fundamental ao mandado de injunção. Para a Suprema Corte brasileira, o dispositivo constitucional não é auto-aplicável, carecendo, pois, de *interpositio legislatoris*.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 394 29/06/2018 15:35:59

por uma hermenêutica não relativista, para além das posturas analítico-metódicas que sustentam as diversas posturas ainda arraigadas ao esquema sujeito-objeto, cerne de qualquer positivismo que ainda resiste ao novo constitucionalismo).

Trata-se, pois, de três barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito. Essas barreiras fincam raízes na concepção positivista de direito[8], que identifica *texto* e *norma*, *vigência* e *validade*, ignorando a parametricidade formal e material da Constituição, fonte de um novo constituir da sociedade. Se o positivismo está fundado em um mundo de regras que, metafisicamente, pretendem abarcar a realidade - circunstância que afasta toda perspectiva principiológica -, torna-se necessário compreender a origem da diferença entre *regra* e *princípio*, porque nela - na diferença (e não na cisão) - está novamente a questão que é (ou deve ser) recorrente em qualquer teoria que se pretenda crítica e que objetive transformar o direito em um saber prático: pela regra fazemos uma

[8] Nesse sentido, em face da complexidade/dificuldade para definir as diversas posturas positivistas, não parece desarrazoado a opção por uma classificação - que poderia ser denominada "a contrario sensu", a partir das características das posturas consideradas e autodenominadas pós-positivistas, entendidas como as teorias contemporâneas que privilegiam o enfoque dos problemas da indeterminabilidade do direito e as relações entre o direito, a moral e a política (teorias da argumentação, a hermenêutica, as teorias discursivas, etc.). Ou seja, é mais fácil compreender o positivismo a partir das posturas que o superam. Autores como Albert Casalmiglia (Postpositivismo. *Doxa*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 22, Alicante, 1998, p. 209-220) consideram que a preocupação das teorias pós-positivistas é com a indeterminação do direito nos casos difíceis, ou seja, para os pós-positivistas, o centro de atuação deslocou-se em direção da solução dos casos indeterminados (mais ainda, os casos difíceis não mais são vistos como excepcionais). Afinal, os casos simples eram resolvidos pelo positivismo com recurso às decisões passadas e às regras vigentes. Já nos casos difíceis estava-se em face de uma "terra inóspita". "No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoria positivista enmudece". Daí a debilidade do positivismo (*lato sensu*), que sempre dependeu de uma teoria de adjudicação, que indicasse como devem se comportar os juízes (e os intérpretes em geral). Veja-se a pouca importância dada pelo positivismo à teoria da interpretação, sempre deixando aos juízes a "escolha" dos critérios a serem utilizados nos casos complexos. Para o pós-positivismo, uma teoria da interpretação não prescinde de valoração moral, o que está vedado pela separação entre direito e moral que sustenta o positivismo. O pós-positivismo aceita que as fontes do direito não oferecem resposta a muitos problemas e que se necessita de conhecimento para resolver estes casos. Alguns são céticos sobre a possibilidade do conhecimento prático, porém, em linhas gerais, é possível afirmar que existe um esforço pela busca de instrumentos adequados para resolver estes problemas (Dworkin e Soper são bons exemplos disso). Em acréscimo às questões levantadas por Calsamiglia, vale referir o acirramento da crise das posturas positivistas diante do paradigma neoconstitucionalista, em face da sensível alteração no plano da teoria das fontes, da norma e das condições para a compreensão do fenômeno no interior do Estado Democrático de Direito, em que o direito e a jurisdição constitucional assumem um papel que vai muito além dos "planos" do positivismo jurídico e do modelo de direito com ele condizente.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 395 29/06/2018 15:35:59

justificação de subsunção (portanto, um problema hermenêutico-filosófico), que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação, e, portanto, *uma relação de objetivação* (portanto, um problema exsurgente da predominância do esquema sujeito-objeto); já por intermédio do princípio não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, isto porque, ao trabalhar com os princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas, sim, o que está em jogo *é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo.*

Este é o estado da arte do *modus interpretativo* que ainda domina o imaginário jurídico prevalente em parcela considerável da doutrina e da jurisprudência praticada no Brasil. Trata-se, fundamentalmente, de um problema paradigmático, bem representado por aquilo que venho denominando "baixa constitucionalidade" e "crise de dupla face", ambos fenômenos caudatários de uma espécie de acoplamento do *Trilema de Münchausen*[9] ao mundo jurídico brasileiro[10].

Em face exatamente desse estado d´arte, não causou estranheza à comunidade jurídica a recentíssima decisão de um juiz federal que, em resposta aos embargos de declaração em que o advogado questionava o fato de a sentença não ter se manifestado sobre a "obrigação de controle difuso da constitucionalidade" levantada como questão prejudicial, rejeitou o provimento, sob o argumento de que "ao cumprir seu dever constitucional de fundamentar as decisões, *o juiz não é obrigado a analisar ponto por ponto todas as alegações deduzidas*" (grifei). O problema é que o ponto principal questionado pelo advogado era, exatamente, *a inconstitucionalidade de um ato normativo*!

Do mesmo modo, veja-se a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, deixando assentado que *"a inconstitucionalidade de uma lei, ou ato normativo, sabidamente, não se presume, nem seria possível declará-la no âmbito restrito do* habeas corpus" (grifei)[11].

---

[9] Ver, para tanto, ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

[10] É difícil mensurar a dimensão da crise. No ano de 2006 - e essa discussão ainda não terminou -, o país assistiu perplexo à tentativa de se convocar uma Assembléia Constituinte, que colocaria o direito constitucional brasileiro abaixo do que provavelmente se estuda na Suazilândia. E no parlamento chegou a ser lavrado parecer na requentada PEC 157, na qual se decretava que "o poder constituinte é uma ficção" (sic). Transcendendo as fronteiras do direito *stricto sensu*, o país assistiu em rede nacional ao humorista e apresentador de TV, Jô Soares, ironizar a Constituição do Brasil, comparando-a em tamanho com a dos Estados Unidos. Para piorar o quadro, uma jornalista presente - eram quatro na mesa para comentar as várias CPIs instaladas em 2005 - explicou a discrepância nas dimensões das respectivas Cartas: a dos Estados Unidos era sintética, porque fora fruto do sistema germânico (sic); a do Brasil era "grande", porque inspirada no sistema romano... (sic)! E os estudantes de direito presentes aplaudiram a "explicação". Sintomas da crise, pois!

[11] HC nº 752396 e HC nº 753097, Rel. Des. Lécio Resende, 1ª Turma Criminal, TJDF, j. em 20/03/97, DJU 14/05/97 p. 9.378).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 396 29/06/2018 15:35:59

No exato contexto da presente crítica à crise paradigmática do direito, confira-se a decisão na qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul faz uma auto-restrição acerca do seu poder/dever de controlar a constitucionalidade das leis, ao dizer que "o Órgão Especial não tem competência para decidir matéria de lei estadual que fira a Constituição Federal"[12].

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de Agravo de Instrumento (nº 313.238-5/1-00), deu por inconstitucional a Lei Federal nº 10.628/02 - que tratava do foro especial para prefeitos -, sem qualquer menção à necessidade do cumprimento do disposto no art. 97 da Constituição. Ou seja, aquilo que constitui o núcleo central do controle difuso é deixado de lado, fenômeno que pode ser conferido pelo ínfimo número de incidentes de inconstitucionalidade suscitados nos tribunais da federação.

Como é possível perceber, os problemas decorrentes de uma "baixa constitucionalidade" podem ser constatados nos mais diversos âmbitos do direito e sob os mais diversos matizes. O déficit de constitucionalização da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre *vigência* e *validade* (o que equivale hermeneuticamente a equiparar *texto* e *norma*, *vigência* e *validade*). Com isto, *a Constituição fica relegada a um segundo plano, porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade de um texto.*

Nesse sentido, vale lembrar como a ausência de uma nova teoria das fontes fez - e continua fazendo - vítimas nos diversos campos do direito. Para se ter uma idéia - e o exemplo a seguir assume relevância incomensurável face ao seu simbolismo -, o princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição do Brasil) ficou quinze anos sem ser aplicado nos interrogatórios judiciais, sem que a doutrina e a jurisprudência - com raríssimas exceções - reivindicassem a aplicação direta da Constituição. Com efeito, até o advento da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, os acusados de *terrae brasilis* vinham sendo interrogados sem a presença de defensor. Os raríssimos acórdãos (*v.g.*, da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) que anulavam interrogatórios realizados sem a presença de advogado, sistematicamente eram atacados via recursos especial e extraordinário. E, registre-se, o Superior Tribunal de Justiça anulava os acórdãos que aplicavam a Constituição sem *interpositio legislatoris*, reforçando, assim, a problemática relacionada a um dos três obstáculos que o positivismo opõe ao neoconstitucionalismo: a teoria das fontes. De qualquer sorte, não há notícias de que os manuais de direito processual penal, neste espaço de vigência da Constituição, tenham apontado na direção de que seria nulo qualquer interrogatório sem a presença do defensor. Note-se que, nesse período de três lustros, foram escritos centenas de obras (comentários) ao Código de Processo Penal. Mas - e aqui vai a confissão da crise paradigmática - bastou que a nova Lei viesse ao encontro da (tênue) jurisprudência forjada inicialmente na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para que a

[12] Apelação Cível nº 70000205609, Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, 4ª Câmara Cível, TJRS, j. em 23/08/00).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 397 29/06/2018 15:35:59

polêmica se dissolvesse instantaneamente. Sendo mais claro: *os juristas preferiam não obedecer a Constituição, da qual era possível extrair, com relativa facilidade, o império do princípio do devido processo legal e da ampla defesa*; entretanto, com o advento da Lei nº 10.792/03, estabelecendo exatamente o que dizia a Constituição, cessaram-se os problemas. Obedece-se à lei, mas não se obedece à lei das leis...! É como se a vigência de um texto contivesse, em si mesma, a sua validade.

Há, assim, uma resistência positivista ao mundo prático introduzido pelo neoconstitucionalismo (entendido como o constitucionalismo compromissório, dirigente e principiológico surgido no segundo pós-guerra). No interior do senso comum teórico, ainda vivemos em um mundo de regras e de "suficiências ônticas". O imaginário jurídico ainda aposta na (sub)divisão dos casos concretos em "simples" e "complexos" (*easy* e *hard cases*). É como se para casos simples a *onticidade* do mundo fosse suficiente e para os casos difíceis tivéssemos que "lançar mão" do *ontológico.* Assim, por exemplo, o uso subsuntivo da regra "resolve" casos "simples" como na hipótese em que um campesino foi condenado, em pleno ano de 2005, à pena de dois anos de reclusão, mais multa, por ter disparado um tiro de espingarda para o alto, a fim de espantar animais que invadiram sua propriedade rural. No plano da "suficiência ôntica" (positivista), a regra (art. 15 da Lei nº 10.826/03) estabelece "exatamente" que o disparo de arma de fogo é crime. Prestemos, pois, atenção: num "mundo jurídico" sem princípios, sem mundo prático, o referido caso concreto (qual o caso que não seria "concreto"?) foi interpretado como um *easy case*, quando, na verdade, era um *hard case* (embora, insisto, a inadequação da distinção entre *easy* e *hard cases)*. Ora, distinguir "casos fáceis" de "casos difíceis" significa cindir o que não pode ser cindido, isto é, *o compreender*, com o qual sempre operamos e que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, da atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber se estamos em face de um caso fácil ou de um caso difícil? Como bem diz Stein, é preciso ter presente que em todo processo compreensivo o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando, assim, ao que chamamos de objetivação. Isso naturalmente tem um caráter ôntico, uma vez que é a diversidade dos fenômenos e dos entes que procuramos expressar, referindo-nos a esse ou àquele fenômeno ou ente. Quando chegamos ao final de tais processos de objetivação, realizamos provavelmente aquilo que é o modo máximo de agir do ser humano. *Entretanto, esse resultado da objetivação pressupõe um modo de compreender a si mesmo e seu ser-no-mundo que não é explicitado na objetivação, mas que podemos descrever como uma experiência fundamental que se dá no nível da existência e que propriamente sustenta a compreensão como um todo*.[13]

A resistência positivista - e, portanto, a "baixa constitucionalidade" - acontece em vários níveis. Levantemos, nessa linha, por exemplo, o véu que

[13] Confira-se parecer (www.leniostreck.com.br) que exarei para solucionar o referido caso (bem complexo, por sinal), aplicando a técnica da *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 398 29/06/2018 15:35:59

obnubila a "realidade" representada pelas idiossincrasias constantes na legislação penal brasileira, na qual "adulterar chassi de automóvel" tem pena maior que a do crime de "sonegação de tributos", e "furto de botijão de gás" realizado por duas pessoas tem pena (bem) maior do que "fazer caixa dois", para citar o "crime da moda". Mas a questão não para por ai: se alguém sonega tributos, tem a seu favor um longo e generoso REFIS[14]; já na hipótese do ladrão de botijões, mesmo que ele devolva o material subtraído, não terá a seu favor os benefícios concedidos aos sonegadores. Do mesmo modo, a crise paradigmática conseguiu esconder muito bem (não esqueçamos que o discurso ideológico tem eficácia na medida em que não é percebido) o fato de que, com o advento da Lei nº 10.259/01, os crimes de abuso de autoridade, maus tratos em crianças, sonegação de tributos, fraude em licitações, dentre muitos outros, foram transformados em *soft crimes*, isto é, em crimes de "menor potencial ofensivo" (sic), *tudo sob o silêncio eloqüente da comunidade jurídica.*

Construiu-se, pois, um imaginário jurídico assentado em uma cultura *prêt-à-porter*, estandardizada e reprodutiva. Com efeito, a produção jurídica

[14] A Lei nº 10.684/03, seguindo a tradição inaugurada pela Lei nº 9.249/95 (que, no seu art. 34, estabelecia a extinção de punibilidade dos crimes fiscais pelo ressarcimento do montante sonegado antes do recebimento da denúncia), estabeleceu *a suspensão da pretensão punitiva do Estado referentemente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento (art. 9º)*. Mais ainda, estabeleceu a nova lei a extinção da punibilidade dos crimes antes referidos quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. De pronto, cabe referir que inexiste semelhante favor legal aos agentes acusados da prática dos delitos dos arts. 155, 168, *caput*, e 171, do Código Penal, igualmente crimes de feição patrimonial não diretamente violentos. *Fica claro, assim, que, para o establishment, é mais grave furtar e praticar estelionato do que sonegar tributos e contribuições sociais.* Daí a pergunta: tinha o legislador discricionariedade (liberdade de conformação) para, de forma indireta, descriminalizar os crimes fiscais (*lato sensu*, na medida em que estão incluídos todos os crimes de sonegação de contribuições sociais da previdência social)? Poderia o legislador retirar da órbita da proteção penal as condutas dessa espécie? Creio que a resposta a tais perguntas deve ser negativa. No caso presente, não há qualquer justificativa de cunho empírico *que aponte para a desnecessidade da utilização do direito penal para a proteção dos bens jurídicos que estão abarcados pelo recolhimento de tributos*, mormente quando examinamos o grau de sonegação no Brasil. No fundo, a previsão do art. 9º da Lei nº 10.684/03 nada mais faz do que estabelecer a possibilidade de converter a conduta criminosa - prenhe de danosidade social - em pecúnia, favor que é negado a outras condutas. Também aqui - com raríssimas exceções - não tem havido qualquer resistência constitucional no plano da operacionalidade do Direito. A respeito do tema, ver STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, (Neo)constitucionalismo*, n. 2, Porto Alegre, 2004, p. 243-284.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 399 29/06/2018 15:35:59

(ensino jurídico, doutrina e jurisprudência) que domina o imaginário dos juristas representa com perfeição, simbolicamente, o estado d'arte da crise aqui abordada. Essa cultura estandardizada - e aqui está o problema da prevalência dos paradigmas metafísicos clássico e moderno - procura explicar o direito a partir de verbetes jurisprudenciais ahistóricos e atemporais, ocorrendo, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico-social.

É nesse contexto que a dogmática jurídica busca "reduzir" a complexidade do "mundo jurídico". Isso é facilmente perceptível a partir de farta literatura jurídica (de duvidosa qualidade). Com efeito, enquanto setores importantes da dogmática jurídica tradicional se ocupam com exemplos fantasiosos[15] e idealistas/idealizados, o déficit de realidade aumenta dia-a-dia. É claro que as idiossincrasias não se restringem ao campo penal ou processual penal. Trata-se, pois, de um problema que atravessa a funcionalidade do sistema jurídico em toda a sua dimensão. Isso fica bem evidenciado, por exemplo, na histórica busca por efetividade quantitativa no campo do processo civil, através de várias mini-reformas corridas nas últimas décadas, culminando com a aprovação da emenda constitucional 45/04 institucionalizando as súmulas vinculantes.

Explicando melhor: a Constituição, que deveria ser o *locus* privilegiado para a obtenção de respostas concretizadoras, foi, ela mesma, transformada em um texto aberto, por vezes, pan-principiologista. O dever fundamental de justificar as decisões foi derrotado por uma sistemática processual que apostou em uma cadeia recursal no qual os embargos declaratórios e embargos de pré-questionamento passaram a constituir a *holding* do sistema. Mas o problema vem de longe. Explico: originalmente, o art. 541 do CPC não estabelecia requisitos substanciais para a admissibilidade de recursos. Após a Constituição de 1988, a *Lei nº 8.038/90*, especialmente no seu art. 38, condicionou materialmente a admissibilidade dos recursos às instâncias superiores, atribuindo poder ao Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, de decidir o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como de negar *seguimento* a pedido ou *recurso* manifestamente intempestivo, incabível, *improcedente ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito*, súmula

[15] Alguns exemplos beiram ao folclórico, como o de uma pergunta feita em concurso público de âmbito nacional, pela qual o examinador queria saber a solução a ser dada no caso de um gêmeo xifópago ferir o outro...! Com certeza, gêmeos xifópagos (na verdade, o enunciado da questão referia "xipófagos" - sic), encontrados em qualquer esquina, andam armados e são perigosos (*a propósito, o que os gêmeos xifópagos acharam do referendum sobre o desarmamento? Votaram sim ou não?)* Pois não é que a pergunta voltou a ser feita, desta vez em concurso público de importante carreira no Estado do Rio Grande do Sul? A questão de direito penal que levou o número 46 dizia: "André e Carlos, gêmeos xipófagos (sic), nasceram em 20.01.79. Amadeu é inimigo capital de André. Pretendendo por (sic) fim a (sic) vida de André, desfere-lhe um tido mortal, que também acerta Carlos, que graças a uma intervenção cirúrgica eficaz, sobrevive". E seguiam várias alternativas. Sintomas da crise, pois.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 400 29/06/2018 15:35:59

do respectivo Tribunal. A *Lei nº 9.139/95* (art. 557 do CPC) promoveu novas alterações para a admissibilidade de recurso nos tribunais, possibilitando ao relator a negativa de provimento, monocraticamente, quando a irresignação se mostrar manifestamente improcedente ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores. Ainda não satisfeito, o *establishment* jurídico editou nova Lei *(nº 9.756/98)*, alterando mais uma vez o art. 557 do CPC, desta vez acrescentando a *jurisprudência dominante* do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior *como argumento suficiente para impedir a admissibilidade do recurso*, além de permitir o julgamento de plano pelo relator. A legislação processual passou a prever, portanto, a possibilidade de *julgamento sumário pelo relator* quando se pudesse observar que a decisão atacada fosse em confronto contra a jurisprudência dominante (sic) do respectivo tribunal ou do STF e STJ. Na medida em que o conjunto de mini-reformas não deu os resultados esperados, veio a *Lei nº 11.277*, de 07.02.2006, alterando o art. 285 do CPC, pelo qual "quando a matéria controvertida for *unicamente de direito* e no juízo já houver sido proferida *sentença de total improcedência em outros casos idênticos*, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada". Isto é, agora a problemática fora transportada para o primeiro grau.

Na seqüência, em face da EC nº 45, foi editada a *Lei nº 11.417*, em 19.12.2006, regulamentando a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante por parte do STF. A Lei seguinte (*11.418*) regulamentou a "repercussão geral" dos recursos extraordinários, passando a ser requisito de admissibilidade. Assim, a nova Lei (alterando o art. 543 do CPC), ao determinar que serão *escolhidos um ou mais processos representativos da controvérsia* para o julgamento dá ao tribunal superior uma limitação cognitiva quanto aos elementos concretos que permeiam cada um dos processos que foram representados. E quem escolherá a "amostragem" é o Tribunal de origem. Por outro lado, repetindo o que já constava como elementos impeditivos da subida de recursos nas antigas Leis 8.038 e 9.756, a Lei 11.418 deixou assentado que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula[16] ou jurisprudência dominante do Tribunal.

---

[16] Nesse sentido, vale trazer à lume crítica feita pelo grande jurista gaúcho Alfredo Augusto Becker, em carta dirigida ao Ministro do STF Luiz Gallotti, em 2 de dezembro de 1964, menos de um ano após a institucionalização das súmulas no Brasil: "Se, no nosso tempo, a imagem suplanta o texto - observa René Huyghe - é porque a vida sensorial tende a ocupar o lugar que a vida intelectual preenchia. E assim como o texto escrito veio substituir o método milenar da transmissão oral, fenômeno análogo ocorre atualmente na substituição gradual do texto pela imagem". E, tantos anos atrás, Becker já antevia a estandardização em que se transformaria o direito: "Outro fenômeno contemporâneo é o da contração dos textos e a substituição do Verbo por um Sinal. Um exemplo: a Súmula do Supremo Tribunal Federal substituiu as longas exposições doutrinárias. Substituiu até mesmo a citação dos textos legais aplicáveis ao caso. Por

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 401 29/06/2018 15:35:59

A última medida de "fechamento do sistema" se dá pela *Lei nº 11.672, em 08.05.2008* com vacância de 90 dias, esta endereçada aos recursos especiais (STJ), pela qual (art. 543-C), quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo, sendo que caberá ao presidente do tribunal de origem *admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia. Mais ainda, acaso não* adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe *jurisprudência dominante* ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. O ponto fulcral da nova Lei reside no seu caráter avocatório. Com efeito, diz a Lei que, publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se, pois, que as assim denominadas mini-reformas processuais, mais e mais, passaram a apostar, no decorrer destes 20 anos, no protagonismo judicial.

Como é possível perceber nessa reconstrução histórica, o processo civil transformou, aos poucos, os juízos colegiados em juízos monocráticos; súmulas e jurisprudência dominantes passaram a servir de obstáculo até mesmo para a admissão dos recursos (inclusive de agravos), até chegarmos à recente *Lei 11.672*, de 08.05.2008, que, a par de representar uma espécie de "possibilidade avocatória" por parte do STJ, *fez com que o exame dos recursos por "amostragem" passasse também para o processo penal*. Isso, definitivamente, representa o solapamento da análise de identidade do caso sob julgamento. A pergunta que se põe é: a alteração legislativa, sob pretexto de proporcionar "efetividade quantitativa" e "eficacialidade" ao sistema jurídico, é coerente com os princípios do acesso à justiça e ao devido processo legal? Não será direito do cidadão que o seu caso seja analisado nas suas especificidades? Não se pode olvidar que a Constituição estabelece que os recursos especiais e extraordinários representam "causas" e não apenas "teses" jurídicas[17] abstratas.

---

sua vez, o próprio texto da Súmula é substituído por um Signo: a cifra aritmética (do enunciado, pois ela admite que ele seja "enunciado" pela simples indicação de seu respectivo número). A embriogenia da Súmula do nosso Supremo tribunal Federal é descrita e analisada por um Professor de Psicologia das Artes Plásticas do Colégio de França (René Huyghe, *Dialogue avec Le Visible*, Paris, 1955, p. 6). A civilização da imagem suprimiu o amadurecimento da idéia no espaço de um raciocínio e estabeleceu a ligação direta sensação-ação". In: Carta inédita de Alfredo Augusto Becker ao Ministro Luiz Gallotti, 2 de dezembro de 1964.

[17] Ver, para tanto, BAHIA, Alexandre. Os Recursos Extraordinários e a Co-originalidade dos Interesses Público e Privado no Interior do Processo: reformas, crises e desafios à Jurisdição desde uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 402 29/06/2018 15:35:59

O princípio do *due process of law,* sob o seu viés substantivo, garante ao cidadão a procura do poder judiciário para que lhe proporcione uma proteção jurídica individual. Esse âmbito de proteção individual necessita a apreciação de todas as circunstâncias do caso concreto, aquilo alegado e provado em juízo, não se podendo tomar como base um esquema de representação fraca do fenômeno individual, muito menos do contexto histórico-factual que tal processo envolve. A grande evolução do neo-constitucionalismo em garantir a recuperação do ideal de justiça ao dotar normativamente os princípios (e a inclusão da faticidade do mundo no direito) sofre, assim, um retrocesso pelo qual se procura estabelecer uma regra, geral e universalizante, que permita um julgamento massivo de todos os processos pressupostos como iguais. É a plenitude do princípio universalizante, ignorando a (im)própria dicotomia dos discursos de fundamentação e aplicação, transformando os segundos em primeiros. Dizendo de uma maneira mais clara: a súmula (STF) ou a "decisão vinculante" (STJ) tornam os discursos que deveriam ser de *aplicação* (em razão da injustiça criada no caso concreto) em discursos de *fundamentação* (admitindo-se, *ad argumentandum tantum* a cisão entre eles), desvirtuando a própria matriz procedimental argumentativa.

Por isso, não se pode olvidar que tais questões estão umbilicalmente ligadas à crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, bases para a prevalência, ainda em nossos dias, do esquema sujeito-objeto. Essa crise é facilmente detectável nos diversos ramos do direito, mormente na problemática relacionada à jurisdição e o papel destinado ao juiz. Mas isso vem de longe. Efetivamente, desde *Oskar von Büllow* - questão que também pode ser vista em *Anton Menger* e *Franz Klein* -, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, "porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo", com poderes para criar direito mesmo *contra legem*, tese que viabilizou, na seqüência, a Escola do Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma representacional, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida em *Chiovenda*, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em *Carnellutti*, que sustenta que a jurisdição é "prover", "fazer o que seja necessário"; também em *Couture*, que, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que "o problema da *escolha do juiz* é, em definitivo, o problema da justiça"; em *Liebman*, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei.

Já no Brasil, afora a doutrina que atravessou o século XX (*v.g.*, de *Carlos Maximiliano* a *Paulo Dourado de Gusmão)*, tais questões estão presentes nas teses relacionadas ao enfoque instrumentalista do processo, que admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, *mesmo que não contidas no direito legislado*, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da "boa escolha dos juízes" e, consequentemente, de seu ("sadio") protagonismo. Sob outra perspectiva, esse fenômeno se repete no direito civil, pela defesa, por parte de setores da doutrina, do poder interpretativo dos

Trabalho apresentado no Congresso Nacional Constituição e Processo, promovido pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica, BH, 2008.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 403 29/06/2018 15:35:59

juízes nas cláusulas gerais, que devem ser preenchidas com amplo "subjetivismo" e "ideologicamente"; no processo penal, em que não passa despercebida a continuidade da força do "princípio" da verdade real e do livre convencimento; e também no direito constitucional, no qual está presente essa perspectiva, pela utilização descriteriosa dos princípios, como se estes fossem "álibis persuasivos", mormente em face da cisão entre o emprego da subsunção para a aplicação das regras (casos simples) e da ponderação nas hipóteses de conflito ou colisão de princípios (casos difíceis).

2. O (neo)constitucionalismo e o mundo prático: a superação do modelo positivista de regras. A hermenêutica e o antidualismo metafísico.

Do mesmo modo que o direito não é aquilo que os tribunais dizem, também não é aquilo que o intérprete quer que ele seja, como se o ato interpretativo fosse um "ato solipsista" (filosofia da consciência). Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é (lembremos, aqui, a assertiva de Herbert Hart[18] acerca das regras do jogo de críquete, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista que claramente exsurge do acórdão em questão). A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as quase mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? Se os juízes podem "dizer o que querem" sobre o sentido das leis, ou se os juízes podem decidir de forma discricionária os *hard cases*, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei? É preciso ter presente, pois, que a afirmação do caráter hermenêutico do direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, *não significam uma queda na irracionalidade* e, tampouco, uma delegação em favor de decisionismos.

Retorna-se, sempre, ao contraponto "regra-princípio", "lei- Constituição", "subsunção-atribuição de sentido", teoremas nos quais estão assentados os problemas decorrentes dessa "afirmação decorrente do caráter hermenêutico do direito" e daquilo que está ínsito a essa "guinada-do-papel-do-direito-no-neoconstitucionalismo": a necessidade do controle dos atos de jurisdição, enfim, dos atos dos juízes.

A grande maioria dos juristas brasileiros não se deu conta de que a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito. Ou seja, não se deram conta os juristas que é através dos princípios que ocorre a canalização para o âmbito das Constituições do elemento do mundo prático (a razão prática obnubilada pelo positivismo). Igualmente não perceberam que o ponto de ligação com a filosofia (o processo de compreensão ainda sustentado no esquema sujeito-objeto, que mutilava a interpretação do direito) se dá exatamente

[18] Cf. HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford Univesity Press, 1961.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 404 29/06/2018 15:35:59

no fato de que o direito, entendido como conjunto de regras, pretende, a partir de uma metodologia fulcrada no método, *abarcar a realidade onticamente*, possibilitando que o intérprete, de forma causalista-objetivista, dê conta de suas complexidades a partir da adjudicação de teorias acerca de como devem proceder os intérpretes quando se deparam com os assim denominados *casos difíceis*.

Ora, a inserção - ou o resgate - da faticidade se dá através dos princípios, que, para além do causalismo-explicativo de caráter ôntico, vai se situar no campo do acontecer de caráter ontológico (não clássico). Regra e princípio não são coisas separadas, que existam em si e por si. Nem tampouco os princípios são "mandados de otimização" ou "meros" "postulados". É preciso entender que entre regra e princípio há apenas uma diferença de caráter compreensivo, isto é, uma diferença que no plano da hermenêutica filosófica é chamada de "diferença ontológica". Daí o equívoco de se dizer que no conflito de regras está-se diante de um "tudo ou nada" (equívoco que é repetido na doutrina há muito tempo sem maiores questionamentos) ou que uma regra afasta a outra, e que no conflito entre princípios ocorre uma ponderação (afinal, quando é que não se pondera?). Isso (somente) seria possível se uma regra fosse aferível sem o princípio, isto é, isso (somente) seria possível se uma regra pudesse ser interpretada sem o recurso aos princípios, que representam a razão prática do direito. Pensar que uma regra pode ser interpretada independente dos princípios ou que uma regra pode "valer" mais do que um princípio *é uma concessão ao positivismo ou uma espécie de retorno ao positivismo*, como se regra e princípio contivessem uma ambigüidade, e que pudessem ser, ao mesmo tempo, um "critério" de conhecimento (regra) e um "critério" de explicação (princípio), aferíveis a partir do esquema representacional sujeito-objeto. Daí a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima *regra* e *princípio* em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor.

Ou seja, a regra está "subsumida" no princípio. Nos "casos simples" (utilizando, aqui, argumentativamente, a distinção que a teoria da argumentação faz), ela apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, "insuficiência" (sic) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a "necessidade" do uso dos princípios. A percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Por isto é necessário, neste ponto, discordar de Dworkin[19], quando diz que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada* e que os princípios enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas ainda assim necessitam de uma decisão particular.

[19] Cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.* Cambridge: Harvard University Press, 1977.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 405 29/06/2018 15:35:59

Hermeneuticamente, pela impossibilidade de cindir *interpretação* e *aplicação* e pela antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível "isolar" a *regra* do *princípio*, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor. Isto porque *a regra não está despojada do princípio.* Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão de princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que o princípio também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo.

Em síntese: há uma essencial diferença - e não separação - entre *regra* e *princípio*. Podemos até fazer a distinção pela via da relação sujeito-objeto, pela teoria do conhecimento. Entretanto, essa distinção será apenas de grau, de intensidade; não será, entretanto, uma distinção de base entre *regra* e *princípio*. No fundo, o equívoco da(s) teoria(s) da argumentação está em trabalhar com os princípios apenas com uma diferença de grau (regrando os princípios), utilizando-os como se fossem regras de segundo nível (equívoco que se repete ao se pensar que, além dos princípios, existem meta-princípios, meta-critérios ou postulados hermenêuticos). Enfim, como se fosse possível transformar a regra em um princípio. Ocorre que ela jamais será um princípio, porque no princípio está em jogo algo mais que a explicação causalista.

Para essa compreensão, torna-se necessário superar os dualismos próprios da metafísica. Trata-se, assim, não de fundamentar - metódica ou epistemologicamente -, mas de compreender (fenomenologicamente). E compreender é aplicar. Isto significa dizer que estamos diante de um problema hermenêutico, no sentido de uma teoria da experiência real, que é o pensar. Já o compreender não é um dos modos do comportamento do sujeito, mas, sim, o modo de ser da própria existência, como ensina Gadamer.

3. A superação de subsunções e deduções: o salto hermenêutico para além do positivismo.

A crise que atravessa o direito e a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que *as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade*, ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, *não resistiram às teses da viragem lingüístico-ontológica*, superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo circulo hermenêutico e pela diferença ontológica.

Não se pode olvidar que - em pleno paradigma da intersubjetividade - ainda domina, na doutrina e na jurisprudência do direito, a idéia da indispensabilidade do

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 406 29/06/2018 15:35:59

método ou do procedimento para alcançar a "vontade da norma" (sic), o "espírito de legislador" (sic), o "unívoco sentido do texto" (sic), etc. Acredita-se, ademais, que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que "interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém" (sic), circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento.

A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). A impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete "retirar" do texto "algo que o texto possui-em-si-mesmo", numa espécie de *Auslegung,* como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung)*, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos. Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido - que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht)* e concepção prévia (*Vorgriff*) - que já une todas as partes do "sistema", como bem ressaltou Gadamer.

Uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, fundamentada nessa revolução copernicana, deve, hoje, procurar corrigir o equívoco freqüentemente cometido por diversas teorias críticas (teorias da argumentação, teorias analíticas, tópica jurídica, para citar apenas estas) que, embora reconheçam que o direito caracteriza-se por um processo de aplicação a casos particulares (concretude), incorrem no paradigma metafísico, ao elaborarem um processo de subsunção a partir de conceitualizações (veja-se o paradigmático caso das súmulas vinculantes no Brasil), que se transformam em "significantes-primordiais-fundantes" ou "universais jurídicos", "acopláveis" a um determinado "caso jurídico". Isto ocorre nas mais variadas formas no *modus interpretativo* vigorante na doutrina e na jurisprudência, como o estabelecimento de *topoi* ou de meta-critérios para a resolução de conflitos entre princípios, além das fórmulas para "regrar" a interpretação, propostas pelas diversas teorias da argumentação jurídica.

Anote-se, neste ponto, que "apesar de também combater a perspectiva do positivismo normativista tradicional, *a teoria da argumentação tem em comum com essa corrente a tentativa de deduzir subsuntivamente a decisão a partir de regras prévias*"[20], problemática presente, aliás, em autores como Manuel Atienza para quem "para ser considerada plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem de dispor [...] de um método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação - pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos -

[20] Cf. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 176.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 407 29/06/2018 15:35:59

assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção - ou a maior ou menor correção - dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas"[21].

De certo modo, tais questões também estão presentes na teoria do discurso proposta por Habermas, que, embora não fale em "regras prévias", propõe a antecipação de um discurso ideal, contrafático[22]. Essa formação discursiva (também) é prévia; sua função é a de servir como princípio regulativo, isto é, conforme Habermas, todo discurso racional é um necessário princípio regulativo de todo discurso real. A compreensão assim denominada de "racional" não é pensada em contraposição com a tradição, cuja linguagem é insuficiente e/inadequada para abarcar o "real"; a compreensão é pensada como a realização de um ideal por consumar, contrafaticamente. Novamente, vê-se a cisão do incindível; vê-se, mais uma vez, o problema da dispensabilidade do mundo prático (porque este está "traduzido" em uma linguagem inadequada, insuficiente, distorcida).

De mais a mais, não basta dizer que o direito é concretude e que "cada caso é um caso", como é comum na linguagem dos juristas. Afinal, é mais do que evidente que o direito é concretude e que é feito para resolver casos particulares. O que não está evidente é que o processo interpretativo é *applicatio*, que o direito é parte integrante do próprio caso, que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. Hermenêutica não é filologia. Lembremos a todo o momento a advertência de Friedrich Müller: da interpretação de textos temos que saltar para a concretização de direitos.

---

[21] Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.* São Paulo: Landy, 2003. Isso permite concluir que Atienza *permanece nos quadros do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ao sustentar uma função instrumental para a interpretação, para ele otimizada a partir da teoria da argumentação jurídica,* mesmo problema - diga-se de passagem -, encontrável na maioria das teses caudatárias das teorias da argumentação no Brasil. Para Atienza, uma das funções da argumentação é oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o direito (já neste ponto, é possível perceber a subdivisão do processo interpretativo em partes/etapas, questão tão bem denunciada por Gadamer!). Para corroborar a tese, o mesmo Atienza afirma que "um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica é precisamente o fato de ela não ter elaborado um procedimento capaz de representar adequadamente como os juristas fundamentam, de fato, as suas decisões". É evidente que não se pode olvidar - e o registro insuspeito é feito por Kaufmann (*op. cit.*, p. 194) - que especialmente Alexy desenvolveu de forma notável regras prescritivas de argumentação e de preferência. A única desvantagem, assinala, "reside no fato de estas regras se ajustarem ao discurso racional, mas já não ao procedimento judicial".

[22] Nas palavras do próprio Habermas, somente a antecipação formal do diálogo idealizado como uma forma de vida a realizar garante a intenção condutora última, contraposta à existente de fato, que nos une previamente e sobre cuja base toda intenção de fato, se é falsa, pode ser criticada como falsa consciência (APEL, Karl- Otto et.al. *Hermeneutik und Ideologiekritik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1971, p. 164 e segs.).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 408 29/06/2018 15:35:59

Assim, embora os juristas - nas suas diferentes filiações teóricas - insistam em dizer que a interpretação deve ocorrer sempre em "cada caso", tais afirmações não encontram comprovação, nem de longe, na cotidianidade das práticas jurídicas. Na verdade, ao construírem "pautas gerais", "conceitos lexicográficos", "verbetes doutrinários e jurisprudenciais", ou súmulas aptas a "resolver" casos futuros, os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de "pautas gerais", fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico. Daí a indagação de Gadamer: *existirá uma realidade que permita buscar com segurança o conhecimento do universal, da lei, da regra, e que encontre aí a sua realização? Não é a própria realidade o resultado de sua interpretação*?

A rejeição de qualquer possibilidade de subsunções ou deduções aponta para o próprio cerne de uma hermenêutica jurídica inserida nos quadros do pensamento pós-metafísico. Trata-se de superar a problemática dos métodos, considerados pelo pensamento exegético-positivista como portos seguros para a atribuição dos sentidos. Compreender não é produto de um procedimento (método), nem um modo de conhecer. Compreender é, sim, um modo de ser, *porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão*. Isto significa romper com as diversas concepções que se formaram à sombra da hermenêutica tradicional, de cunho objetivista-reprodutivo, cuja preocupação é de caráter epistemológico-metodológico-procedimental, cindindo *conhecimento* e *ação*, buscando garantir uma "objetividade" dos resultados da interpretação. A mesma crítica pode ser feita à tópica retórica, cuja dinâmica não escapa das armadilhas da subsunção metafísica. Aliás, *o fato de ligar-se "ao problema" não retira da tópica sua dependência da dedução e da metodologia tradicional*, o que decorre fundamentalmente de seu caráter não-filosófico.

Uma filosofia *no* direito - avançando para além de uma filosofia *do* direito - deve estar apta a explicar esse caráter hermenêutico assumido pelo direito nesta quadra da história. Superando o modelo de regras, a preocupação das teorias jurídicas passa para a busca das respostas acerca da indeterminabilidade do direito. É possível construir uma racionalidade capaz de resolver o problema decorrente da impossibilidade da legislação prever todas as hipóteses de aplicação? Como superar as práticas subsuntivas? Como superar o dedutivismo? A tarefa de "preencher" os espaços da indeterminabilidade deve ser deixada aos juízes, como queria o positivismo? Tais questões inexoravelmente desembocam nas diversas construções discursivas que pretendem superar os dilemas que surgem com esse novo perfil assumido pelo direito, pelo Estado e pela jurisdição constitucional.

4. A possibilidade/necessidade de respostas corretas em direito.

Levando em conta as promessas incumpridas da modernidade em *terrae brasilis*, a superação dos paradigmas metafísicos clássico e moderno - condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno do neoconstitucionalismo e da conseqüente derrota do positivismo - *não pode representar o abandono das*

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 409 29/06/2018 15:35:59

possibilidades de se alcançar verdades conteudísticas[23]. As teorias consensuais da verdade mostram- se insuficientes para as demandas paradigmáticas no campo jurídico. Ao contrário da hermenêutica filosófica, não há ser-no-mundo nas teorias consensuais-procedurais, pelas quais só é possível atribuir um sentido a alguma coisa quando qualquer outra pessoa que pudesse dialogar comigo também o pudesse aplicar. Nelas, a condição de verdade das sentenças (enunciados) é o acordo potencial de todos os outros. Ou seja, nelas não há espaço para a substancialidade (conteudística). Portanto, não há ontologia (no sentido de que fala a hermenêutica filosófica). Isto demonstra que a linguagem - que na hermenêutica é condição de possibilidade -, nas teorias consensuais-procedurais, é manipulável pelos partícipes. Continua sendo, pois, uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, embora os esforços feitos por sofisticadas construções no plano das teorias discursivas-argumentativas.

Ou seja, é possível dizer, sim, que *uma interpretação é correta, e a outra é incorreta.* Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer *na* e *pela* interpretação[24]. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teorético-filosófica (ainda) chamam de "raciocínio subsuntivo" ou "raciocínio dedutivo" nada mais é do que esse "paradoxo hermenêutico", que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto por que compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

---

[23] Sendo mais claro: a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de "decisionismo" ou "realismo". Gadamer rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo à hermenêutica (jurídica). Falar de relativismo é admitir verdades absolutas, problemática, aliás, jamais demonstrada. A hermenêutica afasta o fantasma do relativismo, porque este nega a finitude e seqüestra a temporalidade. No fundo, trata-se de admitir que, à luz da hermenêutica (filosófica), é possível dizer que existem verdades hermenêuticas. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, mas, sim, do positivismo.

[24] Como bem diz Gadamer (*Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register*. Hermeneutik II. Tübingen: Mohr, 1990, p. 402): "das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird. Denn auch in solchen Fällen von Verstehen gilt, dass die Auslegung möglich sein muss. Sie bringt das Verstehen nur zur ausdrücklichen Ausweisung. Die Auslegung ist also nicht ein Mittel, durch das da verstehen herbeigeführt wird, sondern ist in den Gehalt dessen, was da verstanden wird, eingegangen. Wir erinnern daran, dass das nicht nur heisst, dass die Sinnnmeinung des Textes einheitlich vollziehbar wird, sondern dass damit auch die Sache, von der Text spricht, sich zu Worte bringt. Die Auslegung legt die Sache gleichsam auf die Waage der Worte".

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 410 29/06/2018 15:36:00

Uma interpretação será correta quando é suscetível dessa desaparição (*Paradoxerweise ist eine Auslegung dann richtig, wenn sie derart zum Verschwinden fähig ext*). É o que denomino de "existenciais positivos". Dizendo de outro modo, aquilo que algumas teorias (argumentativas) chamam de casos fáceis - portanto, solucionáveis por intermédio de "simples subsunções" ou "raciocínios dedutivos" - são exatamente a comprovação disto.[25] Com efeito, para a hermenêutica, essa distinção *easy-hard cases* desaparece em face do círculo hermenêutico e da diferença ontológica. Essa distinção (que, na verdade, acaba sendo uma cisão) não leva em conta a existência de um acontecer no pré-compreender, no qual o caso simples e o caso difícil se enraízam. Existe, assim, uma unidade que os institui, detectável na "dobra da linguagem".

Ou seja, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de o "como apofântico"). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinaria e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Mutatis, mutandis, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo - e sempre aplicamos - é uma decisão). Para esse desiderato, compreendendo o problema a partir da antecipação de sentido (*Vorhabe*, *Vorgriff*, *Vorsicht*), no interior da virtuosidade do circulo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam "mundos" estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto (registre-se, texto é evento, texto é fato). Toda a interpretação começa com um texto, até porque,

[25] Vejamos como essa dualização metafísica apresenta problemas sem respostas: casos fáceis, segundo Atienza (que vale também para as demais versões da teoria da argumentação jurídica), são os casos que demandam respostas corretas *que não são discutidas*; já os casos difíceis são aqueles nos quais *é possível propor mais de uma resposta correta* "que se situe dentro das margens permitidas pelo direito positivo" (Atienza, op. cit.). Mas, pergunto: como definir "as margens permitidas pelo direito positivo"? Como isso é feito? A resposta que a teoria da argumentação jurídica parece dar é: a partir de raciocínios em abstrato, *a priori*, como se fosse primeiro interpretar e depois aplicar... Neste ponto, as diversas teorias do discurso se aproximam: as "diversas" possibilidades de aplicação se constituem em discursos de validade prévia, contrafáticos, que servirão para juízos de "adequação". No meu sentir, entretanto, isso implica um dualismo, que, por sua vez, implica separação entre *discursos de validade* e *discursos de aplicação*, cuja resposta se dará, quer queiram, quer não, mediante raciocínios dedutivos, e isso é filosofia da consciência, por mais que queira negar. Em face disso, retomo a acusação feita por Arthur Kaufmann, acerca da prevalência do esquema sujeito-objeto nas diversas teorias discursivas.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 411 29/06/2018 15:36:00

como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurgirá de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d'onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

Se é verdade que as explicações decorrentes de nosso modo prático de ser-no-mundo (o-desde-já-sempre-compreendido) resolvem-se no plano ôntico (na linguagem da filosofia da consciência, em um raciocínio causal-explicativo), também é verdadeiro afirmar que esse "modo ôntico" permanecerá e será aceito como tal se - e somente se - a sua objetivação não causar estranheza no plano daquilo que se pode entender como tradição autêntica. Nesse caso, devidamente conformados os horizontes de sentido, a interpretação "desaparece". Em síntese, é quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo.

Mas, se essa fusão de horizontes se mostrar mal sucedida, ocorrerá a demanda pela superação das insuficiências do que onticamente objetivamos. Trata-se do acontecer da compreensão, pelo qual o intérprete necessita ir além da objetivação. Com efeito, estando o intérprete inserido em uma tradição autêntica do direito, em que os juristas introduzem o mundo prático seqüestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes.

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma "responsabilidade política" dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental.[26] Daí a necessidade de ultrapassar o "modo-positivista-de-fundamentar" as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar - e isto ocorre no plano da

[26] Uma decisão adequada a Constituição (resposta hermeneuticamente correta) será fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e a integridade (exame da integridade legislativa e respeito a integridade das decisões anteriores). Não haverá grau zero de sentido. A resposta adequada a Constituição deverá estar fundada em argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos), como bem ensina Dworkin. Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta quadra da história, evitando-se os "predadores" externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim como os "predadores" internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda a espécie.
Um exemplo de resposta correta é o recente julgamento da ADPF n. 144, pelo STF, que tratava da (i)legibilidade de candidatos às eleições com processos penais e por improbidade administrativa em andamento. Com efeito, a pretensão da ADPF proposta pela AMB (Associação dos Magistrados do Brasil) era de que fossem levados em conta os antecedentes para a aferição dos critérios de (in)elegibilidade dos candidatos às próximas eleições municipais. Isto é, candidatos com condenações, mesmo que não transitadas em julgado ou com processos por improbidade em curso, por terem

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 412 29/06/2018 15:36:00

aplicação - detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo "Defiro, com base na lei *x* ou na súmula *y*".

A justificativa (a fundamentação da fundamentação, se assim se quiser dizer) é condição de possibilidade da legitimidade da decisão. Isto é assim porque o sentido da obrigação de fundamentar as decisões previsto no art. 93, inc. IX, da Constituição do Brasil implica, necessariamente, a justificação dessas decisões. Veja-se que um dos indicadores da prevalência das posturas positivistas - e, portanto, da discricionariedade (arbitrariedade) judicial que lhe é inerente - *está no escandaloso número de embargos de declaração propostos diariamente no Brasil.* Ora, uma decisão bem fundamentada/justificada (nos termos de uma resposta correta-adequada-à-Constituição, a partir da exigência da máxima justificação) não poderia demandar "esclarecimentos" acerca da *holding* ou do *dictum* da decisão. Os embargos de declaração - e acrescente-se, aqui, o absurdo representado pelos "embargos de pré-questionamento" (sic) - demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico. Como é possível que se considere "normal" a não fundamentação de uma decisão, a ponto de se admitir, cotidianamente, milhares de "embargos"?

Nessa linha, a *applicatio* - porque interpretar é sempre um aplicar - evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica filosófica. *Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um "simples resultado" manipulável pelo intérprete.* Afinal, não podemos esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas foi a forma pela qual a hermenêutica clássica encontrou para buscar o controle do "processo" de interpretação. Daí a importância conferida ao método, "supremo momento da subjetividade assujeitadora". Ora, a pré-compreensão antecipadora de sentido de algo ocorre à revelia de qualquer

---

"ficha suja", não poderiam receber o sinal verde da justiça eleitoral. Por maioria de votos, o STF decidiu que o princípio da presunção da inocência não dava azo a outra interpretação, que não a de que o critério final era, efetivamente, o trânsito em julgado de sentença condenatória. Vê-se, assim, que, não obstante os argumentos de política (e de moral) utilizados pela AMB, com apoio na expressiva maioria da imprensa, o STF esgrimiu decisão contrária, exatamente com fundamento em argumentos de princípio (presunção da inocência). Vingasse a tese da AMB, cada juiz eleitoral ou TRE criaria seu próprio regramento acerca dos limites de cada "ficha" do candidato. Afinal, quantos processos criminais o candidato deveria estar respondendo para ser inelegível? Bastaria uma condenação em primeiro grau para barrar a candidatura? Que tipos de condutas criminosas (tipos penais) levariam ao impedimento? Na verdade, a tese da OAB faria com que a sociedade ficasse a reboque de argumentações de caráter teleológico do Poder Judiciário, que, assim, propiciariam uma multiplicidade de respostas, gerando a inexorável quebra, não só do princípio da presunção da inocência, como também do princípio da igualdade. Veja-se, também aqui, o problema da discricionariedade judicial. Por tais razões, argumentos de princípio, como bem diz Dworkin, mostram-se superiores aos argumentos fundados na moral individual ou coletiva ou de outros argumentos de política *lato sensu*.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 413 29/06/2018 15:36:00

"regra epistemológica" ou método que fundamente esse sentido. Não há métodos e tampouco meta-métodos ou meta-critérios (ou um *Grundmethode*[27], para imitar Kelsen e "escapar" do problema - insolúvel - do *fundamentum inconcussum*). A compreensão de algo *como* algo (*etwas als etwas*) simplesmente ocorre (acontece), porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico, e não epistemológico. Qualquer sentido atribuído arbitrariamente será produto de um processo decorrente de um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, meramente argumentativo/procedimental[28], isto porque filosofia não é lógica e, tampouco, um discurso ornamental.

5. Aportes finais.

1. A crise dos modelos interpretativos, aqui inserida naquilo que venho denominando no decorrer dos anos de *crise de paradigmas de dupla face*, não autoriza que as teorias da argumentação ou outras teorias procedurais (teorias do discurso *lato sensu*) venham a se constituir em uma espécie de "reserva hermenêutica", que somente seria chamada à colação nos casos de "insuficiência" da regra, isto é, quando se estiver em face de casos difíceis (*hard cases*).

2. Casos fáceis e casos difíceis partem de um mesmo ponto e possuem em comum algo que lhes é condição de possibilidade: a pré-compreensão. Esse equívoco de distinguir *easy* e *hard cases* é cometido tanto pelo positivismo de Hart como pelas teorias argumentativas (por todos, Alexy e Atienza). O que tais teorias têm em comum é o fato de que, nos *hard cases*, considerarem que os critérios (princípios) para solvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser retirados de uma "história jurídica", somente possível de existir no plano de discursos *a priori* (no fundo, discursos de fundamentação prévios).

3. Reconheça-se que também Dworkin faz indevidamente essa distinção entre casos fáceis e casos difíceis (*easy* e *hard cases*). Mas o faz por razões distintas. A diferença é que Dworkin, ao contrário de autores como Habermas e Günther, não "desonera" os discursos de aplicação dos discursos de fundamentação, que, para estes, dão-se *prima facie*. Na verdade, como Gadamer, ele não distingue *discursos de aplicação* de *discursos de fundamentação*, assim como não cinde a *interpretação* da *aplicação*.

4. Partir de uma pré-elaboração do que seja um caso *simples* ou *complexo* é incorrer no esquema representacional "sujeito-objeto", como se fosse possível ter (ou alcançar) um "grau zero de sentido", insulando a pré-compreensão e tudo o que ela representa enquanto condição para a compreensão de um problema. Não esqueçamos que a discricionariedade (ou, se se quiser, a arbitrariedade) interpretativa é fruto do paradigma representacional e que ela se fortalece na cisão entre *interpretar* e *aplicar*, o que inegavelmente implica a prevalência do dualismo sujeito-objeto.

---

[27] Sobre a problemática do "método", ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do* Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, especialmente o cap. 5.

[28] Ibid., p. 246 e segs., onde trabalho a noção dos vetores de racionalidade de Hilary Putnam e Ernildo Stein.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 414 29/06/2018 15:36:00

5. Essa discricionariedade/arbitrariedade positivista - sob as mais variadas vestes - ainda domina o modo-de-agir dos juristas (veja-se, por todos, a ode às cláusulas abertas do novo Código Civil, considerado por muitos como "o código do juiz" - sic). No fundo, em linguagem mais simples, significa aquilo que Kelsen "incentivou" no oitavo capítulo de sua *Teoria Pura do Direito*[29]: o decisionismo que poderia ser praticado nos "limites" da moldura da norma jurídica (que, na verdade, já de há muito são desrespeitados, em nome dos diversos "realismos" e "axiologismos", pelos quais o texto jurídico é apenas a "ponta do iceberg"), ou a delegação em favor dos juízes da tarefa de decidir sobre os *hard cases,* que pode ser vista em *Concept of Law*[30], de Hart.

6. Observe-se como esse problema da discricionariedade[31] (arbitrariedade), que exsurge, com o positivismo, a partir da "delegação" em favor do juiz do poder de "resolver os casos difíceis", acaba sofrendo um deslocamento em direção a uma "objetividade textual", não propriamente da regra (texto jurídico), mas das conceitualizações prévias elaboradas pela dogmática jurídica. Ou seja, em face do caos decisionista que foi se formando no decorrer da história, mormente em países como o Brasil, o próprio positivismo vem procurando controlar a discricionariedade judicial (veja-se a radicalidade da implantação das súmulas vinculantes e o "ferrolho" para evitar a admissibilidade dos recursos aos tribunais superiores), mediante a elaboração de um discurso *prêt-à-porter*, principalmente - e paradoxalmente - advindo do próprio Judiciário, para, em um processo de retroalimentação, servir de controle das decisões judiciais. *Provavelmente por isto, parte considerável da doutrina reproduz a posição dos tribunais, que elaboram uma espécie de versão positivista de "discursos de fundamentação prévia"*. Isto é feito através de uma estandardização da cultura jurídica (verbetes, ementas, súmulas, etc.),

---

29 KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

30 HART, *op. cit.*

31 Embora não seja especificamente objeto destas reflexões, é necessário lembrar que a teoria da argumentação defendida por Robert Alexy está indissociavelmente entrelaçada com a discricionariedade. Alias, nesse exato sentido busco reforço às minhas críticas com García Figueroa, para quem uma das fragilidades da teoria da argumentação alexyana é a "consagração da discricionariedade dos operadores jurídicos ante a crescente amplitude do âmbito das possibilidades discursivas": "en cierto modo la version de Alexy vendría a retrasar el inevitable momento de la discreción judicial que propugna el positivismo. Segundo el positivismo, la discreción comenzaría donde se agotaram los materiales normativos positivos, y em el modelo de Alexy la discreción se desarrollaría donde los materiales normativos y morales no fueran suficientes para discriminar entre lãs distintas respuestas correctas" (Cf. García Figueroa, Alonso. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. Doxa n. 22, 1999, pp. 207-220). Também por isso, coerentemente, García Figueroa, na mesma linha de David Richards, *aponta um positivismo latente no interior da teoria da argumentação alexyana* (Cf. Seoane, José Antonio. Um código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoria de la argumentación jurídica de Robert Alexy. In: De la argumentación jurídica a la hermenêutica. Granada, Comares, 2005, pp. 165 e segs.; Tb. D. A. Richards, "Robert Alexy, A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory os legal justification. Oxford, Clarendon, 1989).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 415 29/06/2018 15:36:00

que pode facilmente ser verificada a partir de um exame do conteúdo da produção jurídica que serve como suporte para o ensino jurídico, para os cursos de preparação para concursos e para as próprias decisões forenses e tribunalícias.

7. Essa construção dogmática é fruto de uma espécie de "adaptação darwiniana do positivismo jurídico", que funciona a partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais. Sendo mais específico: os princípios constitucionais que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, com o decorrer do tempo passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los em regras. Isto é, a conceitualização promovida pela dogmática jurídica seqüestrou o mundo prático instituidor do princípio. E, assim, tudo volta à origem, com o sacrifício da singularidade do caso concreto, ou seja, aquilo que caracteriza o direito como saber prático é obnubilado pelo modelo conceitualista que domina a operacionalidade do direito.

8. De todo modo e para evitar mal-entendidos, deveria ser despiciendo acentuar ou lembrar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma "proibição de interpretar". Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E direito é um sistema de regras e princípios, "comandado" por uma Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser - e na maior parte das vezes são - mais "abertos" em termos de possibilidades de significado, *não constitui nenhuma novidade* (até os setores que primam pela estandardização do direito[32] e que praticam uma espécie de "neopentecostalismo jurídico", já perceberam essa característica "lingüística" dos textos jurídicos). O que deve ser entendido é que a aplicação destes textos

[32] A "indústria" que mais cresce é a dos "manuais", recheados de "conceitos sem coisas". O problema alcançou níveis alarmantes no "mercado jurídico" com o surgimento dos "estudos esquemáticos" e "quadros sinópticos" dos Códigos e (até) da Constituição. A pergunta que deve ser feita é: qual é a importância acadêmico-científica de publicações que meramente reproduzem expressões do senso comum teórico (ou que expressam "contundentes obviedades"), como, por exemplo, que a interpretação doutrinária é aquela realizada por estudiosos do direito, "os quais emitem *suas opiniões pessoais* (sic) sobre a lei" e que interpretação judicial é aquela realizada pelos aplicadores do direito, ou seja, pelos juízes (sic)? Pergunta-se: hermenêutica jurídica seria algo tão singelo (ou simplista) quanto proferir uma "opinião pessoal"? Alguém duvida que a interpretação judicial é feita pelos juízes e tribunais? Mais: qual é a importância reflexiva contida na assertiva, constante em um importante manual de direito penal, de que o desenvolvimento mental incompleto é aquele que ainda não se concluiu e o desenvolvimento retardado é o que não pode chegar à maturidade psíquica? E o que o autor queria dizer com o enunciado "o motivo torpe é aquele que, por sua manifesta repugnância, ofende os princípios da moralidade social"? Ou com a seguinte "proposição": a torpeza é uma "qualidade" (sic) que ofende a nobreza do espírito humano? Veja-se a definitividade do "conceito" de grave ameaça, caracterizada em um importante manual como "o prenúncio de um acontecimento desagradável..." Por que alguém compra um livro jurídico para lhe dizer, por exemplo, que "coisa

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 416 29/06/2018 15:36:00

(isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, como que a dar razão a Kelsen, para quem *a interpretação a ser feita pelos juízos é um ato de vontade* (sic). O "drama" da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do direito conquistada principalmente no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam o direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente). Mas não é esse tipo de criação judicial que está em causa no debate Dworkin-Hart e, tampouco, nas críticas que faço ao positivismo à luz da hermenêutica filosófica.

9. Enquanto Dworkin considera o discricionarismo antidemocrático, Hart vai dizer que o poder discricionário é o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentações desses litígios (casos difíceis), por exemplo, o reenvio ao Legislativo. Embora isto possa ser negado pelas correntes positivistas, Hart representa uma espécie de pensamento médio: *aliás, há uma coisa em comum entre o positivismo e as diversas teorias da argumentação:* a distinção/divisão "casos simples - casos complexos" (fáceis e difíceis), o que demonstra a presença (e permanência) do paradigma representacional, emergente do dualismo metafísico e do esquema sujeito-objeto.

10. Como o direito é um saber prático e que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador estabelecido pelo novo paradigma do

---

alheia" no crime de furto "é aquela que não pertence à pessoa" e que "coisa móvel" é aquela que se desloca de um lugar para outro? E o que dizer do enunciado "paralisação de atividade econômica é a cessação, temporária ou definitiva, de uma atividade lucrativa"? Por que alguém adquire um livro para dizer que "adquirir" significa "obter ou comprar"? Ou que a "agressão atual", na caracterização da legítima defesa, é "aquela que está acontecendo" e a iminente é a "que está por acontecer"? Ou que "noite é a ausência de luz"? Ou, ademais, que "quadrilha necessita de quatro pessoas"? Ou, ainda, que "aquele que escreveu a carta não pode ser sujeito ativo do crime de violação de correspondência"? A lista é interminável... Talvez a mais "genial" das citações seja a de que "prova para condenar tem de ser robusta, como bem diz o festejado Malatesta" (sic), encontrada em petições, sentenças e acórdãos em todo o território nacional... (veja-se o alto teor de convencimento do "enunciado"). Por tais razões é que parcela expressiva desses manuais (refiro-me aos compêndios e similares que apenas reproduzem *standards* jurídicos à serviço dos cursinhos de preparação para concursos e outros que, com pretensões críticas, acabam reproduzindo aquilo que pretendem combater) deveria trazer, na quarta capa, uma advertência ao "consumidor", dando conta dos propósitos do autor...! Ou, se se preferir uma solução mais radical, colocar uma advertência como a que se vê nos maços de cigarro: "o uso constante deste material acarretará sérios prejuízos ao usuário".

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 417 29/06/2018 15:36:00

Estado Democrático de Direito pressupõe a construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do *modus* operacional do direito, levando em conta um texto constitucional de nítida feição compromissória e dirigente, e que, passadas quase duas décadas, longe está de ser concretizado em nosso país. Na base dessa inefetividade, para além do problema relacionado à configuração política e econômica da sociedade brasileira (democracia em consolidação, alternando longos espaços de ausência de estado de direito, a histórica desigualdade social, a cultura patrimonialista, o regime presidencialista que se mantém com governabilidade *ad hoc*, etc.), encontra-se solidificada uma cultura jurídica positivista que coloniza a operacionalidade (doutrina e jurisprudência) e o processo de elaboração das leis, a partir de um processo de retroalimentação sistêmica.

11. O problema da inefetividade da Constituição - e tudo o que ela representa enquanto implementação das promessas incumpridas da modernidade (por isto o Brasil é um país de modernidade tardia) - não se resume a um confronto entre modelos de direito. O confronto é, pois, paradigmático. E nesse confronto paradigmático, as velhas teses acerca da interpretação - subsunção, silogismo, individualização do direito na "norma geral", a partir de "critérios puramente cognitivos e lógicos", liberdade de conformação do legislador, discricionariedade do poder Executivo, o papel da Constituição como estatuto de regulamentação do exercício do poder - dão lugar - ou deveriam dar - a uma hermenêutica que não trata mais a interpretação jurídica como um problema (meramente) "lingüístico de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos"[33]. Trata-se, efetivamente, de aplicar o grande giro hermenêutico ao direito e, portanto, à Constituição.

12. O novo constitucionalismo, nascido da revolução copernicana do direito público, traz para dentro do direito temáticas que antes se colocavam à margem da discussão pública: a política, representada pelos conflitos sociais, os direitos fundamentais sociais historicamente sonegados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas *no* e *a partir do* direito. Afinal, direito constitucional é direito político (H. P. Schneider).

13. Tais perspectivas ficam nítidas a partir de um constitucionalismo compromissório e (ainda) dirigente,[34] mormente em países em que as promessas da modernidade nunca foram cumpridas (razão pela qual venho propondo a necessidade de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia). E a materialidade das Constituições institucionaliza-se a partir da superação dos três pilares nos quais se assenta(va) o positivismo jurídico (nas suas variadas formas e facetas): o problema das *fontes* (a lei), a teoria da *norma*

---

[33] Veja-se, a propósito, a contundente crítica de CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica - I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 287 e segs.

[34] Interessante notar que a tese da Constituição dirigente é boa ou má dependendo dos interesses em jogo. Como bem lembram Bercovici e Massonetto, os mesmos setores que consideram a tese da Constituição dirigente retrógrada ou "jurássica" naquilo que esta tem de compromissória no plano dos direitos fundamentais-sociais,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 418 29/06/2018 15:36:00

(o direito é um sistema de regras em que não há espaço para os princípios) e as condições de possibilidade para a compreensão do fenômeno, isto é, a questão fulcral representada pela *interpretação*, ainda fortemente calcada no esquema sujeito-objeto, d'onde permanece o modelo subsuntivo, como se a realidade fosse acessível a partir de raciocínios causais-explicativos.

14. Não se pode menosprezar o papel do positivismo ainda nos dias atuais. Com efeito, se, de um lado, o positivismo acredita que o mundo pode ser abarcado pela linguagem e que a regra - no plano do direito - abarca essa "suficiência do mundo" (portanto, uma "plenipotenciariedade ôntica), isto é, a parte do mundo que deposita na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade, de outro, faz uma profissão de fé no protagonismo judicial, revitalizando o sujeito solipsista (Selbstsüchtiger) da modernidade (que sustenta o esquema sujeito-objeto). Dito de outro modo, para as diversas posturas positivistas, na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas, chama-se à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista, tem o poder (arbitrário e discricionário) de levantar o véu que "encobre" a resposta que a regra não pôde dar.

15. É nisso que está o diferencial em favor da hermenêutica, ao denunciar - e anunciar - que a diferença entre a regra (positivista) e o princípio (constitucional) é que este está contido na regra, atravessando-a e resgatando o mundo prático.[35] E, na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo - porque sempre sobra algo - *o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto*

---

aplaudem o "dirigismo constitucional" no que tange às políticas de estabilização e a supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais (políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de isolamento da Constituição financeira relativamente à Constituição econômica) Segundo os autores, há uma inversão ideológica do discurso acerca da Constituição dirigente. Com efeito, os críticos da Constituição dirigente dizem que esta conduz à ingovernabilidade e que o "dirigismo das políticas públicas e dos direitos sociais" é prejudicial aos interesses do país. No fundo, dizem os autores, trata-se da tese da "Constituição dirigente invertida", isto é, a Constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional: "esta, a Constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada". Cfe. BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica. In: Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra n. XLIX (2006), pp. 19 e segs.

[35] Afinal - e o alerta é de Pablo NAVARRO (Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, 2001, p. 133-163) -, o positivismo jamais se comprometeu a reconhecer relevância *prática* às normas jurídicas, o que significa dizer que podemos descrever o fato de que uma norma seja válida e informar acerca do *status* jurídico de certas ações ou estados de coisas sem aderir ao conteúdo de suas prescrições.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 419 29/06/2018 15:36:00

e realidade, em que um não subsiste sem o outro (aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno).

16. Em reduzida síntese: parece não haver dúvida de que o positivismo - compreendido *lato sensu* - não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida na filosofia do direito (invasão da filosofia pela linguagem) e suas conseqüências no plano da doutrina e da jurisprudência. "Todo jurista sabe que as decisões jurídicas dependem de uma multiplicidade de fatores que não estão dados nas regras do sistema", assinala Campbell[36]. Se isto é verdadeiro - e penso que é - então como é possível continuar a sustentar o positivismo nesta quadra da história? Como resistir ou obstaculizar o constitucionalismo que revolucionou o direito no século XX? Entre tantas perplexidades, parece não restar dúvida de que uma resposta mínima pode e deve ser dada a essas indagações: o constitucionalismo - nesta sua versão social, compromissória e dirigente - não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas.

17. Isto é, contra o objetivismo do texto (posturas normativistas-semânticas) e o subjetivismo (posturas axiológicas que desconsideram o texto) do intérprete, cresce o papel da hermenêutica de cariz filosófico, que venho trabalhando sob a denominação de *Nova Crítica do Direito.*[37] Embora o avanço e a importância das teorias do discurso para o enfrentamento das demandas de um universo de direito pós-positivista, em que a jurisdição assume especial relevância, pela necessidade de controlar a indeterminabilidade das normas que não conseguem - por impossibilidade filosófica - abarcar as diversas hipóteses de aplicação, a hermenêutica de cariz filosófico pretende ir além dos discursos prévios de fundamentação trazidos pelas teorias discursivas como solução para o problema da subjetividade (e, portanto, da discricionariedade/arbitrariedade) do juiz.

18. Daí a tarefa fundamental de qualquer teoria jurídica nesta quadra da história: concretizar direitos, resolvendo problemas concretos. Nitidamente, ainda há uma resistência à viragem hermenêutico-ontológica, instrumentalizada em uma dogmática jurídica (que continua) refratária a uma reflexão mais aprofundada acerca do papel do direito no século XX. De qualquer modo, é possível afirmar, com base na tradição (autêntica) da teoria do direito, que a viragem lingüístico-hermenêutica tem apontado para a superação da metafísica clássica e da metafísica moderna. E o direito, *locus* privilegiado do processo hermenêutico - porque os textos necessitam sempre de interpretação, questão que a própria dogmática jurídica reconhece -, *não pode caminhar na contramão desse rompimento paradigmático.* Tais conclusões, exatamente porque sustentadas no paradigma da hermenêutica filosófica, não são, por isso, definitivas. Como já referido acima, a hermenêutica, por ser crítica, está inexoravelmente condenada à abertura e ao diálogo. E, como alerta Gadamer, não quer ter a última palavra!

---

[36] Cf. CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, Alicante, 2002, p. 304.

[37] Ver, para tanto, STRECK, *Hermenêutica Jurídica*, *op. cit.*; e, também, STRECK, *Jurisdição Constitucional*, *op. cit.*

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 420 29/06/2018 15:36:00

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

APEL, Karl-Otto et.al. *Hermeneutik und Ideologiekritik*. Frankfurt am Maim: Suhrkamp, 1971.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.* São Paulo: Landy, 2003.

BECKER, Alfredo Augusto. Carta ao Ministro Luiz Gallotti, 2 de dezembro de 1964. Inédito.

BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica. In: Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra n. XLIX (2006).

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 21, Alicante, 1998, p. 209-220.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. *Doxa*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 25, Alicante, 2002, p. 303-331.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica - I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, *Crítica à dogmática*, n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 37-44.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously.* Cambridge: Harvard University Press, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register*. Hermeneutik II. Tübingen: Mohr, 1990.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford Univesity Press, 1961.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

NAVARRO, Pablo Eugenio. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. *Doxa*. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 24, 2001, p. 133- 163.

PRIETO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org). Neconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta, 2003.

PUTNAM, Hillary. *Razão, verdade e história*. Lisboa: Dom Quixote, 1992.

_____. *Representation and Reality*. Massachusetts: Institute of Technology, 1988.

_____. *O realismo de rosto humano*. Lisboa: Piaget, s/d.

SEOANE, José Antonio. Um código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoria de la argumentación jurídica de Robert Alexy. In: De la argumentación jurídica a la hermenêutica. Granada, Comares, 2005.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 421 29/06/2018 15:36:00

RICHARDS, D. A. "Robert Alexy, A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory os legal justification. Oxford, Clarendon, 1989. "Robert Alexy, A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory os legal justification. Oxford, Clarendon, 1989.

STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia*. Ijuí: Unijuí, 2003.

_____. *Diferença e metafísica.* Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. *Anamnese. A filosofia e retorno do reprimido*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *Seminários sobre a verdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2004.

_____. Verdade e Consenso: Hermenêutica, Constituição e Teorias Discursivas. 2. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 422 29/06/2018 15:36:00

O DESCOMPASSO ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E A QUESTÃO AMBIENTAL. O PAPEL DO JUIZ. (*)

Rosita de Nazaré Sidrim Nassar *

1 - INTRODUÇÃO

O Direito Ambiental é a disciplina jurídica de maior relevo na atualidade porque constitui regramento de tema de interesse para a humanidade de hoje e do futuro. O descaso com a proteção ambiental permitiu que a poluição, em nível mundial, provocasse efeitos devastadores e irreversíveis, com profundas alterações na natureza, seja na fauna, com o desaparecimento de espécies animais, seja na flora, seja no clima, de modo que o problema já é conhecido individualmente pelos cidadãos e todos clamam por uma solução. Em outras palavras, não se trata mais de um problema teórico e distante das pessoas, mas que é sentido na própria pele por inúmeras delas, como é, por exemplo, o caso das vítimas das chamadas trombas d'água ou de inundações causadas por mudanças climáticas provocadas pelas modificações ambientais. O combate aos processos de degradação do meio ambiente se transformou numa inquietação geral. Enfim, a sociedade internacional passa a refletir a respeito da viabilidade da vida no planeta Terra.

Inicialmente, as legislações se restringiram a resguardar o direito à vida, considerado o mais importante dos direitos individuais. No século XX, essa preocupação se estendeu à qualidade de vida, cujo conceito se passou a formular.

O direito à qualidade do meio ambiente é hoje classificado como fundamental. É projeção do direito à vida, no qual se inclui a manutenção das condições ambientais que são suportes da própria vida.

Este novo direito fundamental foi proclamado na Declaração do Meio Ambiente, adotada pela Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em junho de 1972, cujo principio n. 1 consagra:

> *"O Homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras."*

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na Declaração do Rio de Janeiro, em 1992, reafirmou os princípios da Declaração de Estocolmo e proclamou com princípio n. 1 que:

(*) Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 43, n. 84, p. 35-48, jan./jun./2010.

* Doutor pela USP, Mestre pela Puc/RJ, Juíza do TRT da 8ª Região, Professora da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 423 29/06/2018 15:36:00

"Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza."

Na sessão de Estrasburgo, realizada em 4 de setembro de 1997, o Instituto de Direito Internacional declarou que: "todo ser humano tem o direito de viver em um ambiente sadio".

Esta nova concepção se reflete nas constituições da maioria dos países, que passaram a afirmar o direito a um ambiente sadio.

Consequência da Conferência de Estocolmo foi a criação pela Organização das Nações Unidas - ONU do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA, com sede em Nairóbi, Quênia.

De grande importância na evolução do ambientalismo foi a publicação, em 1987, do relatório das Nações Unidas "Nosso futuro comum", elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, coordenado pela então primeira-ministra da Noruega - Gro Brundtland, conhecido por isso como Relatório Brundtland, que pela primeira vez, no plano internacional, fez referência e defendeu o "desenvolvimento sustentável", definindo-o como aquele que "satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades"[1] e considerando-o incompatível com os padrões de produção e de consumo vigorantes.

Em 1992, outro expressivo evento marcou a história do crescimento da consciência ambiental no mundo. Foi a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD/UNCED), conhecida como Eco-92, que teve lugar no Rio de Janeiro, no período de 13 a 14 de julho daquele ano. Foi denominada como "Cúpula da Terra" por ter sido a maior reunião internacional de cúpula que aconteceu no mundo, tendo contado com a participação de 175 países e 102 chefes de Estado e de Governo.

Outro documento de grande relevo, produzido pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, foi a Agenda 21, que constitui um amplo programa de ação voltado para o desenvolvimento sustentável.

Merece destaque a Carta da Terra, aprovada pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura - UNESCO, para ser mundialmente difundida. No momento, encontra-se sob exame na ONU para, após sua aprovação, ter valor semelhante à Declaração dos Direitos Humanos no que tange à sustentabilidade, à equidade e à justiça.[2] É um conjunto de princípios destinados a orientar o Estado e as pessoas no que diz respeito ao meio ambiente e à atuação econômica.

---

[1] Brundtland, Gro Harlem. (Org.). Nosso futuro comum. Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: FGV, 1988.

[2] Fernandes, Fábio. Meio Ambiente geral e meio ambiente do trabalho: uma visão sistêmica. São Paulo: LTr, 2009, p. 142.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 424 29/06/2018 15:36:00

Finalmente, deve ser lembrada a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+10, realizada de 26 de agosto a 4 de setembro de 2002, em Joannesburgo, na África do Sul, com o objetivo de debater a implantação dos resultados da Rio 92. Foi considerada um fracasso em virtude da negativa de vários Estados de firmarem acordos com estabelecimento de metas e prazos.

O certo é que hoje em dia não mais se discute ser fundamental o direito à qualidade do meio ambiente, que é projeção do direito à vida, no qual se inclui a manutenção das condições ambientais que são suportes da própria vida.

2 - A PREOCUPAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE NO BRASIL

Assinala Juliana Santilli que a crítica ambiental começou a ser formulada em nosso país nos séculos XVIII e XIX.

Inicialmente, no período compreendido entre 1786 e 1888, dirigiu-se ao modelo de exploração colonial caracterizada pelo latifúndio, escravismo, monocultura, maus tratos à terra, devastação ambiental.

De 1920 a 1970 verificaram-se iniciativas de cunho preservacionista no âmbito legislativo, como por exemplo, o tratado de proteção às aves úteis para a agricultura, em 1921. Registra-se, também, a criação de parques nacionais (o primeiro deles foi o parque nacional de Itatiaia, em 1937), antecedentes da organização ambientalista com a Sociedade Amigos de Alberto Torres e a Sociedade Amigos das Árvores, bem como a edição das primeiras leis ambientais (Código de Águas, 1934; Código Florestal, 1934; Lei do Tombamento de bens culturais - Decreto-Lei nº 25/37; Código Florestal de 1965; Nova Lei de Proteção à Fauna - Lei nº 5.197, de 1967).

Durante o regime militar, houve um arrefecimento das iniciativas conservacionistas. Contudo, em 1971 foi criada a Associação Gaúcha de Proteção ao Ambiente Natural - AGAPAN, liderada por José Lutzenberger, que alertava para a utilização de agrotóxicos.

A Conferência de Estocolmo, de 1972, repercutiu positivamente em nosso país.

Em 1973, ocorreu a criação da Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA).

A Lei nº 6.938, de 1981, estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente e instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

Na década de 80, foram editadas outras importantes leis tratando da questão como são exemplos: a Lei nº 6.803/80 sobre zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição; a Lei nº 6.902/81 sobre a criação de estações ecológicas e áreas de proteção ambiental; a Lei nº 7.643/87 sobre a proibição da pesca de cetáceos nas águas jurisdicionais brasileiras (SOS-Baleias) contra a pesca da baleia jubarte e outras espécies ameaçadas de extinção no litoral brasileiro; a Lei nº

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 425 29/06/2018 15:36:00

7.679/88 sobre a proibição da pesca em período de reprodução e a Lei nº 7.802/89 sobre a regulamentação do uso de agrotóxicos.[3]

A Constituição do Brasil de 1988, refletindo a preocupação internacional com a questão ambiental, foi a primeira que tratou do tema.

José Renato Nalini realça que:

> *"O meio ambiente obteve um tratamento avançado e pioneiro na Constituição Brasileira de 1988. Explicitou-se o primeiro direito intergeracional num texto fundante do Brasil. Cada brasileiro tem compromisso com a preservação da natureza, não apenas porque o ambiente é um bem da vida essencial à sadia qualidade da existência, mas porque sem essa proteção não haverá vida no futuro. As gerações do porvir foram confiadas ao discernimento e sensatez das atuais. É uma responsabilidade imensa, que deveria repercutir na consciência de cada cidadão."*[4]

É, nas palavras de José Afonso da Silva, uma "constituição eminentemente ambientalista"[5]. Contém um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título da "Ordem Social" (Capítulo VI, do Título VIII), porém a questão espraia-se por todo o seu texto.

Merece realce o art. 225, *verbis:*

> *"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."*

Distinguem-se na evolução do ambientalismo no Brasil, dois momentos. Um inicial, restrito à preocupação puramente preservacionista. A legislação tinha como traço característico a proteção do ecossistema e espécies, sem dimensão social claramente integrada[6]. Um segundo momento, iniciado nos anos 80, quando as leis passaram a prever formas, meios de gestão dos bens socioambientais, abandonando a postura anterior que se limitava a reprimir determinadas condutas e atividades.[7] Corresponde o segundo ao aparecimento do socioambientalismo, cujo início coincide com a redemocratização do país e consolida-se com a Constituição de 1988. Na concepção socioambientalista as políticas públicas ambientais devem incluir as comunidades locais, que possuem conhecimento e prática de manejo ambiental. Fulcra-se na ideia da instituição de um novo paradigma de desenvolvimento, necessário num país que apresenta grandes diferenças sociais que se preocupe em proporcionar não apenas a sustentabilidade de espécies, ecossistemas e processos ecológicos, mas também

---

[3] Cf. Juliana Santilli. Socioambientalismo e Novos Direitos: proteção Jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Petrópolis, 2005.

[4] O Juiz e a Constituição Ecológica. *In*: Juízes Doutrinadores. Campinas: Millenium, 2008, p. 45.

[5] Direito Ambiental Constitucional. p. 46.

[6] Cf. Santilli, op. cit., p. 29.

[7] Idem, p. 29-30.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 426 29/06/2018 15:36:00

com a sustentabilidade social, isto é, deve concorrer para a diminuição da pobreza e desigualdades sociais e promover valores como justiça social e equidade.[8]

Segundo Boaventura de Sousa Santos, trata-se de um novo paradigma de desenvolvimento, ecossocialista, no qual o desenvolvimento social é avaliado pela maneira como são atendidas as necessidades fundamentais e é tanto maior em nível global, quanto mais diverso e menos desigual. Ele se contrapõe ao paradigma do desenvolvimento, capital-expansionista, em que o desenvolvimento é medido essencialmente pelo crescimento econômico, apoiado na industrialização e no avanço tecnológico.

3 - A INÉRCIA DO DIREITO DO TRABALHO

Como se procurou demonstrar, no tópico acima, muito caminhou o Direito Ambiental. Abandonou uma atitude meramente preservacionista, assumindo com o socioambientalismo uma dimensão social com nítida preocupação com o homem e com a realização da justiça social.

Surpreendentemente, o Direito do Trabalho que historicamente se propôs a realizar a Justiça Social permaneceu inerte diante de todo este crescente avanço da consciência ambiental.

Esta inércia talvez seja explicável pelo fato de que, ao contrário da mentalidade hoje em dia reinante, durante muito tempo, via-se a quantidade de fumaça sobre uma cidade como um sinal altamente promissor, indicativo de prosperidade. Apregoava-se que a solução para a miséria do mundo adviria da conjugação do desenvolvimento tecnológico com o econômico. Igualmente, acreditava-se que os recursos naturais seriam infinitos. Os acidentes de trabalho, incluindo as doenças profissionais, os envenenamentos por agrotóxicos, dentre outros, eram vistos como incidentes naturais do caminho que levaria ao objetivo final.[9]

Carlos Minc observa que nos últimos trinta anos a questão ambiental foi paulatinamente sendo absorvida no âmbito das políticas públicas, da pesquisa e do ensino, dos movimentos sociais, dos programas partidários e da gestão de empresas, todavia, sob o enfoque dos trabalhadores e do ambiente das fábricas é muito pouco estudada e desenvolvida. Assinala existirem experiências vitoriosas contra a contaminação dos ambientes de trabalho, mas que não foram divulgadas, analisadas

---

8 Idem, p. 34.

9 Nada obstante, encontrarmos desde o século XVIII e XIX leis de relevância ambiental, referentes à emissão de fumaça na legislação inglesa do século XVIII e, no século XIX, leis relacionadas às emissões para a atmosfera ou a poluição da águas e leis sobre a conservação do meio natural, dos habitats e das espécies de flora e fauna silvestre - (SEILLAN, Hubert. Obligations et responsabilites em droit du travail et em droit de l'environnment. Droit et Ville: revue de l'Institut des Études Juridiques de l'urbanisme et de la Construction, Paris, n. 37, 1994 citado por Guilherme José Purvin de Figueiredo. Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores. São Paulo: LTr, 2000, p. 21.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 427 29/06/2018 15:36:00

ou assumidas pelos movimentos sindicais e ambientalistas. Para ele, a atrofia do tema da ecologia do trabalho deve-se, em parte, ao fato de que a maioria dos sindicalistas ainda não se deu conta das causas das doenças profissionais e da perda da qualidade de vida no ambiente das fábricas, permanecendo sua ação vinculada a questões de emprego e salário[10]. Destaca o autor que:

> *"numerosos dirigentes sindicais ainda se mobilizam mais para a cobrança dos adicionais de insalubridade e de periculosidade do que para substituir as tecnologias sujas que agridem os pulmões, os tímpanos e a psique dos trabalhadores, diminuindo sua expectativa de vida."*[11]

E acrescenta:

> *"Nos casos de trabalho arriscado e insalubre, a cobrança desses adicionais é mais do que justificada, mas advertimos em diversas assembléias de trabalhadores que este mecanismo equivalia à venda dos pulmões em suaves prestações mensais."*[12]

Em outro trecho, comenta Minc:

> *"A classe trabalhadora brasileira ainda luta pelo adicional de insalubridade para compensar o envenenamento diário e o envelhecimento precoce. As Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPAs), em grande parte, ainda operam com o conceito de acidente de trabalho stricto sensu - dedos cortados, narizes quebrados, queda de andaimes. Propõem normas de prevenção de acidentes e o uso de equipamentos de proteção coletiva (EPCs), como redes e alarmes, e de equipamentos de proteção individual (EPIs), como máscaras. A maioria das CIPAs pouco atua sobre os ambientes de trabalho e sobre as áreas em torno das fábricas que recebem poluição por terra, água e ar, onde se verifica uma segunda jornada de contaminação."*[13]

Atribui que o descaso com a questão ambiental nos locais de trabalho advém da intensa divulgação pela mídia - que considera positiva - da ameaça aos ecossistemas, da beleza das florestas, pouco se preocupando em mostrar a poluição dentro das fábricas e a luta por tecnologias limpas.[14]

Por outro lado, considera com propriedade que:

> *"a maior parte dos ambientalistas ainda vê as fábricas como monstros que soltam fogo pelas ventas, que poluem o ar, o solo, nossos rios e praias; eles pouco sabem da vida daqueles que estão sendo intoxicados no seu interior e que poderiam se constituir no grande aliado na luta contra a degradação, o lixo químico, os gases do efeito estufa, exatamente por terem conhecimento dos sistemas produtivos poluentes e serem suas principais vítimas."* [15]

---

[10] Ecologia do Mundo do Trabalho. *In*: 21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento/coordenação André Trigueiro. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 231.

[11] Idem, p. 232.

[12] Idem, ibidem.

[13] Idem, p. 236.

[14] Idem, p. 231.

[15] Idem, p. 232.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 428 29/06/2018 15:36:00

É sabido que a ideia de meio ambiente engloba também o meio ambiente de trabalho, local em que o empregado exerce suas atividades profissionais. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado alcança também o espaço em que o trabalho se desenvolve. O art. 200 da Constituição de 1988, ao tratar das atribuições do sistema único de saúde determina no inciso VIII que a ele compete colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Assim, fica dissipada qualquer dúvida acerca da inserção do ambiente de trabalho na tutela do meio ambiente de modo geral.

Aliás, cumpre aqui observar que a questão ambiental, como um todo, está intimamente ligada ao Direito do Trabalho. A Revolução Industrial, ao mesmo tempo em que ocasionou as condições econômicas e sociais que culminaram com a intervenção do Estado no processo produtivo e consequente criação do Direito do Trabalho, iniciou, em proporções até então nunca vistas, o processo de degradação do meio ambiente natural e humano.[16]

Esta situação seria aceitável se os trabalhadores tivessem sido, como num passe de mágica, preservados dos efeitos maléficos da poluição, o que infelizmente não é verdadeiro. Ao contrário, são intoxicados e ensurdecidos pela poluição térmica dos altos-fornos, perdem sua capacidade pulmonar em virtude da ação de gazes químicos, do pó de sílica e do asbesto, além de serem submetidos a Lesões por Esforços Repetitivos (LER), Distúrbios Osteo-Musculares - DORT, sobretudo quando desempenham suas atividades em serviços informatizados, colocando em risco a saúde dos músculos, articulações e coluna.

A Organização Internacional do Trabalho - OIT atesta, estatisticamente, que 95% dos danos ambientais causados aos mais diversos ecossistemas naturais se originam no microambiente do trabalho, o que demonstra total inobservância ao princípio da prevenção.[17]

Outrossim, a OIT estima que, no mundo, anualmente, entre 1,9 e 2,3 milhões de pessoas perdem suas vidas enquanto trabalham. São 5500 mortes diárias - três a cada minuto, em virtude de acidentes de trabalho, um milhão e seiscentos mil em razão de doenças relacionadas ao trabalho, doze mil dos quais são crianças.[18]

Ainda que o Direito do Trabalho tenha sido o ramo jurídico que apresentou as primeiras normas voltadas para a preservação da saúde no ambiente específico

---

[16] Cf. Guilherme José Purvin de Figueiredo. Direito Ambiental e a saúde dos trabalhadores. São Paulo: LTr, 2000, p. 21.

[17] Cf. Fábio de Assis F. Fernandes. A Constituição de 1988 e o Meio Ambiente do Trabalho. O Princípio da Prevenção no Meio Ambiente do Trabalho. O Ministério Público do Trabalho e o Licenciamento Ambiental. Estudo Prévio e Relatório de Impacto Ambiental. Audiência Pública. CIPA e os Programas de Prevenção e Controle de Saúde e Segurança do Trabalhador. *In*: Direitos Sociais na Constituição de 1988 - Uma análise crítica vinte anos depois. Cláudio José Montesso, Marco Antônio de Freitas e Maria de Fátima Coelho Borges, coordenadores. São Paulo: LTr, 2008, p. 96.

[18] Idem, ibidem.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 429 29/06/2018 15:36:00

de trabalho, permaneceu praticamente estagnado no tratamento da matéria. Na esfera do direito laboral, o movimento ambientalista quase não repercutiu. As normas de direito material do trabalho permanecem sem modificação. Nenhuma mudança significativa foi introduzida com o intuito de acompanhar a nova mentalidade.

As soluções que propõe são bastante tímidas no que tange à tutela da vida e da saúde do trabalhador. Resumem-se, basicamente, a um sistema de tarifação por adicionais de insalubridade e periculosidade, sendo que estes somente podem ser deferidos com base em laudo pericial ou quando a atividade se ache previamente enquadrada em norma regulamentadora do Ministério do Trabalho e Emprego, ou ainda diante da existência do nexo técnico epidemiológico, constatado por perícia médica (art. 21 - A, Lei nº 8.213/91).

Na realidade, consoante assinala Flávia Moreira Guimarães Pessoa, pode-se tranquilamente dizer que os adicionais de insalubridade, de periculosidade e penosidade não constituem direitos fundamentais do trabalhador. Este é titular do direito fundamental a um meio ambiente isento da atuação de agentes insalubres, perigosos e penosos. Quando se aceita a tarifação da insalubridade e da periculosidade significa acatar o trabalho humano nessas condições e tal proceder não pode ser considerado direito fundamental do empregado.[19]

Há, inclusive, quem sustente haver em nossa Constituição uma contradição entre as normas contidas nos incisos XXII e XXIII do art. 7º, pois a primeira estabelece como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, a redução dos riscos inerentes ao trabalho e, a segunda, contrapõe ao risco o direito ao adicional de insalubridade e periculosidade. Tal situação revela aparente contradição. Em vez de eliminar o risco, este é monetarizado, com o pagamento do adicional, com prejuízo da saúde.[20]

Por outro lado, a Constituição se refere à penosidade que, até hoje, não foi regulamentada.[21]

O surgimento do Direito e da consciência ambiental, a relevância assumida pelo respeito aos direitos do homem de um modo geral não atingiu, pelo menos com a intensidade que se esperava ou desejava, o Direito do Trabalho.

Certo é que os empregadores e, mesmo os operadores do direito, ainda não deram a importância devida às normas de medicina e segurança do trabalho.

Esta situação é absolutamente contraditória com a ênfase dada aos direitos humanos na atualidade, ao princípio da dignidade, que, sem dúvida, alcança o respeito à saúde do homem que trabalha para sobreviver colocando sua força de trabalho à disposição de outrem.

---

[19] Curso de Direito Constitucional do Trabalho. Uma abordagem à luz dos direitos fundamentais. São Paulo: Jus Podivm, 2009. p. 99.

[20] Feliciano, Guilherme Guimarães. Meio Ambiente do Trabalho (Aspectos Gerais e Propedêuticos). Neófito-Informativo Jurídico. Editor www.neofito.com.br. Publicado em 24.10.2002, p. 8.

[21] Idem, p. 12.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 430 29/06/2018 15:36:00

A Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe alteração não muito significativa porque permaneceu na órbita da reparação pecuniária quando incluiu na competência material da Justiça do Trabalho a apreciação dos conflitos oriundos de acidentes de trabalho, até então, pertencentes à esfera da Justiça Comum. De qualquer modo, foi positiva eis que a matéria tem mais afinidade com este ramo do Judiciário e com os princípios norteadores do Direito que ali se aplica tradicionalmente, dentre os quais, destaca-se o princípio protetor do economicamente mais fraco, de acordo com o qual a desigualdade econômica é compensada com uma superioridade de tratamento jurídico. Contudo a solução proposta permanece no âmbito do pagamento de indenizações por dano moral, estético e material.

4 - A POSIÇÃO DO JUIZ DIANTE DA OMISSÃO DA LEI NA QUESTÃO AMBIENTAL

Há muito que se diz que o juiz não pode ser uma entidade distante da realidade, um aplicador mecânico das leis existentes. Há muito vem se propugnando uma inserção maior do magistrado na vida da comunidade e seu engajamento e envolvimento com os problemas que ela apresenta.

No entanto, o juiz permanece atrelado ao positivismo, ao mito da lei, da legalidade e outros que compõem a ideologia dominante. Segundo Luis Gustavo Grandinetti, "O aplicador da lei se sente mais seguro prestando obediência a ela, ainda que cegamente e sem considerar a justiça da decisão, do que se aventurando por caminhos desconhecidos que soam como paixões avassaladoras."[22] Grandinetti diz que o juiz positivista exerce um poder controlado, porque faz parte de uma trama de poder que o submete, tal como o ego é controlado pelo superego na teoria psicanalítica de Freud. Desse modo fica comprometida a subjetividade do juiz e o poder criador da jurisprudência.[23]

Seguindo esta trilha, na esfera do ambiente do trabalho, diante de tamanha omissão legislativa, o juiz se limita a mandar pagar adicionais e indenizações. Nenhuma medida preventiva é prevista em lei. As obrigações de fazer que pode impor são restritas às ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho ou sindicatos, mas que se resumem a mandar cumprir a lei que, como já disse, apresenta acentuado descompasso com a evolução da mentalidade no que concerne ao ambiente.

Esta situação coloca o operador do Direito, designadamente o juiz, diante de um quadro que pode ser qualificado como dramático, pois mesmo quando consciente de sua condição de "sujeito criador da decisão"[24] depara-se com a

---

[22] Constituição e Ativismo Judicial - Uma perspectiva interdisciplinar. *In*: Liber Amicorum - Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. São Paulo-Coimbra: Coimbra, 2009. p. 622.

[23] Idem, p. 623.

[24] Idem. Ibidem.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 431 29/06/2018 15:36:00

hipótese em que o empregado trabalha em condições totalmente adversas à saúde, mas não há norma as enquadrando como insalubres, e opta pelo criticado caminho da monetização, tem, fatalmente, sua decisão reformada pelas instâncias superiores.

O poder criador e renovador da jurisprudência está - ou sempre esteve - contaminado por mitos que amarram a atuação judicial.

Mais do que nunca se impõe o abandono da concepção positivista e singela de que a tarefa do juiz se esgota na aplicação da lei ao caso concreto. A ele se atribui o papel de realizador das promessas contidas na Constituição. A responsabilidade social do juiz se torna ainda maior quando as políticas públicas não atribuem a importância devida ao meio ambiente e a cidadania não assume sua posição protagônica.[25]

Na hipótese da questão ambiental a solução encontra-se consagrada pelo ordenamento jurídico constitucional que erigiu a proteção do ambiente como direito e dever fundamental da pessoa humana. Nossa Lei Maior, em capítulo próprio, constante do Título que trata da ordem social, reconhece o direito ao ambiente como direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade e consagra a tutela ambiental, como objetivo e tarefa estatal. Enfim, a proteção do ambiente é direito fundamental, além de constituir tarefa e dever do Estado e da sociedade.[26]

A maior justificativa para a existência do Estado está no respeito, proteção e promoção da dignidade dos seus cidadãos, individual ou coletivamente considerados. Para tanto é imprescindível que realize os direitos fundamentais, eliminando os obstáculos opostos à sua concretização.[27]

Em consequência, é obrigado a permitir o gozo, o desfrute da qualidade ambiental por se tratar de condição indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, afastando todo e qualquer óbice à concretização desse direito. O Estado assume, na palavras de José Carlos Vieira Andrade, o papel de "guardião e amigo dos direitos fundamentais".[28]

O Poder Judiciário, logicamente, participa desse processo de efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais o de tutelar o meio ambiente, devendo pautar sua atuação pelo dever constitucional de "guardião" do direito fundamental ao ambiente, eliminando as ações e omissões que o desrespeitem. Ao direito fundamental ao ambiente, como aos demais direitos e garantias fundamentais, é assegurada aplicabilidade direta conferida pela Constituição (art. 5º, § 1º). Ademais, o direito fundamental ao ambiente e às regras que compõem seu núcleo básico é protegido contra o poder de reforma constitucional, integrando

---

[25] Op. cit., p. 47.

[26] Cf. Ingo Wolfgang Sarlet & Tiago Fensterseifer. O papel do Poder Judiciário na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. *In*: Revista de Direito Ambiental. Ano 13, nº 52, out.-dez.2008, p. 75.

[27] Idem, p. 77.

[28] Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, p. 143.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 432 29/06/2018 15:36:00

as chamadas cláusulas pétreas. Outrossim, as normas constitucionais sobre meio ambiente revestem-se de eficácia plena, não podendo, por esta razão, depender de prévia regulamentação legal para serem aplicadas. Geram imediatamente "posições subjetivas e efeitos objetivos passíveis de uma 'judicialização' por meio das ações constitucionais e outras formas de tutela consagradas pelo sistema jurídico-constitucional de nosso país." [29]

Existe um novo paradigma hermenêutico no Brasil, de acordo com o qual o operador do direito em primeiro lugar deve buscar o texto constitucional, em vez de proceder como outrora, em que examinava primeiro a portaria, a ordem de serviço, o regimento, o regulamento, o decreto, a lei e só, no final, dirigia-se para a Constituição. Esta, tornou-se, nos dias de hoje, o centro irradiador de valores.[30]

Bastante expressiva a lição de Clèmerson Merlin Clève sobre o tema:

> *"A Constituição tem lugar no começo e no fim do trabalho hermenêutico. Centro, fundamento e filtro, o direito constitucional agora é outro. Não é mais um discurso de especialistas, uma linguagem apenas para os iniciados. Ao contrário, é agora língua comum, idioma compartilhado por todos os juristas (para não falar dos cidadãos), uma espécie de língua franca na medida em que não há possibilidade de aplicar o Direito (qualquer ramo do Direito) sem, ao mesmo tempo, transitar pelo direito constitucional."* [31]

A propósito se pronuncia Nalini:

> *"Num país em que o Parlamento se preocupa mais com CPIs e em que o Executivo legisla, o Judiciário precisa assumir um protagonismo novo. Não é necessário abandonar o abrigo da segurança jurídica. Na velha configuração piramidal do ordenamento jurídico, a Constituição continua a ser o ápice. Que seja para valer. A formação bacharelesca do operador do direito no Brasil é eminentemente positivista e dogmática. Mas que essa dogmática não seja direcionada a esvaziar a vontade constituinte, porém se converta na dogmática constitucional emancipatória, ou também chamada dogmática constitucional da efetividade. É a doutrina que emergiu no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988, texto convertido em repositório de tantas esperanças na redemocratização do país e no resgate dos valores sacrificados pelo mau uso da política."* [32]

Este modo de agir vincula-se ao novo papel processual conferido aos juízes e tribunais, na esfera das relações processuais, principalmente quando se tratar de processo de natureza coletiva, no sentido de um "agir proativo e protetivo" para com o direito material especialmente considerando a sua vinculação aos direitos fundamentais, como na hipótese do direito a viver em um ambiente sadio

---

[29] Idem, p. 84.

[30] Cf. Nalini, José Renato. Op. cit., p. 53.

[31] Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. *In* Paulo Bonavides e Fayga Silveira Bede (coords.), Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

[32] Op. cit., p. 48.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 433 29/06/2018 15:36:01

e equilibrado. Significa seguir o paradigma sistêmico, assim denominado por João Batista Gomes Moreira, o qual privilegia a força normativa dos princípios constitucionais e preconiza que o juiz aja na qualidade de agente político ligado à concretização da ordem de princípios e valores constitucionais fundamentais.[33]

Nesta linha, magistrados trabalhistas, reunidos em congresso nacional, realizado em 2006, aprovaram tese que enfatiza os princípios hermenêuticos da máxima efetividade da força normativa da Constituição, somente autorizando o trabalho insalubre, perigoso ou penosos nos casos em que o atual estágio de evolução da técnica não permitir a elisão do agente danoso.[34]

Este comportamento está igualmente relacionado com o denominado ativismo judicial, o qual pressupõe duas dimensões: a) a inserção do juiz no processo histórico; e b) o juiz como indivíduo e toda a carga das influências recebidas no curso de sua formação (apropriação do mundo externo para formação de seu mundo interno).[35]

Esclarece Luís Roberto Barroso que o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de uma forma específica e proativa de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido e alcance. Verifica-se, de modo geral, quando há retração do Poder Legislativo, que, consequentemente, não atende as demandas sociais de maneira efetiva. Acrescenta que a idéia de ativismo está ligada a uma participação maior e mais intensa do Poder Judiciário, com o fito de tornar efetivos os valores e fins constitucionais, com interferência mais ampla nas esferas dos outros dois poderes. Constituem manifestações do ativismo: a) a aplicação direta da Constituição a hipóteses não expressamente indicadas em seu texto, sem necessidade de regulamentação pelo legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos, de acordo com critérios menos rígidos que os de clara e ostensiva violação da Constituição e c) o estabelecimento de obrigações de fazer e de não fazer ao poder público, principalmente em matéria de políticas públicas.[36]

O ativismo judicial, na definição de Grandinetti, "designa um complexo de condutas ativas por parte da magistratura, que vão desde a interpretação da lei até a produção de provas de ofício".[37]

É sem dúvida uma solução difícil de ser concretizada, pois exige mudança do comportamento da magistratura como um todo, a qual deve se operar com equilíbrio e responsabilidade para não cair na arbitrariedade, na discricionariedade, na vontade do juiz se antepondo a tudo o mais. Todavia, é transformação que se impõe para resgatar o papel criador do juiz e da jurisprudência, hoje consubstanciada numa repetição sem fim de fórmulas vazias, com o intuito precípuo de assegurar a eficácia constitucional de todos os direitos sociais.

---

[33] Cf. Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, op. cit., p. 81.

[34] Cf. Flávia Moreira Guimarães Pessoa. Op. cit., p. 99.

[35] Cf. Luiz Gustavo Grandinetti, op. cit., p. 627.

[36] http://.conjur.com.br/2008-de-22/judicialização ativismo e legitimidade democrática, texto publicado em 22.12.2008, consulta 07.04.2010.

[37] Idem, p. 627.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 434 29/06/2018 15:36:01

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em http://.conjur.com.br/2008-de-22/judicialização. Publicado em 22.12.2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDE, Fayga Silveira. (Coords.). **Constituição e Democracia**: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. (Org.). Nosso futuro comum. **Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: FGV, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. **Neófito-Informativo Jurídico**. Disponível em: http:// www.neofito.com.br. Publicado em 24.10.2002.

FERNANDES, Fábio. **Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho**: uma visão sistêmica. São Paulo: LTr, 2009.

FERNANDES, Fábio de Assis F.. A Constituição de 1988 e o meio ambiente do trabalho. O princípio da prevenção no meio ambiente do trabalho. O Ministério Público do Trabalho e o licenciamento ambiental. Estudo prévio e relatório de impacto ambiental. Audiência pública. CIPA e os programas de prevenção e controle de saúde e segurança do trabalhador. *In*: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio de; BORGES, Maria de Fátima Coelho (Coord.). **Direitos sociais na Constituição de 1988:** uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTr, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2000.

FREITAS, Tiago Fidalgo de. "O Princípio da proibição de retrocesso social". *In:* **Estudos em Homenagem ao Professor Marcello Caetano. No centenário do seu nascimento**. V. II. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

GRANDINETTI, Luis Gustavo. Constituição e ativismo judicial - Uma perspectiva interdisciplinar. *In*: COUTINHO, Aldacy *et al* (Coord.) **Liber Amicorum**: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra- São Paulo: Coimbra, 2009. p. 613-629.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2004.

MINC, Carlos. Ecologia do Mundo do trabalho. *In*: TRIGUEIRO, André (Coord.). **21 especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

NALINI, José Renato (Coord.). **Juízes Doutrinadores**. Campinas: Millennium, 2008.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. Uma abordagem à luz dos direitos fundamentais. São Paulo: Jus Podivm, 2009.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 435 29/06/2018 15:36:01

REIS NOVAIS, Jorge. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. (Org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002 (Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 1.)

_____. (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002 (Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3.)

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. *In*: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). **Introdução crítica do Direito**. 4. ed. Brasília: UNB, 1993, p. 42-47. (Série O direito achado na rua, v. 1). Texto preparado com base em sua tese de doutoramento apresentada à Universidade de Yale em 1973 sob o título Law against law: legal reasoning in Pasargada law.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. **Revista de Direito Ambiental**, ano 13, n. 52, out./dez.2008.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O "direito ao mínimo de existência condigna" como direito fundamental a prestações estaduais positivas - uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/ 02 (rendimento social de inserção). **Jurisprudência Constitucional 1.** jan./mar.2004.

_____. **Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 436 29/06/2018 15:36:01

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A JURISPRUDÊNCIA UNIFICADA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST: avanço ou retrocesso. (*)

Maria de Nazaré Medeiros Rocha *

A Constituição de 1988 introduziu no direito brasileiro uma forte carga de princípios e valores, e entre os novos bens jurídicos protegidos em âmbito constitucional, encontra-se o meio ambiente saudável.

As normas de cunho ambiental não foram novidades no Direito brasileiro, uma vez que o Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 1967) e o Código Florestal (lei 4.771/1965) são anteriores ao texto de 1988.

Todavia, mesmo não sendo novidade, a proteção ambiental somente alçou esfera constitucional com a Carta de 1988. O núcleo normativo do direito ambiental contido no artigo 225 da Carta Magna atual, inserido no título constitucional denominado da "Ordem Social", faz concluir que o meio ambiente é um direito social do homem, e que, por este motivo, infere-se que o conteúdo da norma matriz, trazido pelo mencionado artigo, reflete o preceito de que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A previsão expressa no art. 5º, inc. LXXIII da CRFB/88, que se refere aos direitos e garantias fundamentais, leva-nos à conclusão de que a ação constitucional, visando a defesa do meio ambiente, traduz-se como um direito fundamental do ser humano.

No Brasil, antes da Constituição de 1988, foram editadas leis e regulamentos que resguardavam o meio ambiente e buscavam reprimir a poluição, tais como o Código Florestal (1965), a Lei de Proteção à Fauna (1967) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981).

Assim, na esfera ambiental, em termos de legislação, o Brasil sempre esteve à frente da maioria dos países do mundo; entretanto, é inegável que a constitucionalização desta matéria trouxe consigo benefícios e consequências diversas para a sociedade brasileira.

> *"Mais do que um abstrato impacto político e moral, a constitucionalização do ambiente traz consigo benefícios variados e de diversas ordens, bem palpáveis, pelo impacto real que podem ter na (re)organização do relacionamento do ser humano com a natureza."*[1]

(*) Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 44, n. 87, p. 77-84, jul./dez./2011.

* Juíza Titular da 7ª Vara do Trabalho de Belém/TRT 8ª Região. Mestranda pela Universidade Federal do Pará na área de Direito Ambiental do Trabalho.

[1] BENJAMIN, Antônio Herman. "A constitucionalização do ambiente e a ecologização da constituição brasileira". In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.) - Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 437 29/06/2018 15:36:01

A lição de Antônio Herman Benjamin citada acima utiliza duas figuras: os benefícios e as consequências derivantes da constitucionalização do direito ao meio ambiente equilibrado, que melhor ilustra os efeitos da inserção deste valor na Constituição de 1988.

Os benefícios são expressos de duas formas diferentes. A primeira diz respeito à reorganização profunda da estrutura de direitos e deveres, assim como da própria ordem jurídica - são os benefícios substanciais, materiais ou internos. A segunda relaciona-se com a prestação legislativa positiva e com a implementação das normas de tutela ambiental - são os benefícios formais ou externos.

Os benefícios substanciais da constitucionalização do direito ambiental são, conforme lição de Antônio Herman Benjamin: 1) o estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar, base do regime de explorabilidade limitada e condicionada; 2) a ecologização da propriedade e da sua função social; 3) a proteção ambiental como direito fundamental; 4) a legitimação constitucional da função estatal reguladora; 5) a redução da discricionariedade administrativa; e 6) a ampliação da participação pública.

Já os benefícios formais são: 1) a máxima preeminência e proeminência dos direitos, deveres e princípios ambientais; 2) a segurança normativa; 3) a substituição do paradigma da legalidade ambiental; 4) o controle de constitucionalidade da lei em matéria ambiental; e, finalmente, 5) o reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais.

A constitucionalização deste direito garante remédio jurídico contra a ineficácia do Estado, ou inércia do poder legislativo. Deste ponto de vista, percebe-se que o direito ao meio ambiente é principalmente campo jurídico no qual o Estado deverá intervir, uma vez que cabe a este garantir ativamente, por meio de políticas públicas e edição de normas, o seu cumprimento.

Em referência ao benefício substantivo previamente citado, têm-se a proteção ambiental como direito fundamental e, conforme dito anteriormente, *'a proteção ao meio ambiente abandona definitivamente o papel de interesse secundário ou acidental no ordenamento jurídico passando a compor o rol dos mais clássicos direitos fundamentais, em paralelo, quanto à importância ao direito de propriedade'*. [2]

O tratamento dado ao meio ambiente na atual Constituição é, sem dúvida, um dos mais amplos em termos de divisão de competências legislativas e fiscalizadoras, tutela e gestão de recursos ambientais. José Afonso da Silva afirma que: *"... o capítulo do meio ambiente é um dos mais importantes e avançados da Constituição de 1988..".*

Assim, o art. 225 da Constituição atual encerra em si todo o capítulo acerca do meio ambiente, contendo, em consequência, uma carga normativa densa. Este artigo traz regular competência, legitimidade, proteção e gestão dos recursos naturais, em conformidade com as tendências da época ditadas pela Declaração de Estocolmo, de 1972, e pela Carta Mundial da Natureza, de 1982.

Saraiva. 2007, pgs. 63 a 69.

[2] BENJAMIN, Antônio Herman. Op. cit. pg. 73.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 438 29/06/2018 15:36:01

Primeiramente, sustenta, em seu *caput*, conceito jurídico geral e indefinido de proteção ao meio ambiente, declarando-o como direito de todos a um meio ambiente equilibrado.

Prossegue com a caracterização definitiva da proteção ambiental no ordenamento brasileiro como direito difuso, ao mencionar que o meio ambiente é de uso comum do povo e essencial para a vida humana, legitimando, finalmente, não somente a intervenção do poder público nas relações privadas, mas também a intervenção do próprio cidadão para com a defesa do meio ambiente equilibrado.

Destarte, o conceito de meio ambiente se traduz em três vertentes, o meio ambiente verde, isto é, o natural, composto pela flora, fauna, solo, água, atmosfera etc. (art. 225, §1º, I, VII, da CRFB/88); o meio ambiente artificial, constituído pelo conjunto de edificações particulares ou públicas (art. 182, art. 21, XX e art. 5º, XXIII, da CRFB/88); e o meio ambiente do trabalho, segundo o qual se constituem as condições existentes no local de trabalho relativas à qualidade de vida do trabalhador (art. 7º, XXXIII e art. 200, VIII, da CRFB/88).

Este artigo concentra-se na última vertente, excluindo-se de seus limites as demais. Nesta perspectiva, procura-se analisar as relações entre o meio ambiente do trabalho e o direito processual do trabalho, especificamente, quanto à forma como a jurisprudência trabalhista recepcionou e entendeu este novo bem tutelado.

Neste sentido, sabemos que o Estado está obrigado à proteção dos trabalhadores, sendo tal obrigação inserida na legislação constitucional em vigor, que previu a redução dos riscos inerentes ao trabalho como direito fundamental do trabalhador, traduzida não só por meio das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (art. 7º, XXII), como também pelas atribuições do sistema de saúde quanto à proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (art. 200, VIII). Portanto, resta evidente que esta proteção se estende também ao ambiente do trabalho, isto é, ao local onde são desenvolvidas as atividades do trabalhador.

A atual abordagem do legislador constitucional revela um moderno enfoque no que tange ao conceito de meio ambiente do trabalho, transcendendo a questão individual do obreiro eis que se espraia para toda a sociedade, na medida em que o meio ambiente de trabalho faz parte do conceito mais amplo de meio ambiente saudável e equilibrado.

Portanto, o meio ambiente sadio do trabalho é reconhecido como uma obrigação social constitucional do Estado, sendo um direito transindividual e difuso, eis que de todo trabalhador, com inserção na categoria dos direitos humanos fundamentais (artigo 5º, § 2º, da CRFB/88), de aplicabilidade imediata.

Júlio César de Sá da Rocha define meio ambiente do trabalho como todos os fatores presentes no local de trabalho que envolvem a saúde do trabalhador, seja no aspecto físico ou no aspecto mental. Para ele:

> *"o meio ambiente do trabalho representa todos os elementos, inter-relações e condições que influenciam o trabalhador em sua saúde física e mental, comportamento e valores reunidos no locus do trabalho, caracterizando-se, pois, como a soma das*

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 439 29/06/2018 15:36:01

influências que afetam diretamente o ser humano, desempenhando aspecto chave na prestação e performance do trabalho."[3]

Não obstante a norma infraconstitucional, especialmente, a Consolidação das Leis do Trabalho (Lei nº Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943), há tempos, preocupar-se com a preservação da qualidade ambiental do local de trabalho, quando trata da saúde e segurança do trabalhador em seu art. 154 e seguintes, do Título II, Capítulo V e no Título III - Normas Especiais de Tutela do Trabalho, como também através da previsão de elaboração do Programa de Controle Médico e de Saúde Ocupacional e do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, além da necessidade de criação das CIPA's - Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (art. 163, CLT), esta não atentou para a perspectiva do meio ambiente saudável do trabalho, na medida em que se limitou a fixar normas restritas à proteção da saúde da pessoa do trabalhador, apenas monetizando os riscos do trabalho, mediante previsão de pagamento de adicionais (insalubridade e periculosidade), desobrigando o empregador da implantação de medidas gerais de saneamento ambiental.

No entanto, em rápida análise realizada entre as Orientações Jurisprudenciais e Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, observa-se um total descompasso, senão um retrocesso, entre a produção jurisprudencial em vigor e o conceito prático e atual do valor trazido pela Constituição de 1988 referente ao meio ambiente do trabalho.

De fato, observamos, em nossa pesquisa preliminar, que das 411 Orientações Jurisprudenciais (OJ) atuais, emanadas da Seção de Dissídios Individuais (SBI-I), do Tribunal Superior do Trabalho, apenas 36 delas tratam de matéria indiretamente ligada à saúde do trabalhador, eis que se referem: **1º)** pagamento dos adicionais de periculosidade, insalubridade e de risco (OJ´s nºs 03, 04, 165, 171, 172, 173, 259, 278, 279, 324, 345, 347, 385, 402 e 406); **2º)** da fixação: da jornada de trabalho e dos turnos ininterruptos de revezamento (OJ´s nºs 169, 178, 273, 274, 275, 323, 360 e 388); **3º)** das horas extras, horas intrajornadas, horas 'in itinere' e hora noturna (OJ´s nºs 47, 60, 97, 342, 354, 355, 372, 380, 381 e 395); e **4º)** do pagamento de repouso semanal remunerado e feriados (OJ´s nº 103, 394 e 410).

Enquanto que das 77 Orientações Jurisprudenciais Transitórias emanadas da Seção de Dissídios Individuais - SDI-I Transitória, do Tribunal Superior do Trabalho, somente 05 delas referem-se à saúde do trabalhador, cujo âmbito de incidência traduz-se em questões relativas ao **1º)** pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade (OJ´s nºs 04, 33, 57); **2º)** pagamento de horas 'in itinere' (OJ nº 36); e **3º)** pagamento de domingos e feriados (OJ nº 72).

E, finalmente, das 429 Súmulas em vigor editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, apenas 28 delas são pertinentes a matérias indiretamente correlatas à questão ambiental do trabalho, tais como: **1º)** aceitação de atestado médico

[3] ROCHA, Júlio César de Sá da. Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho. Dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997; 127 p.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 440 29/06/2018 15:36:01

(Súmula nº 15); **2º)** o pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade (Súmulas nºs 39, 80, 191, 228, 248, 289, 293, 361 e 364); **3º)** o pagamento de horas extras, hora noturna, hora de sobreaviso e compensação de horas de trabalho (Súmulas nºs 60, 61, 65, 112, 118, 140, 199, 229, 349 e 376); **4º)** jornada de trabalho (Súmula nº 85, 110 e 423); e **5º)** repouso semanal remunerado e intervalo intrajornada (Súmulas nº 146, 172, 178, 346 e 360).

Entretanto, todas as Orientações Jurisprudenciais e Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, que refletem alguma proteção relacionada ao meio ambiente do trabalho, não tratam diretamente da tutela do direito ambiental do trabalho, senão apenas privilegiam a proteção individual do trabalhador, desprezando o alcance do meio ambiental do trabalho como um todo, ou mesmo, desobrigando o empregador da responsabilidade por esta proteção.

Por certo, a pesquisa revelou dois principais aspectos da jusrisprudência trabalhista unificada atual do TST. Primeiro, que as interpretações jurisprudenciais acima destacadas, ao invés de incorporarem os preceitos constitucionais em matéria ambiental do trabalho, dando ênfase à visão sistêmica e coletiva da proteção ambiental do trabalho, cuja responsabilidade é da sociedade em geral, privilegia apenas a tutela individual da situação momentânea do trabalhador em seu ambiente laboral, apartada do contexto amplo do conceito de meio ambiente do trabalho. Segundo, que esta proteção individual do trabalhador, em matéria ambiental do trabalho, reflete somente a monetização das questões correlatas ao meio ambiente de trabalho, eis que, em geral, estabelecem pagamento de *plus* salarial ao trabalhador como forma de compensar os riscos ou a degradação ambiental do trabalho.

Sabendo-se que os princípios possuem intensa carga de obrigatoriedade que devem vincular os operadores do direito em geral, muito mais até do que as regras positivadas, pois traduzem os valores fundamentais eleitos por uma determinada sociedade para seu desenvolvimento, explicitaremos, nesta oportunidade, alguns dos princípios que norteiam o meio ambiente em geral, os quais são perfeitamente aplicáveis ao meio ambiental do trabalho, na medida em que este se constitui em uma das vertentes daquele, com a finalidade de, ao final, tecermos um paralelo entre o aspecto axiológico ambiental trabalhista e a jurisprudência unificada moderna emanada do Tribunal Superior do Trabalho-TST.

Um desses princípios é o da Supremacia do Interesse Público na Proteção do Meio Ambiente, em especial, do Trabalho (art. 200, VIII, da CRB/88), o qual se traduz pelo aspecto da superioridade do Direito Coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio em relação à tutela dos interesses particulares.

A própria Constituição Federal de 1988 albergou, em seu art. 225, a natureza difusa do bem ambiental, quando destacou seu uso comum pelo povo, impondo à coletividade em geral sua proteção e preservação. No mesmo sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho, na parte final de seu artigo 8º, também já dispunha acerca do interesse público prevalecer sobre o interesse de classe ou particular, revelando-se, em leitura atual, como interesse geral da coletividade.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 441 29/06/2018 15:36:01

Outro princípio a se destacar é o da Indisponibilidade do Interesse Público na proteção do meio ambiente, o qual se revela pela indisponibilidade do poder público ou da coletividade de dispor do meio ambiente como bem lhe aprouver, ao revés, o bem ambiental, aí inserido o do trabalho, é caracterizado pela sua transindividualidade e indivisibilidade, isto é, a todos pertence ao mesmo tempo que a ninguém pertence individualmente, e em especial.

Já o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, que representa a compatibilização do desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, reflete não só um imperativo constitucional, mas também, uma necessidade material, já que o agravamento das condições ambientais em geral enfrentadas pelo mundo contemporâneo em suas diversas relações complexas, colocam em risco a própria sobrevivência do planeta como ambiente apropriado à acomodação da vida humana.

Não foge a regra o meio ambiente do trabalho, em cujo cenário ocorrem dia a dia as diversas transformações provenientes do modo de produção capitalista, o qual tem por finalidade intrínseca o aumento da lucratividade, muitas das vezes, a custa do descuido ou da degradação ambiental do trabalho.

Por isso a necessidade de observação de outro Princípio que complementa o acima mencionado, sendo este o Princípio da Intervenção Estatal Obrigatória, que remete ao Poder Público a defesa mediata e imediata do meio ambiente em geral, inserido também, em especial, o meio ambiente do trabalho.

No ambiente laboral, a própria origem histórica do Direito do Trabalho já demonstra uma marcante tendência de intervenção estatal como forma de equilibrar, juridicamente, os desiguais materialmente (capital X trabalho). Assim, o Estado intervém sempre que se revelam condições ambientais degradantes de trabalho por meio de seu poder fiscalizador e de imposição de multas administrativas que visam a correção das distorções no tocante à matéria ora tratada.

A Consolidação das Leis do Trabalho trata desta intervenção em suas normas relacionadas no Capítulo V, que dizem respeito a Segurança e Medicina do Trabalho.

Por fim, mas já ressaltando que não se esgotam nos princípios aqui relacionados a carga axiológica em matéria ambiental do trabalho, destaco o Princípio do Poluidor Pagador ou do Predador-Pagador, o qual admite o desenvolvimento econômico como melhoria da condição social da coletividade, porém ressalta a necessidade de se estabelecer responsabilização pela não proteção ambiental.

A Lei nº 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, conceitua o poluidor como sendo 'a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental'.

A interpretação deste conceito, baseada no princípio aqui tratado, contrário senso ao que inicialmente possa parecer, não se traduz em uma autorização concedida ao poluidor desde que ele compense com pagamento em pecúnia pela

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 442 29/06/2018 15:36:01

degradação ambiental, ao revés, o princípio em questão agasalha dois aspectos: um preventivo, e o outro, repressivo. O primeiro, prima por se evitar a ocorrência do dano ambiental. O segundo, uma vez ocorrido o dano, deve-se providenciar sua reparação sob responsabilidade do poluidor. Somente após estes dois momentos, por consequência, deve se penalizar o poluidor, sendo a finalidade desta medida a educação e a preservação ambiental.

No ambiente laboral, verifica-se, via de regra, que o empregador é o próprio poluidor, pois este, nos termos da dicção do art. 2º da CLT, é quem assume os riscos da atividade econômica, e, portanto, é quem define e controla as condições em que se desenvolvem o trabalho, devendo primar, de imediato, pela prevenção e conservação do meio ambiente do trabalho.

Desta feita, a responsabilidade do empregador emana do risco do empreendimento (CCB, art. 927, § único, *in fine*), sendo, no nosso entender, de natureza objetiva, nos termos do artigo 225, § 3º c/c o art. 200, VIII da CRFB/88 e artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, nada obstante a responsabilização aquiliana prevista no art. 7º, XXVIII do Texto Constitucional em vigor.

Neste diapasão, observamos, pela análise da jurisprudência unificada do Tribunal Superior do Trabalho-TST alhures indicada, que esta apenas reflete o aspecto da monetização das condições ambientais laborais, eis que o pagamento de *plus* salarial (adicionais) compensam a degradação da saúde do trabalhador, que está relacionada diretamente com a degradação do meio ambiente do trabalho.

Verifica-se ausência de uma maior preocupação da jurisprudência trabalhista (unificada) do TST com os princípios do meio ambiente do trabalho, sendo que, algumas dessas decisões, retratam tendência, até mesmo, contrária aos princípios ambientais do trabalho, como, por exemplo, a Orientação Jurisprudencial nº 04 da Seção de Dissídios Individuais I, do TST, relativa ao empregado que trabalha na coleta de lixo urbano, estabelecendo que não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o trabalhador tenha direito ao respectivo adicional, fazendo-se necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

A jurisprudência em comento despreza a constatação técnica e concreta das condições degradantes de trabalho, primando pela definição formal e abstrata das atividades relacionadas como insalubres pelo órgão estatal, ainda que estas não se esgotem em si mesmas, sendo apenas exemplificativas, dada a impossibilidade de previsão específica de todas as atividades possivelmente insalubres existentes no mundo moderno.

A jurisprudência unificada existente traduz apenas a monetização do risco à saúde no meio ambiente do trabalho, constituindo-se na antítese do princípio do poluidor pagador, eis que, não reflete uma preocupação substancial e ampla com os princípios do meio ambiente laboral, muito pelo contrário, incentiva, de certa maneira, o poluidor a continuar poluindo desde que ele pague por isso (adicionais), ao invés de incentivá-lo em buscar alternativas à supressão das condições degradantes laborais.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 443 29/06/2018 15:36:01

Conclusão: como já visto acima, o meio ambiente do trabalho adequado e seguro se constitui em um direito fundamental do trabalhador, e na lição do professor Raimundo Simão de Melo, *"não é um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho, pois a proteção daquele é distinta da assegurada ao meio ambiente do trabalho, porquanto, esta última busca salvaguardar a saúde, a segurança do trabalhador no ambiente onde ele desenvolve suas atividades (...) razão por que se trata de um direito de todos, a ser instrumentalizado pelas normas gerais que aludem à proteção os interesses difusos e coletivos..."*[4]

A tutela de um ambiente que proporcione o bem-estar do trabalhador como um todo, evitando riscos a sua saúde, como forma de garantir-lhe o pleno exercício de seu direito fundamental ao trabalho (CRFB/88, arts. 1º, 7º - XXII, 196, 200 - II e VIII e 225), é o novo desafio da jurisprudência trabalhista quanto à interpretação dos preceitos axiológicos relativos ao meio ambiente do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2008.

ARRUDA, Kátia. A efetividade dos Direitos Sociais. In: Cadernos da AMATRA IV - Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da IV Região - Porto Alegre/RS. Ano V, nº 13 - Junho 2010.

COMPARATO, Fábio Konder Comparato. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Fábio de Assis F. Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho: Uma visão Sistêmica. São Paulo: LTr, 2009.

FREITAS, M. E.; HELOANI, J. R. M.; BARRETO, M.M.S. Assédio Moral no Trabalho. 1ª. ed. São Paulo: Thompson, 2008.

LEITE, José Rubens Morato, AYALA, Patrick de Araújo. Direito Ambiental na sociedade de risco. 2. ed. Forense Universitária.

LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 5. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. 4ª Edição. São Paulo. LTr, 2010.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em Foco: Doutrina, Jurisprudência, Glossário. 6ª Edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

[4] MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. 4ª Edição. São Paulo: LTr, 2010.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 444 29/06/2018 15:36:01

MINC, Carlos. Ecologia do Mundo do Trabalho. *In* 21 Especialistas falam da questão ambiental nas suas áreas de conhecimento/coordenação André Trigueiro. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral. São Paulo: Editora Atlas S. A. 1998.

ROCHA, Júlio César de Sá da. Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho. Dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª. Edição. Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

_____. Direito Urbanístico Brasileiro. 5ª Ed. Revisada e atualizada. Malheiros Editores. São Paulo. 2008.

_____. Direito Ambiental Constitucional. 7ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo. 2009.

SANTOS. Boaventura. A Gramática do Tempo. São Paulo: Cortez, 2008.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 445 29/06/2018 15:36:01

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 446 29/06/2018 15:36:01

O DUMPING SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. Formas de combate. (*)

Enoque Ribeiro dos Santos *

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito de Dumping Social. 2. Natureza jurídica do Dumping Social. 3. Legitimidade para o combate ao Dumping Social. 4. Órgão competente para julgar o Dumping Social. 5. Formas de combate e possibilidade de cumulação do dano moral individual e coletivo por Dumping Social. 6. Posição dos Tribunais do Trabalho. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a análise do fenômeno do dumping social nas relações de trabalho no Brasil, a natureza jurídica deste instituto, o órgão competente para julgar os pedidos relativos à sua incidência e formas judiciais e extrajudiciais de combate, no sentido de proteger trabalhadores hipossuficientes e muitas vezes mal informados quanto a seus direitos básicos.

1. CONCEITO DE DUMPING SOCIAL

O dumping social é objeto frequente de discussão no Direito Internacional e no Direito Coletivo do Trabalho, tendo em vista que se trata de uma questão recorrente em países periféricos ou emergentes, em que as empresas, especialmente voltadas ao mercado global, visam reduzir os custos dos seus produtos utilizando-se a mão de obra mais barata, afrontando direitos trabalhistas e previdenciários básicos, e também praticando concorrência desleal, com a finalidade de conquistar novas fatias no mercado de bens e produtos.

Paulo Mont'Alverne Frota[1] informa que "a palavra *dumping* provém da língua inglesa *dump*, o qual, entre outros, tem o significado de despejar ou esvaziar. A palavra é utilizada em termos comerciais (especialmente no conceito do direito internacional) para designar a prática de colocar no mercado produtos

---

(*) Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 48, n. 95, p. 63-76, jul./dez./2015.

* Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP. Desembargador do Trabalho do TRT da 1ª Região. Ex-Procurador do Trabalho do MPT (PRT 2ª Região). Mestre (UNESP), Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho pela USP.

[1] FROTA, Paulo Mont'Alverne. O dumping social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal. São Paulo: Revista LTr, n. 78, v. 02, fev/2013, p. 206.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 447 29/06/2018 15:36:01

abaixo do custo com o intuito de eliminar a concorrência e aumentar as quotas de mercado".

Aduz ainda este autor que "o dumping é frequentemente constatado em operações de empresas que pretendem conquistar novos mercados. Para isto, vendem os seus produtos a um preço extremamente baixo, muitas vezes inferior ao custo de produção. É um expediente utilizado de forma temporária, apenas durante o período em que se aniquila o concorrente. Alcançado esse objetivo, a empresa praticante do dumping passa a cobrar um preço mais alto, de modo que possa compensar a perda inicial. De resto, o dumping é uma prática desleal e proibida em termos comerciais[2]"

Jorge Luiz Souto Maior, Ranúlio Mendes e Valdete Severo[3] assinalaram que "dumping social constitui a prática reincidente, reiterada, de descumprimento da legislação trabalhista, como forma de possibilitar a majoração do lucro e de levar vantagem sobre a concorrência. Deve, pois, repercutir juridicamente, pois causa um grave desajuste em todo o modo de produção, com sérios prejuízos para os trabalhadores e para a sociedade em geral".

Com base nestas informações[4], podemos apresentar o conceito de Dumping Social como uma prática de gestão empresarial antijurídica, moldada pela concorrência desleal e ausência de boa-fé objetiva, que busca primacialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como às demais empresas do setor.

2. NATUREZA JURÍDICA DO DUMPING SOCIAL

Com fundamento neste conceito, podemos dizer que o Dumping Social apresenta-se como um dano social, difuso e coletivo, pois atinge ao mesmo

---

2 Idem, ibidem, p. 206.

3 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes Moreira e SEVERO, Valdete Souto. Dumping social nas relações de trabalho. LTr, 2012, p. 10.

4 A atual OMC (Organização Mundial do Comércio), ex-GATT, no artigo VI do *General Agreement on Tarifes and Trade (GATT),* conceitua *Dumping* como: "*The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry. For the purposes of this Article, a product is to be considered as being introduced into the commerce of an importing country at less than its normal value, if the price of the product exported from one country to another: (a) is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country, or,(b) in the absence of such domestic price, is less than either (i) the highest comparable price for the like product for export to any third country in the ordinary course of trade, or (ii) the cost of production of the product in the country of origin plus a reasonable addition for selling cost and profit".*

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 448 29/06/2018 15:36:01

tempo trabalhadores já contratados e inseridos na exploração por empresas que o praticam, como futuros trabalhadores que poderão vir a ser aliciados e ingressarem neste tipo de empreendimento, em situações de crise social ou de desemprego, como vivenciamos neste momento.

Na ausência de crescimento econômico e de oferta de novos e bons empregos, o trabalhador fica em condição vulnerável, e virtualmente insustentável, pois acaba aceitando qualquer tipo de proposta, até mesmo as irregulares, no sentido de colocar alimento na mesa de sua família.

Acrescente-se a este fato que vivemos em uma sociedade altamente desigual, perversa, uma sociedade de miseráveis, com cerca de 32,2%[5] da força de trabalho no mercado clandestino ou informal, no qual a média da escolaridade do trabalhador situa-se entre 6 a 7 anos, e o abismo entre os ricos e pobres aumenta ano a ano. Exemplos são publicados a cada dia nos jornais de grande circulação. É só prestar atenção nos detalhes.

Como a lógica do capital sempre foi a de tirar vantagem a qualquer preço, em tempos de crise econômica abre-se uma enorme janela de oportunidades aos agentes empresariais inescrupulosos, e diretores que sempre procuram agradar os acionistas, investidores e Conselhos de Administração, e também engordar seus próprios contracheques, no sentido de apresentar planos de ação empresarial audaciosos para conquista de novos mercados e novos clientes.

Sabe-se que mercado se conquista sobretudo por meio de preços competitivos, ou seja, quanto mais baratos e da mais alta qualidade maior são as probabilidades de sucesso em qualquer tipo de mercado global.

E uma das maneiras que as empresas têm de reduzir os preços de seus produtos são justamente os salários dos trabalhadores, especialmente no Brasil, onde os encargos sociais são substancialmente elevados. Se os salários representam mais de cinquenta por cento da planilha do custo do produto/serviço, nada mais lógico, na leitura empresarial, reduzi-los ao extremo para repassá-los ao consumidor final.

Temos vários exemplos no Brasil de dumping social nas indústrias de confecção, de roupas de griffe, sobretudo as que possuem redes ou canais internacionais de distribuição, criação de cooperativas de mão de obra no interior do Brasil, por meio de empresas estrangeiras, utilização de mão de obra infantil, ampliação excessiva da jornada de trabalho, sem o correspondente pagamento de horas extras, etc.

Portanto, apresentando-se como característica social e difusa, por força do fato de transcender a pessoa unitária do trabalhador para atingir a consciência coletiva de toda a sociedade, entendemos que a natureza jurídica do dumping social se enquadra entre os institutos do Direito Coletivo de Trabalho, produto dos tempos modernos de fragmentação de micro ou macrolesões que se disseminam entre classes ou grupos de pessoas.

---

[5] Boletim do mercado de trabalho n. 56. IPEA. (pesquisa: ipea.gov.br).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 449 29/06/2018 15:36:01

3. LEGITIMIDADE PARA O COMBATE AO DUMPING SOCIAL

O dumping social se apresentando como instituto do Direito Coletivo do Trabalho, por se inserir entre os interesses e direitos difusos e coletivos, direitos humanos de terceira dimensão, pela natureza social que se afigura, somente pode ser postulado em juízo por meio de um dos legitimados *ope legis*[6], ou seja, por meio dos autores ideológicos, que defendem em nome próprio, direitos alheios, com a devida autorização legal.

Desta forma, apenas as instituições elencadas nos dispositivos legais mencionados detêm legitimidade para postular tais direitos e interesses, na medida em que a coisa julgada que se produzirá implicará em efeitos *erga omnes e ultra partes*.

Os sindicatos representativos das respectivas categorias profissionais vilipendiadas em tais empreendimentos poderão ajuizar ações moleculares postulando a remoção do ilícito, em conjunto com demais pleitos, inclusive de danos morais coletivos por dumping social, cuja indenização deverá ser revertida para um fundo correlato dos trabalhadores, ou para instituições que se voltem ao combate de tais ilicitudes no campo empresarial, ou que se dediquem a clientela de vulneráveis.

Da mesma forma, o Ministério Público do Trabalho poderá pacificar conflitos nesta seara, considerando o interesse público primário envolvido, seja por meio do Inquérito Civil, seja por meio de ações coletivas, com o mesmo desiderato.

Cremos, destarte, que o trabalhador individualmente considerado não detém legitimidade para postular em juízo o dumping social, pelas próprias características sociais deste instituto, como retro-referenciado.

4. ÓRGÃO COMPETENTE PARA JULGAR O DUMPING SOCIAL

Da mesma forma que as ações coletivas ou moleculares, como a ação civil pública e a ação coletiva, entre outras, com exceção da ação de nulidade de cláusula ou de acordo ou convenção coletiva, cuja competência é do Tribunal do Trabalho

---

[6] Art. 82. Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da administração Pública, Direta ou Indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. E art. 5º. da LACP: Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 450 29/06/2018 15:36:01

correspondente ou do Tribunal Superior do Trabalho, dependendo da área de abrangência da lesão social, a competência para julgamento das ações postulando dumping social será das Varas do Trabalho, do local do dano, consoante art. 2º[7] da Lei n. 7347/85 e da OJ n. 130[8] da SDI II do Colendo TST - Tribunal Superior do Trabalho.

Assim dispõe o Enunciado no. 04 da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho):

> "*DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido 'dumping social', motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás já previam os artigos 652, 'd'*[9]*, e 832, § 1º*[10]*, da CLT*".

Mesmo que a lei disponha sobre a possibilidade de o magistrado impor multas ou outras penalidades aos atos de sua competência, "*ex officio*", entendemos que no caso do dumping social, tal dispositivo não seja aplicável: primeiro: nas ações individuais, o trabalhador não teria competência para postulá-lo, pois se trata de um instituto do direito coletivo; ao qual lhe carece competência; segundo, há total ausência de previsão legal para a aplicação de

---

[7] Art. 2º. As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer dano, cujo Juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

[8] OJ 130. Ação Civil Pública. Competência. Local do Dano. Lei nº 7.347/1985, Art. 2º. Código de Defesa do Consumidor, Art. 93 (Redação Alterada na Sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012).I - A competência para a Ação Civil Pública fixa-se pela extensão do dano. II - Em caso de dano de abrangência regional, que atinja cidades sujeitas à jurisdição de mais de uma Vara do Trabalho, a competência será de qualquer das Varas das localidades atingidas, ainda que vinculadas a Tribunais Regionais do Trabalho distintos. III - Em caso de dano de abrangência suprarregional ou nacional, há competência concorrente para a Ação Civil Pública das Varas do Trabalho das sedes dos Tribunais Regionais do Trabalho. IV - Estará prevento o juízo a que a primeira ação houver sido distribuída. (Redação dada pela Resolução TST nº 186, de 14.09.2012, DJe TST de 26.09.2012, rep. DJe TST de 27.09.2012 e DJe TST de 28.09.2012)

[9] d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência; e

[10] Art. 832. Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão. § 1º. Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 451 29/06/2018 15:36:01

institutos do direito coletivo[11] no direito processual individual do trabalho, ou seja, nas reclamatórias trabalhistas, e, se assim o fizer o magistrado estará laborando em julgamento *ultra* ou *extra petita*.

Importante ainda trazer, neste particular, os ensinamentos de Jorge Luiz Souto Maior[12] quando assinala que "(...) a reparação do dano, em alguns casos, pode ter natureza social e não meramente individual. Não é, portanto, unicamente, do interesse de ressarcir o dano individual que se cuida. Em se tratando de práticas ilícitas que tenham importante repercussão social, a indenização, visualizando esta extensão, fixa-se como forma de desestimular a continuação da prática do ato ilícito, especialmente quando o fundamento da indenização for a extrapolação dos limites econômicos e sociais do ato praticado, pois sob o ponto de vista social o que importa não é reparar o dano individualmente sofrido, mas impedir que outras pessoas, vítimas em potencial do agente, possam vir a sofrer dano análogo".

Carolina Masotti Monteiro[13] informa que "o presente trabalho entende pela aplicação em qualquer âmbito, seja individual ou coletivo, havendo pedido expresso neste sentido ou não".

Não é essa a nossa posição. Em primeiro plano, entendemos que o dumping social constitui instituto do Direito Coletivo do Trabalho, pois afeta não apenas um único trabalhador, mas transcende esta individualidade para atingir todo o grupo, classe ou comunidade de pessoas em idêntica situação fática.

Envolve, desta forma, direitos difusos (eventuais pessoas indeterminadas na sociedade que poderão ocupar eventual e futuramente postos de trabalho na empresa que pratica o dumping social, e vir a sofrer o dano), coletivos e individuais homogêneos.

Dessa forma, o dumping social encartado como instituto do direito coletivo do trabalho somente poderá ser postulado por um legitimado *ope legis*, inscrito no art. 82 da Lei 8078/90 ou art. 5º. da Lei n 7347/85, que poderá, por meio de uma ação molecular, perseguir o provimento jurisdicional genérico para toda a classe de trabalhadores lesados no ambiente empresarial. O trabalhador, desta forma, estaria legitimado a postular seus direitos na ação de liquidação da sentença genérica, consoante os arts. 95 e seguintes da Lei 8078/90, provando a titularidade do direito material postulado, a lesão individualizada e o nexo causal.

Como o dumping social tradicional trata-se de um dano social, de natureza difusa e coletiva, que é praticado em determinados lapsos de tempo, para que a empresa possa ganhar ou entrar em determinado mercado, tudo indica que não pode ser praticado de forma definitiva ou indefinida no tempo, pois isto levaria a empresa à quebra pela falta de resultados positivos. E sabemos que sem

---

[11] Uma vez que cada um destes ramos é regido por normas, regras, princípios e até instituições próprias.

[12] SOUTO MAIOR, Jorge Luiz e outros. Op. cit., p. 11.

[13] MONTEIRO, Carolina Masotti. Dumping social no direito individual do trabalho. São Paulo: Revista LTr, vol. 28, junho de 2014, p. 709.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 452 29/06/2018 15:36:01

resultados positivos ou lucrativos a empresa não terá como sobreviver em um mercado altamente competitivo.

Por isso que não há como comparar o dumping social com a terceirização, pois são institutos com diferentes características, a exigir diversa leitura jurídica, mesmo porque temos até mesmo a terceirização lícita, permanente, que se distingue da terceirização ilícita e da intermediação fraudulenta de mão de obra.

Sendo assim, pelas próprias peculiaridades do dumping social, serão raríssimas[14] as situações em que o trabalhador, individualmente considerado, terá condições de postular em juízo, com chances razoáveis de sucesso, por meio de uma reclamatória trabalhista na Justiça do Trabalho, a lesão individual específica oriunda do dumping social, como titular do direito individual homogêneo, apresentando as provas correlatas, com fulcro no art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal e no art. 104 da Lei n. 8078/90, já que não existe litispendência entre a ação individual e a ação coletiva.

Se o trabalhador prosperar neste intento, a decisão judicial proveniente do processo trabalhista atomizado terá sentença judicial *inter-partes* e *pro et contra*, diversamente da natureza genérica de uma ação molecular, postulada por um dos legitimados ou autores ideológicos, que seria *erga omnes* e ultra partes.

Em outras palavras, o trabalhador ou empregado individual, entretanto, não terá legitimidade para buscar uma sentença genérica que beneficie toda a classe de trabalhadores, pois existe vedação em nosso ordenamento jurídico neste sentido.

Desta forma, não vemos como dar guarida à hipótese de condenação empresarial por dumping social, em reclamatória trabalhista, *ex officio*, sem pedido expresso do reclamante, na medida em que não existe em nosso ordenamento jurídico previsão legal para tal prática, que autorize a condenação a uma indenização sem que haja pedido certo e determinado, com fulcro nos arts. 128[15] e 460[16] do CPC e art. 852-B[17] da CLT.

5. FORMAS DE COMBATE E POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO DANO MORAL INDIVIDUAL E COLETIVO POR DUMPING SOCIAL

---

[14] INDENIZAÇÃO - DUMPING SOCIAL - AÇÃO INDIVIDUAL - DESCABIMENTO - "Reclamatória trabalhista individual. Dumping social. Não havendo pedido de condenação da reclamada ao pagamento de dano social, a condenação de ofício configura decisão extra petita. Além disso, o dumping social decorre de violação de direitos de caráter coletivo, o que impossibilita a condenação em ação individual. Cabível a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho para que promova a devida ação, nos termos da Lei nº 7.347/1985. Recurso provido no item." (TRT 04ª R. - RO 0039500-13.2009.5.04.0005 - 1ª T. - Rel. José Felipe Ledur - DJe 24.01.2011)

[15] Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cu--jo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

[16] Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

[17] I - o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente;

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 453 29/06/2018 15:36:01

Além da judicialização trabalhista, que pode ocorrer com o ajuizamento de ações coletivas ou moleculares, de legitimidade ativa dos sindicatos representativos de categoria profissional, bem como do Ministério Público do Trabalho, por meio das quais pode ocorrer um efetivo combate ao dumping social, com a imposição de indenizações ou reparações a título de dano moral coletivo, bem como fixação de *astreintes*, em valores expressivos por descumprimento da legislação trabalhista em relação a cada trabalhador ou a cada obrigação trabalhista, existem alternativas administrativas que também podem ser exploradas.

Como é cediço, entre os instrumentos mais poderosos do *Parquet* Trabalhista, encontramos o Inquérito Civil, devidamente regulado pela Resolução n. 69/2007, do Conselho Superior do MPT, por meio do qual os membros do MPT poderão celebrar TAC - Termos de Ajuste de Conduta com as empresas praticantes de tal ato fraudatório ou antijurídico, impondo-lhes, administrativamente, mas com força de título executivo extrajudicial, indenizações a título de dano moral coletivo por dumping social, cujos valores poderão ser revertidos à própria sociedade (fundos, entidades filantrópicas, FAT e assim por diante).

Por outro lado, vemos também possibilidades de imposição de multa dissuasória por dumping social na celebração de TAC - Termo de Ajuste de Conduta, por meio do Ministério Público do Trabalho, até mesmo cumulada com dano moral individual, sendo o primeiro revertido para o FAT ou instituições filantrópicas, sem fins lucrativos, e o segundo destinado ao próprio trabalhador que sofreu a lesão imaterial.

O que vislumbramos, nesta situação, é a hipótese de condenação da empresa, em casos flagrantes de dumping social, de forma cumulada, considerando a natureza jurídica diversa dos institutos: por dano moral individual e dano moral coletivo.

Neste caso, o trabalhador encontrado em situação irregular, poderá ser contemplado com um valor pela agressão à sua dignidade, da mesma forma que a empresa será condenada à reparação por dano moral coletivo, que será revertido a um fundo, ou das formas já mencionadas neste texto.

Nada obsta, portanto, a condenação empresarial a ambos os danos morais, pelo mesmo fato, já que existe Súmula do STJ, neste sentido, neste caso aplicada analogicamente:

> "*STJ Súmula n. 37 - São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*".

O combate ou a inibição do dumping social no cenário internacional, tem sido feito por meio da OIT - Organização Internacional do Brasil, e os instrumentos utilizados com maior frequência são o Selo Social, o Global Compact, das Nações Unidas, o ISO Social, os códigos de conduta e as cláusulas sociais nos acordos firmados pela OMC - Organização Mundial do Comércio.

O Selo Social consiste na vinculação de uma "etiqueta social" a produtos e marcas de empresas que, havendo voluntariamente aderido ao sistema, demonstrem a observância de normas trabalhistas consideradas fundamentais.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 454 29/06/2018 15:36:01

A seu turno, o Global Compact, desenvolvido pela Organização das Nações Unidas, visa à incorporação de princípios de responsabilidade humanitária, social e ambiental ao planejamento estratégico das companhias transnacionais.

6. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DO TRABALHO EM RELAÇÃO AO DUMPING SOCIAL

É gratificante observar que grande parte dos Tribunais do Trabalho passaram a condenar a prática lesiva do dumping social nas relações de trabalho.

Vejamos algumas ementas recentes sobre o dumping social:

INDENIZAÇÃO - DUMPING SOCIAL - AÇÃO INDIVIDUAL - DESCABIMENTO - "Reclamatória trabalhista individual. Dumping social. Não havendo pedido de condenação da reclamada ao pagamento de dano social, a condenação de ofício configura decisão extra petita. Além disso, o dumping social decorre de violação de direitos de caráter coletivo, o que impossibilita a condenação em ação individual. Cabível a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho para que promova a devida ação, nos termos da Lei nº 7.347/1985. Recurso provido no item". (TRT 04ª R. - RO 0039500-13.2009.5.04.0005 - 1ª T. - Rel. José Felipe Ledur - DJe 24.01.2011)

INDENIZAÇÃO POR DUMPING SOCIAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. O dumping social decorre do descumprimento reiterado de regras de cunho social, gerando um dano à sociedade. Embora atualmente seja reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência a possibilidade de acolhimento do dano coletivo decorrente de dumping social, é inegável que a titularidade é da coletividade, ou seja, não pode ser postulado ou deferido em ações de cunho individual. Além do que, é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que Ihe foi demandado, nos termos do art. 460 do CPC. Recurso provido no particular. (TRT-1 - RO: 00000317020135010241 RJ, Relator: Antonio Cesar Coutinho Daiha, Data de Julgamento: 04/02/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: 19/03/2015).

DUMPING SOCIAL. CABIMENTO. O instituto pode ser entendido como uma prática de auferir vantagens financeiras que permitam a seu agente competir em condições de desigualdade no mercado prejudicando toda a sociedade, configurando ato ilícito por exercício abusivo do direito, extrapolando os limites econômicos e sociais. No entanto, somente as agressões reincidentes e contumazes aos direitos trabalhistas ensejam a reparação em questão. Por conseguinte, não comprovado o descumprimento voluntário e reiterado de normas trabalhistas, não há que se falar no pagamento da referida indenização. (TRT-1 - RO: 00001671020125010045 RJ, Relator: Patricia Pellegrini Baptista da Silva,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 455 29/06/2018 15:36:01

Data de Julgamento: 13/08/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 26/08/2014).

DUMPING SOCIAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Dumping social, em linhas gerais, é a conduta adotada por alguns empregadores de forma reiterada e consciente de precarização das relações de trabalho, com sonegação de direitos de seus empregados, visando diminuir custos de mão-de-obra na produção de seus bens e serviços, aumentando a sua competitividade e o seu lucro, caracterizando concorrência desleal com relação aos empregadores que cumprem a legislação trabalhista, prejudicando a sociedade como um todo. Essa prática é imoral, ilícita e abusiva, que deve ser combatida. Todavia, o procedimento cabível para tanto deve ser respeitado, observando-se os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme art. 5º, LIV e LV, da CF/88, que neste caso foram violados, pois a indenização por dumping social não foi sequer pleiteada na inicial, infringindo os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e também os artigos 128 e 460 do CPC (julgamento ultra e extra petita), devendo ser excluída da condenação a indenização por dumping social de R$1.000.000,00. (TRT-2 - RO: 00012362120135020302 SP 00012362120135020302 A28, Relator: JOMAR LUZ DE VASSIMON FREITAS, Data de Julgamento: 09/12/2014, 5ª TURMA, Data de Publicação: 12/12/2014).

INDENIZAÇÃO - DUMPING SOCIAL - CONFIGURAÇÃO - PAGAMENTO DEVIDO - "Dumping social trabalhista. Espiral de desrespeito aos direitos básicos dos trabalhadores. Caracterização para além de uma perspectiva meramente econômica. Consequências. Segundo Patrícia Santos de Sousa Carmo, 'a Organização Internacional do Trabalho e o Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos tem denunciado que os direitos sociais estão cada vez mais ameaçados pelas políticas econômicas e estratagemas empresariais. Nesse sentido, inconteste que o direito do trabalho, por influência dos impulsos sociais aos quais é exposto, tem sido crescentemente precarizado, de modo que se tem um dano social que aflige a própria a matriz apologética trabalhista. A expressão dumping, termo da língua inglesa, que deriva do verbo to dump, corresponde ao ato de se desfazer de algo e, posteriormente, depositá-lo em determinado local, como se fosse lixo. Há, ainda, quem defenda que o termo possa ter se originado do islandês arcaico humpo, cujo significado é atingir alguém. Os primeiros registros do dumping social, ainda que naquela época não fosse assim denominado, são de 1788, quando o banqueiro e Ministro francês Jacques Necker mencionava a possibilidade de vantagens serem obtidas em relação a outros países, abolindo-se o descanso semanal dos trabalhadores'. A primeira desmistificação importante é que o dumping social, na verdade, liga-se ao aproveitamento de vantagens dos custos comparativos e não de uma política de preços. Retrata, pois, uma vantagem comparativa derivada

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 456 29/06/2018 15:36:01

da superexploração de mão de obra. Dentro deste recorte epistemológico, interessa o prejuízo ao trabalhador, o prejuízo à dignidade da pessoa humana, o prejuízo ao valor social do trabalho, o prejuízo à ordem econômica, o prejuízo à ordem social e o prejuízo à matriz apologética trabalhista. Com efeito, no século XX, com o advento do constitucionalismo social e da teoria da constituição dirigente, altera-se o papel da Constituição, se antes apenas retratava e garantia a ordem econômica (constituição econômica), passa a ser aquela que promove e garante as transformações econômicas (constituição normativa). Dessa maneira, imperioso compatibilizar o plano normativo com o plano factual, a livre iniciativa ao valor social do trabalho, sob pena de se estar em sede de uma constituição semântica, cuja funcionalidade não se aproveita aos destinatários dela, mas se a quem detiver poder. Em se tratando de dumping social, a mera aplicação do direito do trabalho, recompondo a ordem jurídica individual, não compensa o dano causado à sociedade, eis que reside o benefício no não cumprimento espontâneo das normas trabalhistas. Dessa feita, as reclamações trabalhistas que contenham práticas reiteradas de agressões deliberadas e inescusáveis aos direitos trabalhistas, dado ao grave dano de natureza social, merecem correção específica e eficaz. Apresentam-se no ordenamento jurídico dois institutos jurídicos, a saber, indenização suplementar por dumping social e punitive damages, que constituem modalidades de reparação desse dano social. No que respeita à indenização suplementar por dumping social, a defesa de sua aplicação reside em uma análise sistemática do ordenamento jurídico. Sobrelevando-se que as normas infraconstitucionais devem assumir uma função instrumento, tendo, ainda, em vista a realização superior da constituição e a preponderância dos direitos fundamentais em relação às leis, somando-se ao fato de que o direito deve ser visto como um sistema aberto e plural, devem aquelas normas ser aplicadas de modo a buscar a concretização. Assim, em caso de dumping social, autoriza-se que o juiz profira condenação que vise à reparação específica, pertinente ao dano social perpetrado, ex officio, com vistas a proteção do patrimônio coletivo que foi aviltado, que é denominada indenização suplementar por dumping social, a qual favorecerá o Fundo de Amparo aos Trabalhadores (FAT) ou alguma instituição sem fins lucrativos." (TRT 03ª R. - RO 00066/2013-063-03-00.9 - Rel. Des. Luiz Otavio Linhares Renault - DJe 12.09.2014 - p. 31).

"DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO ESPECÍFICO. LEGITIMIDADE. Compete aos legitimados que compõem o rol previsto no artigo 5º da Lei 7.347/1985, por meio da Ação Civil Pública, pleitear indenização decorrente de dumping social, dando-lhe a destinação prevista na legislação pertinente, pois o dano repercute socialmente, gerando prejuízos à coletividade, não podendo ser deferida de ofício, por ausência de previsão legal". (RO-0001756-47.2011.5.18.0191, Rel. Des. GENTIL PIO DE OLIVEIRA, julgado em

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 457 29/06/2018 15:36:02

10-7-2012). (TRT18, RO - 0010515-28.2015.5.18.0104, Rel. KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE, 1ª TURMA, 13/07/2015) (TRT-18 - RO: 00105152820155180104 GO 0010515- 28.2015.5.18.0104, Relator: KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE, Data de Julgamento: 13/07/2015, 1ª TURMA).

DUMPING SOCIAL. INOBSERVÂNCIA REITERADA E SISTEMÁTICA À LEGISLAÇÃO DO TRABALHO COMO FORMA DE POLÍTICA DE REDUÇÃO DE CUSTOS. A figura jurídica em questão, de fato, não comporta como única nuance o aspecto comercial, traduzido na deslealdade concorrencial, relacionando-se também ao reflexo nas relações de trabalho, vez que sobre elas provoca efeito igualmente nefasto. Todavia, não basta à pretensão a prova do dano individualmente sofrido, mas a patente sonegação de direitos a outra gama de trabalhadores, de maneira a imputar-se ao réu um dano de ordem social, que se traduz em dumping social, e não meramente individual, servindo a reparação eventualmente devida como verdadeiro desestímulo à adoção de práticas semelhantes por quaisquer daqueles que avistem a possibilidade de auferir vantagens econômicas à custa da precarização de direitos decorrentes da legislação do trabalho. Nesse sentido, em que pese ter sido reconhecido nos presentes autos que a autora não exercia, de fato, cargo de confiança, tal elemento não autoriza, por si só, a conclusão de que o réu tenha sonegado o direito ao pagamento de horas extras a seus trabalhadores em número suficientemente expressivo a ponto de ensejar desequilíbrio concorrencial no mercado financeiro. Nesses termos, por não comprovado que o reclamado, embora deixando de aplicar corretamente os preceitos celetistas ao contrato de trabalho da autora, o tenha feito de forma reiterada e sistemática em relação a outros empregados como política de redução de custos, não há que se falar em dumping social, tampouco em reparação correspondente. (TRT-2 - RO: 00002490520135020263 SP 00002490520135020263 A28, Relator: VALDIR FLORINDO, Data de Julgamento: 28/04/2015, 6ª TURMA, Data de Publicação: 07/05/2015).

PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL - DIÁLOGO DE FONTES - PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E CONVIVÊNCIA COM O ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - Em um sistema de contratação dinâmica, as normas estabelecidas nos diversos níveis de negociação não se excluem a priori, incidindo as regras mais favoráveis vigentes, a teor do artigo 620 da CLT, pois, os resultados de uma negociação articulada (no nível da categoria, a CCT e da empresa, o ACT) não se excluem reciprocamente, apenas operam modalidades de derrogação imprópria (Mário Devealli). O pagamento das vantagens previstas no Acordo Coletivo de Trabalho pela empregadora que o subscreve não a isenta de cumprir as regras mais benéficas estabelecidas pela Convenção Coletiva de Trabalho aplicável à sua categoria econômica,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 458 29/06/2018 15:36:02

sob pena de praticar dumping social e validar a prática de concorrência desleal com as demais empresas do setor. Recurso patronal a que se nega provimento. (TRT 01ª R. - RO 0001106-62.2012.5.01.0021 - 7ª T. - Relª Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva - DOERJ 04.05.2015)

DUMPING SOCIAL - A doutrina e jurisprudência dominantes definem dumping social como um instituto do direito econômico, traduzido pela conduta comercial desleal, em que é utilizado como método, a venda de produtos a preço inferior ao do mercado, com o escopo de prejudicar e eliminar concorrentes de menor poderio econômico. Tal conceito abarca a existência de preços baixos e a burla à legislação trabalhista ou o descumprimento de direitos mínimos dos empregados. Em tais situações, o dano é causado à coletividade (trabalhadores de modo geral e, enfim, à própria sociedade), em razão da ofensa a direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. A reparação não se dá no plano individual, como pretendido no caso presente, mas por intermédio da Ação Civil Pública (artigo 21 da LACP). (TRT 03ª R. - RO 01615/2014-176-03)

DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DE DUMPING SOCIAL - ILEGITIMIDADE DO EMPREGADO EM AÇÃO INDIVIDUAL - Não possui legitimidade, em processo individual, o reclamante que pleiteia indenização por danos morais em decorrência de dumping social, pois se trata de um dano que afeta toda a sociedade, coletivamente. Assim, o autor, em nome próprio, não detém legitimidade ativa para pleitear indenização por dano social, pois o fato afeta toda a coletividade, sendo legitimados o Ministério Público e os entes que compõem o rol previsto no artigo 5º da Lei nº 7.347/85. Recurso a que se dá provimento parcial. (TRT 13ª R. - RO 0027700-60.2014.5.13.0005 - Rel. Des. Leonardo Jose Videres Trajano - DJe 14.04.2015 - p. 3) v113-00.8 - Relª Desª Taisa Maria M. de Lima - DJe 31.03.2015 - p. 386)

DUMPING SOCIAL. LEGITIMIDADE ATIVA COLETIVA. O dumping social, tipificado como lesão massiva, tem como vítima a sociedade. Ainda que indiscutível a existência do dano moral coletivo, não detém o trabalhador individual legitimidade para postular judicialmente a indenização respectiva, ainda que previamente destinado o valor a fundo coletivo, que no caso sequer foi indicado. Recurso Ordinário do Município de Quissamã conhecido e parcialmente provido. (TRT-1 - RO: 00015581620135010481 RJ, Relator: Marcia Leite Nery, Data de Julgamento: 11/11/2014, Quinta Turma, Data de Publicação: 26/11/2014).

CONCLUSÕES

De todo o exposto, podemos inferir que o dumping social trata-se de um dano coletivo, de cunho social, relacionado a direitos da terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais, portanto, relacionado a direitos difusos e coletivos.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 459 29/06/2018 15:36:02

Portanto, em síntese, podemos aduzir:

- Somente os autores ideológicos ou legitimados *ope legis* poderão postulá-lo no juízo trabalhista, já que não há amparo legal em nosso ordenamento jurídico para postulação e êxito pelo trabalhador, considerado individualmente;
- A imposição da reparação ou indenização por dano moral poderá ser judicializada por meio de ações moleculares, pelo substituto processual ou pelo *Parquet* Laboral, em juízo de primeiro grau, da mesma forma que as ações civis públicas ou ações civis coletivas;
- Esta indenização ou reparação também poderá ser imposta por meio de Celebração do título executivo extrajudicial (TAC), de titularidade exclusiva do Parquet Laboral, por via administrativa do Inquérito Civil;
- A legitimidade do Ministério Público do Trabalho decorre de sua própria atribuição constitucional (art. 193, III, da CF/88), de legítimo defensor dos direitos humanos fundamentais, e dos direitos difusos e coletivos e do interesse público primário da sociedade;
- O valor da indenização ou reparação será revertida não diretamente para os trabalhadores retirados da situação de dumping social, mas serão beneficiados indiretamente, pois tais fundos serão direcionados para instituições filantrópicas que prestam serviços aos trabalhadores, familiares, vulneráveis, idosos, crianças em situação de risco social, deficientes, ou que se dedicam à inclusão ou requalificação profissional;
- Em casos específicos, de diligências de força tarefa conjunta ou resgate de trabalhadores, poderá ocorrer a cumulação do dano moral individual e coletivo, pelo dumping social praticado pelo empregador, com fulcro na Súmula n. 37 do STJ, neste caso aplicada por analogia;
- O papel do Judiciário Trabalhista é fundamental na análise dos casos concretos que lhe são submetidos, e se devidamente provados, pela condenação exemplar, pedagógica e dissuasória dos empregadores que se utilizam de tal prática deletéria e atentatória à dignidade humana dos trabalhadores.

Finalmente, mas não menos importante, no cenário internacional, o combate ao dumping social tem sido engendrado pela OIT - Organização Internacional do Brasil e pela OMC - Organização Mundial do Comércio, com a utilização de variados instrumentos, entre os quais, o Selo Social, o Global Compact, das Nações Unidas, o ISO Social, os códigos de conduta e as cláusulas sociais nos acordos firmados pela OMC.

REFERÊNCIAS:

FROTA, Paulo Mont'Alverne. O dumping social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal. São Paulo: Revista LTr, n. 78, v. 02, fev/2013.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 460 29/06/2018 15:36:02

MONTEIRO, Carolina Masotti. Dumping social no direito individual do trabalho. São Paulo: Revista LTr, vol. 28, junho de 2014.

OMC - Organização Internacional do Comércio, ex-GATT. Artigo VI do *General Agreement on Tarifes and Trade (GATT).*

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano moral coletivo trabalhista e formas de reparação. (no prelo).

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes Moreira e SEVERO, Valdete Souto. Dumping social nas relações de trabalho. LTr, 2012.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 461 29/06/2018 15:36:02

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 462 29/06/2018 15:36:02

OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E A LEGITIMAÇÃO PARA DEFENDÊ-LOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO (*)

José Edílsimo Eliziário Bentes *

Resumo: Ainda na graduação do curso de Direito aprendemos alguma coisa sobre a jurisdição normativa da Justiça do Trabalho, que é exercida por meio do Dissídio Coletivo, podendo criar normas coletivas, mantendo, modificando ou criando novas condições de trabalho. Com o passar do tempo, ao lado da tutela dos direitos individuais foi crescendo, tanto no Processo Comum como no Processo do Trabalho, a ideia de uma tutela dos direitos de grupo de pessoas. Essa matéria, ao longo da década de 1980, ganhou destaque por ter sido tema de seminários, discussões, ciclos de debates e de palestras. Nesse período surgiram algumas normas que foram se constituindo em um arcabouço legislativo que serve de base da tutela dos denominados direitos metaindividuais. No âmbito exclusivo do Processo do Trabalho, das três espécies dos direitos transindividuais estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990), pensamos que os direitos individuais homogêneos são aqueles que, com mais frequência, decorrem de uma relação de trabalho e por essa razão a tutela desses direitos pode ser feita na Justiça do Trabalho. Foi essa circunstância que nos estimulou a pesquisar a ocorrência desses direitos, como uma das espécies dos direitos transindividuais, e a legitimação para defendê-los na Justiça do Trabalho.

Palavras chave: direitos individuais homogêneos - legitimação - defesa - Justiça do Trabalho

Abstract: Even in the course of Law, we learned something about the normative jurisdiction of the Labor Court, which is exercised through the Collective Bargaining, and can create collective norms, maintaining, modifying or creating new working conditions. Over time, alongside the protection of individual rights, the idea of a protection of the rights of a group of people has grown, both in the Common Process and in the Labor Process. Throughout the 1980s, this subject gained prominence as it was the subject of seminars, discussions, debates and lectures. During this period, some norms emerged that were becoming a legislative framework that serves as a basis for the protection of so-called metaindividual rights. In the exclusive scope of the Labor Process, of the three species of

(*) Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 50, n. 99, p. 41-60, jul./dez./2017.

* Desembargador do TRT da 8ª Região. Professor da Universidade Federal do Pará - UFPa. Mestre em Direito e Doutorando em Direito Processual do Trabalho, ambos pela UFPa.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 463 29/06/2018 15:36:02

transindividual rights established by the Consumer Protection Code (Law nº. 8.078, of 11.9.1990), we think that individual homogeneous rights are those that more often derive from a relation of work and for that reason the protection of these rights can be done in the Labor Court. It was this circumstance that stimulated us to investigate the occurrence of these rights, as one of the species of transindividual rights, and the legitimation to defend them in the Labor Court.

Keywords: homogeneous individual rights - legitimation - defense - Labor Justice

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Delimitação do assunto objeto do texto. 3. Os direitos individuais homogêneos como uma das espécies dos direitos transindividuais. 4. Afinal, interesses ou direitos individuais homogêneos? 5. Noção sobre o conceito dos direitos individuais homogêneos. 6. Direitos individuais homogêneos decorrentes de uma relação de trabalho. 7. Breve noção sobre a defesa coletiva desses direitos. 8. Legitimação para agir em processo trabalhista na defesa dos direitos individuais homogêneos. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

"Você nunca sabe que resultados virão da sua ação.
Mas se você não fizer nada, não existirão resultados"
Mahatma Gandhi

Temos acompanhado, no correr do tempo, uma crescente evolução na doutrina e na jurisprudência na tentativa de disciplinar e estimular o uso e a aplicação das ações coletivas, por meio de processos coletivos, na defesa judicial de direitos e interesses supraindividuais.

Mas, nesse caminhar dos estudos que são apresentados sobre o tema, percebemos que o foco da preocupação tem sido em relação aos denominados interesses difusos e aos interesses coletivos *stricto sensu*. Havia, e ainda há, como que um esquecimento, proposital ou não, quanto aos direitos individuais homogêneos.

Fazendo uma visão panorâmica nos primeiros estudos apresentados sobre a matéria, constatamos que mesmo os eminentes processualistas, José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, precursores no assunto, não incluíram no início de suas preocupações a defesa dos direitos individuais homogêneos, tanto que Aluisio Gonçalves de Castro Mendes chega a afirmar, de modo categórico, que esses legendários mestres "destacaram-se no empreendimento de desbravar os novos conceitos e pavimentar os caminhos florescentes e espinhosos da tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos".[1]

[1] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional. 4ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo:

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 464 29/06/2018 15:36:02

Esse vazio legislativo, doutrinário e jurisprudencial foi observado por Carlos Henrique Bezerra Leite que, tratando da tipologia dos direitos ou interesses metaindividuais, enfatiza e registra o seguinte:

> "O critério analítico, didático e até exauriente adotado pelo legislador ao conceituar os interesses (ou direitos) difusos e coletivos não foi estendido aos interesses individuais homogêneos.
>
> Com efeito, vaticina o art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, que os interesses ou direitos individuais homogêneos são simplesmente os 'decorrentes de origem comum'.
>
> A lacônica conceituação legal rendeu, como era de se esperar, diversidade de posições na doutrina e na jurisprudência, residindo, aqui, seguramente, obstáculos ou barreiras técnicas e ideológicas, que têm impedido ou dificultado a adequada tutela dessa espécie de interesse metaindividual, não apenas no direito processual civil, como, também, no direito processual do trabalho".[2]

Foi em razão dessas circunstâncias que ficamos estimulados a pesquisar e desenvolver um texto que possa traduzir, ainda que de modo resumido, nosso pensamento sobre os direitos individuais homogêneos e a legitimação para defender esses direitos na Justiça do Trabalho.

2 - DELIMITAÇÃO DO ASSUNTO OBJETO DO TEXTO

Conforme já registramos antes, nosso propósito não é expor nossas ideias sobre os direitos transindividuais em geral, pretendemos tecer considerações sobre os direitos individuais homogêneos de natureza trabalhista, como espécie dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*.

Além disso, se é verdade que existe a possibilidade de se postular, pela via judicial, a reparação ou a ameaça de violação dos direitos individuais homogêneos trabalhistas, precisamos nos posicionar em relação a quem é reconhecida a legitimação para fazer, em juízo, essa postulação.

3 - OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS COMO UMA DAS ESPÉCIES DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

No rol dos direitos humanos ou fundamentais, há aqueles cujo titular é o indivíduo considerado isoladamente; outros, em que o titular é também o indivíduo, mas na condição de membro de um grupo; há, ainda, direitos em que a titularidade é do grupo ou da coletividade.

Em razão dessa circunstância surge a classificação dos direitos em direitos individuais e direitos coletivos. Em relação aos primeiros a titularidade é do

Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 200-201.

[2] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direito Processual Coletivo do Trabalho: na perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2015, p. 51.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 465 29/06/2018 15:36:02

indivíduo; no caso dos direitos coletivos a titularidade é da coletividade, com abstração dos indivíduos que compõem essa comunidade.

Para Ronaldo Lima dos Santos "bens e interesses que não se inserem na titularidade de uma única pessoa e cuja fruição abarca um número ilimitado ou excessivo de sujeitos, e que, por isso, transcendem a simples esfera individual, existem desde que se formaram os primeiros agrupamentos humanos".[3]

De fato. Historicamente sempre se admitiu a existência de objetos e lugares cuja utilização não era e nem foi restrita a um único titular. Desses objetos e desses lugares todos faziam uso e, de igual modo, todos reconheciam a necessidade de proteção desses objetos e lugares de uso e propriedade comum.

Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que "as transformações ocorridas na ordem econômica mundial nos últimos trinta anos e a proliferação dos conflitos de massa, mormente os que encontram residência entre as forças do capital e do trabalho, culminaram com o aparecimento de 'novos direitos', que não se enquadram adequadamente na dicotomia clássica direito público-direito privado".[4]

O conjunto desses interesses ou direitos que pertencem a uma comunidade ou grupo de pessoas costuma receber a denominação genérica de transindividuais, supraindividuais ou ainda metaindividuais que, entre nós, de *lege lata,* as espécies do gênero têm cada qual seu próprio *nomen iuris,* em distinção terminológica que não é lícito desconsiderar.[5]

As espécies do gênero direitos transindividuais a que se refere Barbosa Moreira, encontram-se mencionadas e definidas no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, aprovado que foi pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990, nos seguintes termos:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

---

[3] SANTOS, Ronaldo Lima dos. Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 57.

[4] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p. 19.

[5] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ação Civil Pública e programa da TV", *in* Revista de Direito Administrativo, RJ, vol. 201, p. 45-56, jul./set., 1995.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 466 29/06/2018 15:36:02

Como podemos observar, os interesses ou direitos individuais homogêneos (para usar a terminologia da lei) são espécies dos direitos transindividuais. Embora ocupando um lugar topograficamente apertado, eles se alinham com os interesses ou direitos difusos e com os interesses ou direitos coletivos, dando a impressão de que são galhos do mesmo tronco.

Pensamos, *data venia,* que essa posição é fruto de entendimento doutrinário, porque a lei, em rigor, não prescreve os interesses ou direitos individuais homogêneos como transindividuais. É só observar que nos incisos I e II, do parágrafo único, do art. 81, do CDC, que acima transcrevemos, o legislador, ao definir os "interesses ou direitos difusos" e os "interesses ou direitos coletivos", utiliza a expressão "... assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, ...", mas, essa expressão é suprimida quando trata da definição dos "interesses ou direitos individuais homogêneos", constando apenas, na sequência "... assim entendidos os decorrentes de origem comum".

Essa sutileza deixa a sensação de que os direitos individuais homogêneos são uma espécie de "filho enjeitado". E tanto isso é verdade que para alguns doutrinadores há direitos essencialmente coletivos, no caso os difusos e os coletivos em sentido estrito. E existem os direitos **acidentalmente coletivos,** os individuais homogêneos.[6]

4 - AFINAL, INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS?

O legislador brasileiro utilizou a expressão "interesses ou direitos" como se um termo excluísse o outro, uma vez que "ou" é um dos tipos de conjunções alternativas que materialmente une, mas formalmente desune.

Pensamos que o termo "interesses" é mais abrangente que a expressão "direitos".

É conhecida a definição de Ihering segundo a qual, "os direitos são os interesses juridicamente protegidos".[7]

Orlando Gomes lembra que há interesses que mesmo não sendo ilícitos ou imorais não são juridicamente protegidos. Exemplifica, citando TRABUCCHI, o caso do proprietário com interesse em que o seu vizinho não levante a casa de modo a privá-lo da beleza panorâmica que descortina. Por mais respeitável que seja esse interesse, não está juridicamente protegido. Não pode ele impedir a edificação adversa ao seu interesse, mas se a construção infringisse disposição reguladora da vizinhança, o interesse se configuraria como direito, porque seria um interesse juridicamente protegido.[8]

---

[6] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos". Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série, p. 195-197.

[7] IHERING, Rudolf Von. Teoria Simplificada da Posse, tradução Heloisa Buratti. 1ª edição. São Paulo: Rideel, 2005, p. 36.

[8] GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 108.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 467 29/06/2018 15:36:02

No entender de Kazuo Watanabe, no Código de Defesa do Consumidor, os termos interesses e direitos foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os interesses assumem o mesmo *status* de direitos, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.[9]

Uma boa parte dos juristas brasileiros têm demonstrado uma certa preferência pela expressão "interesses" quando se trata da defesa dos direitos de massa.

Um dos representantes dessa corrente é José Marcelo Menezes Vigliar que, após assinalar que faz uma opção consciente pela expressão "interesses", afirma que "a expressão direitos traz uma grande carga de individualismo, fruto mesmo de nossa formação acadêmica, sempre convidada a associar a defesa de direitos através do emprego de ações, numa perspectiva que pretende colocar o processo civil a serviço do autor, ou seja, daquele que afirma a posição favorável a partir do ordenamento jurídico".[10]

Há, contudo, vozes autorizadas que pensam de modo contrário. Defendem o entendimento de que o termo "interesses" é expressão equívoca, seja porque não existe diferença prática entre direitos e interesses, seja porque os interesses difusos e coletivos foram constitucionalmente garantidos e, portanto, apresentam-se como direitos.

Para os defensores desse pensamento, o que houve foi uma mera transposição da doutrina italiana, um italianismo decorrente da expressão *interessi legitimi* e que granjeou espaço na doutrina nacional e, infelizmente, gerou tal fenômeno não desejado.[11]

De nossa parte a preferência recai na expressão "direitos" por uma razão simples: a Constituição brasileira vigente, em seu art. 5º, XXXV, que faz parte do Título que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegura e determina que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a **direito**".

5 - UMA NOÇÃO SOBRE O CONCEITO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

De acordo com o art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, 11.9.1990), os interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A Lei nº 12.016, de 7.8.2009, que disciplina o Mandado de Segurança individual e coletivo, dispõe em seu art. 21, parágrafo único, que "os direitos

---

[9] WATANABE, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 739.

[10] VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tutela Jurisdicional Coletiva. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 45.

[11] DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. 10ª edição. v. 4. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 63.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 468 29/06/2018 15:36:02

protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: (...) II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante".

Como se observa, as duas definições legais asseguram que os direitos individuais homogêneos são aqueles que decorrem de origem comum.

Essas definições são incompletas e carregam consigo um feixe de dificuldades e de dúvidas para quem lida com o tema.

Esses direitos, ao contrário dos difusos e coletivos em sentido estrito, são essencialmente individuais e acidentalmente coletivos.

A origem comum, que é uma das características desses direitos, não impõe que os direitos devam decorrer do mesmo fato e ao mesmo tempo.

Nas palavras de Kazuo Watanabe "a origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a 'origem comum' de todos eles".[12]

Além da origem comum, outra característica dos direitos individuais homogêneos é a ausência de indivisibilidade, sendo possível o fracionamento; sendo possível determinar individualmente os lesados. Esses direitos têm em comum a procedência, ou seja, um fato jurídico que atinge diversos sujeitos ao mesmo tempo e em razão dessa circunstância coloca esses indivíduos em situação assemelhada.

Considerando esses aspectos, podemos projetar uma opinião no sentido de que os direitos individuais homogêneos são aqueles direitos individuais de pessoas determinadas ou determináveis, de regra disponíveis e de fruição singular, mas que decorrem de uma origem comum que lhe outorga homogeneidade e a possibilidade de um tratamento uniforme, sem que esses direitos percam o traço da individualidade.

Fixado esse ponto, o passo seguinte é procurar saber se esses direitos podem decorrer de uma relação de trabalho? Ou melhor, esses direitos individuais homogêneos podem surgir de uma relação de emprego?

6 - OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DECORRENTES DE UMA RELAÇÃO DE TRABALHO

Fixado o conceito dos direitos individuais homogêneos, o passo seguinte é procurar saber se esses direitos podem decorrer de uma relação de trabalho? Ou melhor, se esses direitos individuais homogêneos podem surgir de uma relação de emprego?

[12] WATANABE, Kazuo. Op. cit., p. 745.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 469 29/06/2018 15:36:02

Tratando do tema referente à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a doutrina costuma indicar como exemplo de "direito difuso trabalhista", a ser questionado por meio de Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho, a contratação de empregados por sociedade de economia mista e empresa pública sem a realização de concurso público. Como exemplo de "direito coletivo trabalhista" é indicada a tentativa de "eliminar a insalubridade de determinada empresa, ou de empresas de certa região e no âmbito de uma categoria profissional". E como "hipótese de direito individual homogêneo trabalhista" o "pagamento de diferenças salariais deferidas em normas coletivas".[13]

Tomando por base a experiência que pensamos ter sido adquirida em trabalhos já realizados atuando em vários processos trabalhistas, imaginamos poder indicar como direitos individuais homogêneos de natureza trabalhista as seguintes hipóteses:

6.1 - DESCUMPRIMENTO DA JORNADA NORMAL DE TRABALHO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA

Na Província Mineral de Carajás, localizada na Serra de Carajás, situada no município de Parauapebas, no Estado do Pará, no entorno da empresa que atua naquele local na extração de minério de ferro, existe um número considerável de médias e pequenas empresas que ali desenvolvem suas atividades como prestadoras de serviços, principalmente, de limpeza, transporte e vigilância.

Nessa província há um conflito sobre a jornada de trabalho que deve ser praticada por essas empresas. Algumas utilizam o turno ininterrupto de revezamento, mas a duração de cada turno vai além de 6 (seis) horas; outras adotam a jornada de trabalho de 12 (doze) horas de serviço por 36 (trinta e seis) horas de descanso com base em norma coletiva, mas essa norma é permanentemente descumprida em outras cláusulas assecuratórias de direitos convergentes com a jornada de trabalho como, por exemplo, os intervalos intra e interjornada e, ainda, o repouso semanal.

6.2 - REMUNERAÇÃO - INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

É comum, especialmente na atividade bancária, que uma parte dos empregados de cada instituição, pelo desempenho de funções destacadas do serviço geral, percebam como parcela remuneratória uma gratificação que, pelo uso e pelo costume, passaram a atender pela denominação de "gratificação de função".

Depois de certo tempo, por algum motivo, o empregado perde essa gratificação porque deixou de exercitar a função que justificativa o seu pagamento.

[13] CASTELO, Jorge Pinheiro. Tratado de Direito Processual do Trabalho na Teoria Geral do Processo. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2012, p. 342-343.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 470 29/06/2018 15:36:02

Em razão desse fato têm sido ajuizadas na Justiça do Trabalho uma quantidade significativa de reclamações (ações) individuais e algumas poucas reclamações coletivas (ações coletivas) questionando a incorporação dessa gratificação no conjunto remuneratório do empregado que deixou de recebê-la.

Nesses casos, de regra, as instituições bancárias (banco públicos, privados e casas bancárias) contra as quais são ajuizadas essas reclamações, são pessoas jurídicas de âmbito nacional ou regional e os empregados que alegam a violação representam um contingente razoável de pessoas físicas, daí nossa conclusão de que esses casos se caracterizam como violações a direitos individuais homogêneos, podendo ser resolvidos num único processo.

6.3 - CONDIÇÕES DE TRABALHO - TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO TRABALHO ESCRAVO

Como consequência das profundas transformações nos meios de produção de bens e serviços, surgiram vários conglomerados de empresas com propostas de exploração de matéria prima e a industrialização de produtos como uma das formas de desenvolvimento de um Estado ou mesmo de uma Região.

Foi nesse ambiente que se instalaram na Região Norte do Brasil, especialmente no Estado do Pará, empresas que se dedicam ao cultivo, beneficiamento e industrialização, por exemplo, de castanha do Pará, dendê e coco.

Esse tipo de atividade, pela sua natureza, é desenvolvido, em grande parte, na área rural, no campo, com a utilização de mão de obra braçal, onde prevalece mais o desforço físico.

Em razão dessa circunstância tem surgido, com muita frequência, a alegação de trabalho em condições análogas ao trabalho escravo, tudo porque, segundo àqueles que alegam, aos trabalhadores não são oferecidas as condições mínimas para um trabalho digno, já que não existe água potável para consumo; não há refeitório ou o equivalente para que os trabalhadores possam fazer suas refeições; não são oferecidos alojamentos para descanso e não existem banheiros com instalações mínimas para a higiene corporal e para uso por ocasião da satisfação das necessidades fisiológicas.

Essas são as alegações básicas para justificar o reconhecimento ao trabalho degradante e o pagamento de uma indenização por dano moral pelo desrespeito à dignidade do ser humano.

Há uma grande quantidade de reclamações individuais que já tramitaram e ainda estão tramitando em quase todas as Varas do Trabalho da 8ª Região Trabalhista, especialmente naquelas situadas no Estado do Pará (a 8ª Região Trabalhista tem jurisdição nos Estados do Pará e Amapá).

7 - UMA BREVE MENÇÃO SOBRE A DEFESA COLETIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS LISTADOS EXEMPLIFICATIVAMENTE

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 471 29/06/2018 15:36:02

Nas 3 (três) hipóteses que formulamos, com o intuito exemplificativo, pensamos que se fazem presentes as características dos direitos individuais homogêneos, pois os fatos e as possíveis violações dos direitos têm origem comum; os direitos são divisíveis, podem ser fracionados e os beneficiários podem ser identificados; a defesa desses direitos pode ser feita individualmente, por cada interessado, como aliás vem ocorrendo, mas pode também acontecer em processo coletivo, que representaria economia e evitaria decisões diferentes e conflitantes.

Os interesses ou direitos de massa, indiscutivelmente, constituem direitos individuais. Talvez um feixe de direitos individuais de feições idênticas ou muito semelhantes.

Por isso, é recomendável uma proteção coletiva, que pode ser feita por meio de uma única ação (reclamação). E assim entendemos porque os direitos são uniformes, o fato gerador é o mesmo, o que permite uma solução unívoca, evitando, assim, decisões contrárias ou diferentes.

8 - A LEGITIMAÇÃO PARA AGIR EM PROCESSO TRABALHISTA NA DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Uma vez assumida a posição de que os direitos individuais homogêneos são uma das espécies do gênero direitos transindividuais. E admitida a possibilidade de postular em juízo a preservação ou a reparação da violação desses direitos, a primeira indagação que surge é saber a quem se deve reconhecer qualidade para instaurar o processo como instrumento para a pretensão desejada.

O assunto é complexo. Mauro Cappelletti relacionou 4 (quatro) dificuldades para assegurar o acesso à Justiça para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*. A primeira dessas dificuldades diz respeito à **legitimação**, pois, em regra, o processo não está aberto a quem não possua algum nexo com o objeto deduzido no litígio. Essa visão clássica precisaria, segundo o autor italiano, ser adequada, a fim de dar espaço para a tutela de caráter metaindividual.[14]

Vamos externar nosso pensamento observando uma sequência de assuntos compatíveis com a matéria de fundo:

8.1 - *LEGITIMATIO AD CAUSAM*

Pelo Código de Processo Civil revogado, o de 1973, o exercício do direito de ação encontrava-se limitado a três condições: interesse de agir, legitimidade para agir e possibilidade jurídica do pedido. O Código de Processo Civil que está em vigor, o de 2015, exige como condições para exercitar o direito de ação, o interesse para agir e a legitimidade.

---

[14] CAPPELLETTI, Mauro *Apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 4ª edição, rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 100.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 472 29/06/2018 15:36:02

Consta do art. 17 do referido diploma legal que, "para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade".

De acordo com Humberto Theodoro Júnior, a legitimidade das partes é a titularidade ativa ou passiva da ação.[15]

Legitimatio ad causam é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento da tutela jurisdicional pedida com referência àquele que foi chamado em juízo.[16]

8.2 - LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA E LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA

A legitimação para ajuizar a ação pertence, de regra, ao titular do direito material que se diz violado.

Por legitimidade das partes entende-se, por um lado, que o autor da ação seja aquele a quem a lei assegura o direito de invocar a tutela jurisdicional em razão da violação sofrida; de outro, o réu, que é aquele contra o qual pode o autor pretender a reparação do direito alegado como violado.

Há, contudo, situações especiais em que a lei confere eficácia a legitimação a quem não é titular do direito em litígio.

Quando há coincidência entre o titular do direito violado e a pessoa que ajuizou a ação, estar-se-á diante da legitimação ordinária. Do contrário, quando a lei autoriza que alguém demande ou venha a ser demandado, em nome próprio, para defender direito que, supostamente, no todo ou em parte, não lhe pertence, o caso é de legitimação extraordinária.

8.3 - A NATUREZA DA LEGITIMAÇÃO PARA AS AÇÕES COLETIVAS

A doutrina especializada, no tocante à legitimação para as ações coletivas, apresenta 3 (três) posições: legitimação ordinária, legitimação autônoma e legitimação extraordinária.[17]

Um dos defensores da legitimação ordinária é Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que, comentando a atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública, afirma que a hipótese não é de substituição processual, uma vez que ele, Ministério Público, atua em nome próprio, defendendo interesse público, *lato sensu*, do qual é titular como órgão do Estado e da própria sociedade como um todo.[18]

---

[15] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, p. 57.

[16] LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, p. 159.

[17] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. cit., p. 254.

[18] CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. O Ministério Público no processo civil e penal:

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 473 29/06/2018 15:36:02

Os maiores defensores da legitimação autônoma para a defesa dos direitos coletivos são Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Esses doutrinadores defendem a ideia de que a dicotomia clássica da legitimação em ordinária e extraordinária só se justifica para o caso de direito individual. Dizem que quando a lei legitima alguém para a defesa de direitos coletivos, o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se poderá identificar o titular do direito defendido.

A legitimação para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária, não se trata de substituição processual; mas de legitimação autônoma para a condução do processo: a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.[19]

Como um dos defensores da terceira corrente, a que admite se tratar de legitimação extraordinária, temos José dos Santos Carvalho Filho, o qual assevera que de acordo com a Constituição brasileira o Ministério Público tem como uma de suas atribuições institucionais, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por isso, quando o MP atua em nome próprio na defesa de interesses de terceiros, a legitimação é extraordinária.[20]

Registramos ser este último entendimento (legitimação extraordinária) o que vem prevalecendo na jurisprudência nacional, citando, em abono dessa tese, decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 208.790-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão. DJU 15.12.2000).

8.4 - O SISTEMA, EXISTENTE NO BRASIL, PARA A LEGITIMAÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

Edilson Vitorelli, abordando o problema entre o grupo titular de direitos coletivos e o legitimado coletivo que é parte do processo, registra que entre 1977 e 1981, José Carlos Barbosa Moreira escreveu quatro artigos que estavam destinados a se tornar a certidão de nascimento dos debates do processo coletivo brasileiro.[21]

Um desses artigos a que se refere Vitorelli, é "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro", onde o autor expõe que o anseio, hoje tão generalizado, pela proteção efetiva dos interesses difusos, suscita renovada meditação sobre problema clássico da ciência processual: o da legitimação para agir.

Prosseguindo em sua análise, Barbosa Moreira enfatiza que, afastada, por motivos óbvios, a solução consistente em atribuir tal legitimação, em conjunto, à

---

promotor natural, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988, p. 23-24.

[19] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante em vigor, p. 1.885.

[20] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública: comentários por artigos, p. 78.

[21] VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 474 29/06/2018 15:36:02

totalidade dos co-titulares, isto é, em reputá-los litisconsortes ativos necessários, de várias outras se pode, em princípio, cogitar. Na sequência o articulista relaciona a **legitimação concorrente**, a **legitimação de pessoas jurídicas** (sociedades e associações) e a **legitimação de órgãos do próprio aparelho estatal,** de que constitui protótipo o Ministério Público, sendo essas as técnicas de legitimação nas ações coletivas.[22]

Acompanhando o movimento da tutela coletiva no mundo, e seguindo a linha já traçada por Barbosa Moreira, a solução encontrada pelo ordenamento jurídico brasileiro, em termos de legitimação, foi agrupar, conforme a natureza da pessoa autorizada, em três espécies de legitimados, a saber:

a) Legitimação do particular (o cidadão como, por exemplo, na ação popular, Lei nº 4.717/1965);

b) Legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (do que são exemplos os sindicatos, as associações civis e os partidos políticos - CF/ art. 5º, LXX);

c) Legitimação dos órgãos do Poder Público (Ministério Público e Defensoria Pública - Lei nº 7.347/1985).

O Brasil possui uma **legitimação plúrima e mista.** Plúrima por serem vários os entes legitimados; mistas por serem legitimados entes da sociedade civil e do Estado.[23]

8.5 - A LEGITIMAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Conforme tentamos demonstrar no item que tratamos do tema, os direitos individuais homogêneos são, na realidade, direitos subjetivos individuais, que são homogêneos porque são direitos assemelhados e que por isso podem ser defendidos coletivamente.

É conhecida a expressão de Teori Albino Zavascki, segundo a qual, "é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais)".[24]

Na visão da doutrina estrangeira, a partir de Mauro Cappelletti e Andrea Proto Pisani, a própria condução coletiva de direitos individuais homogêneos perante os tribunais, representa verdadeiro exercício de direito social. Ou seja, o interesse social surge do fato de a controvérsia não ser tratada a título individual, de acordo com as categorias processuais clássicas, mas ser visto, no âmbito coletivo, não mais pela soma de interesses individuais homogêneos, mas frente a um feixe

---

[22] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro", *in* Revista Forense, vol. 276, ano 77, Out-Nov-Dez de 1981, p. 1-6.

[23] DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Op. cit. p. 182.

[24] ZAVASCKI, Teori Albino. "Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos", *in* Rev. MPT - Brasília, nº 10 - 2º semestre - setembro de 1995, p. 28-50.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 475 29/06/2018 15:36:02

de interesse de massa. É certo que cada interesse individual pode ter solução no plano do processo clássico, por intermédio de ações ou reclamações trabalhistas. Não há dúvida. Nesse caso, tratar-se-á inquestionavelmente de um direito, mais ou menos disponível, individual. Mas, na medida em que enfeixamos esses direitos individuais como um todo, conduzindo-os conjuntamente à solução processual, estamos conferindo dimensão política ao tratamento coletivo dos interesses, que deixam, portanto, de pertencer ao plano meramente individual, para serem transportados ao plano social.[25]

Há, contudo, em se tratando de direitos individuais homogêneos, algumas questões a serem superadas quando o tema é legitimação para o ingresso no Judiciário Trabalhista em defesa desses direitos.

O primeiro ponto é que na ação coletiva não há coincidência entre a titularidade do direito material e a titularidade do direito processual: aquele que é parte legítima para mover a ação judicial não é titular do direito material que se pretende defender em juízo.

Outro, é que ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico (CPC/2015/ art. 18).

E mais: no direito positivo brasileiro, foi no processo do trabalho que surgiu a primeira preocupação com a defesa dos direitos transindividuais, com a ação de dissídio coletivo prevista no art. 856, da CLT, que foi aprovada em 1943. Esse tipo de dissídio trabalhista é a forma de defesa, ao mesmo tempo, de direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos.

Como se observa, deve-se à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o pioneirismo legislativo na tutela dos direitos transindividuais em juízo.

Porém, como assinala Nelson Nery Júnior, o primeiro diploma a regular, de forma sistemática, a defesa dos direitos supraindividuais em juízo, foi a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24.7.1985).

De acordo ainda com esse renomado processualista brasileiro, apesar do pioneirismo da CLT, o que é certo é que nos dias atuais o sistema previsto na Consolidação das Leis do Trabalho mostra-se insuficiente para atender à demanda dos direitos transindividuais de natureza trabalhista, razão pela qual cada vez mais estão sendo ajuizadas ações coletivas, de variada ordem, na Justiça do Trabalho.

Dada essa omissão na principal fonte do direito material e processual do trabalho, a CLT, prossegue o autor, a ação coletiva que não seja dissídio coletivo (CLT 856ss), nem ação de cumprimento (CLT 872), ações essas que têm regras próprias fixadas na CLT, devem ser ajuizadas com fundamento no *sistema normativo do processo civil coletivo brasileiro* (CF, LACP, CDC e, subsidiariamente, CPC).[26]

---

[25] GRINOVER, Ada Pellegrini. "A ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho: pedido, efeitos da sentença e coisa julgada", *in* Revista do Ministério Público do Trabalho em São Paulo, nº 2, p. 49-60, out. de 1998.

[26] NERY JÚNIOR, Nelson. "O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos - um estudo sobre a ação civil pública trabalhista", *in* Revista LTr, vol. 64,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 476 29/06/2018 15:36:02

Por tudo que procuramos demonstrar, dentro dos limites aceitáveis para o presente trabalho, pensamos que têm legitimidade para ajuizar ações coletivas na Justiça do Trabalho para defesa de direitos individuais homogêneos: **o Ministério Público do Trabalho, por excelência; as entidades sindicais, as associações civis, a Defensoria Pública e os órgãos governamentais (União, Estados, Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas).**

Essa legitimação ativa que cogitamos é conferida, no plano constitucional pela CF, art. 8º, III (ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas); pelo art. 129, III e § 1º (São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) § 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei). No plano da lei ordinária pela LACP, art. 5º (Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007) a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico).

8.6 - UMA PALAVRA SOBRE A LEGITIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR, NA JUSTIÇA DO TRABALHO, AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A Defensoria Pública, sem dúvida, exerce uma função essencial à Justiça. Por isso, segundo entendemos, não há nada que justifique a limitação do seu desempenho ao simples patrocínio de causas individuais. É na esfera coletiva que poderá se dar o seu patrocínio judicial, mas não apenas para suprir a capacidade postulatória de associações, mas também para a de indivíduos, para o ajuizamento de postulações de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ajuizou a ADIn 3943 pugnando pela inconstitucionalidade da previsão de legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas, contida no inciso II,

---

nº 02, fevereiro de 2000, p. 151-160.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 477 29/06/2018 15:36:02

do art. 5º, da Lei nº 7.347/1985, inserido por força da Lei nº 11.448/2007. Em 7 de maio de 2015, o STF, por unanimidade, julgou improcedente a ação e reconheceu a constitucionalidade da atuação da Defensoria Pública e sua legitimação para ajuizar ações coletivas.

9 - CONCLUSÃO

Conforme registramos em dado momento deste trabalho, os debates sobre o processo coletivo brasileiro iniciaram nos idos de 1977 e ganharam espaço ao longo da década de 1980. É, portanto, um processo novo, carente de um sistema processual adequado não só no âmbito do processo civil como, e principalmente, na seara do direito processual do trabalho.

A CLT, embora tenha sido a primeira a regular processualmente a matéria, mas é limitadíssima, não tendo acompanhado a evolução dos conflitos de grupos, de categoria e das comunidades.

É certo também que há uma profunda e quase insuperável resistência em aceitar sair do sistema tradicional, litígio de um p'ra um, individual, e aceitar, com boa vontade, a ação coletiva que leva ao processo coletivo.

Corremos o risco e a deselegância de pensar que essa resistência pode ter por base a falta de uma maior convivência com a matéria.

No âmbito da Justiça do Trabalho, onde pensamos que o processo coletivo poderia proporcionar uma economia processual, uma vez que com uma ação poderia ser evitada uma grande quantidade de reclamações individuais, o tema ainda é pouco explorado. Falta a tradição e aqui e ali temos algumas decisões que terminam desencorajando o ingresso de outras ações dessa mesma categoria.

Mas, apesar desse cenário, precisamos caminhar firme, errando aqui acertando ali, procurando assimilar os ensinamentos de outros países que já avançaram seus procedimentos na utilização das ações coletivas.

Neste modesto e simples trabalho, nossa preocupação foi fazer uma investigação inicial sobre os direitos individuais homogêneos de natureza trabalhista, como uma das espécies dos direitos transindividuais. Pesquisamos também, ainda que modo superficial, a legitimação para o ajuizamento de ações na Justiça do Trabalho na defesa desses direitos. Mas, é evidente que há um leque de outras situações que merecem ser pesquisadas e estudadas para uma melhor atuação na satisfação da pretendida tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

CASTELO, Jorge Pinheiro. Tratado de Direito Processual do Trabalho na Teoria Geral do Processo. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2012, p. 342-343.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública: comentários por artigos, p. 78.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 478 29/06/2018 15:36:02

CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988, p. 23-24.

CAPPELLETTI, Mauro *Apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 4ª edição, rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 100.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. 10ª edição. v. 4. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 63.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 108.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "A ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho: pedido, efeitos da sentença e coisa julgada", *in* Revista do Ministério Público do Trabalho em São Paulo, nº 2, p. 49-60, out. de 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direito Processual Coletivo do Trabalho: na perspectiva dos direitos humanos. São Paulo: LTr, 2015, p. 51.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, p. 159.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional. 4ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 200-201.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Ação Civil Pública e programa da TV", *in* Revista de Direito Administrativo, RJ, vol. 201, p. 45-56, jul./set., 1995.

_____, José Carlos Barbosa. "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos". Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série, p. 195-197.

_____, José Carlos Barbosa. "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro", *in* Revista Forense, vol. 276, ano 77, Out-Nov-Dez de 1981, p. 1-6.

NERY JÚNIOR, Nelson. "O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos - um estudo sobre a ação civil pública trabalhista", *in* Revista LTr, vol. 64, nº 02, fevereiro de 2000, p. 151-160.

_____, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante em vigor, p. 1.885.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2008, p. 57.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, p. 57.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tutela Jurisdicional Coletiva. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 45.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 479 29/06/2018 15:36:02

WATANABE, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2001, p. 739.

ZAVASCKI, Teori Albino. "Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos", *in* Rev. MPT - Brasília, nº 10 - 2º semestre - setembro de 1995, p. 28-50.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 480 29/06/2018 15:36:02

INDERROGABILIDADE DA NORMA E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS EM FACE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: LIMITES IMPOSTOS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS *

Arion Sayão Romita
Da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

> ...i rapporti di lavoro sono rapporti in serie o, come oggi si dice, di massa, la tutela del lavoratore non soltanto è diretta a preservare l'ordine pubblico, ma più generalmente e immediatamente soddisfa un interesse sociale.
> As relações de trabalho são relações em série ou, como hoje se diz, de massa, a proteção do trabalhador não somente preserva a ordem pública, mas também de modo mais geral e imediato satisfaz um interesse social(*).

Introdução

Dispõe o art. 2113 do Código Civil italiano, de 1942: "Não são válidas as renúncias e as transações que têm por objeto direitos do empregado derivados de disposições inderrogáveis da lei e das convenções e acordos coletivos concernentes às relações de trabalho".

A Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, de 1943, não contém preceito idêntico, mas reza, no art. 9º, que "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação"; e, no art. 444, que "as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e as decisões das autoridades competentes".

Embora sem referência expressa a renúncia e a transação, a lei brasileira, no fundo, reproduz o mesmo preceito do código italiano, sem embargo de omitir o caráter inderrogável das normas que preveem os direitos. Não há dúvida, porém, de que os direitos assegurados ao empregado pelas fontes formais do direito do

* Publicado na Revista TRT-8ª Região, v. 50, n. 99, p. 93-112, jul./dez./2017.

(*) SANTORO-PASSARELI. Francesco. Saggi di diritto civile, t. II, Nápoles: Dott Eugenio Jovene, 1961, p. 1.072.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 481 29/06/2018 15:36:02

trabalho são irrenunciáveis e não podem constituir objeto de transação, ante o caráter inderrogável da norma que os assegura.

Essa afirmação é pacífica na doutrina trabalhista brasileira. Para citar apenas um autor, entre todos os que explanam a matéria, lembremos a lição de Evaristo de Moraes Filho: "O direito do trabalho é um direito imperativo, que limita deliberadamente a suposta liberdade de contratar, intervindo o Estado naquela esfera, outrora sagrada, da autonomia da vontade, da doutrina liberal. Escreve o Estado, com sua não poderosa, a maioria das cláusulas do contrato de trabalho, sendo quase todas de interesse público, irrevogáveis e irrenunciáveis por pactos particulares" [1].

1. Inderrogabilidade da norma e indisponibilidade de direitos

Essas noções, que eram correntias durante os chamados "trinta anos gloriosos" (os posteriores ao término da Segunda Guerra Mundial), sofreram abalo após a crise econômica gerada pela elevação dos preços do petróleo (1973-1979). Mediante negociação coletiva, passou-se a admitir a transação de direitos em determinadas hipóteses, expressa e taxativamente enumeradas (Constituição brasileira de 1988, art. 7º, incisos VI, XIII e XIV). Registra-se forte tendência a estender essa possibilidade a outros direitos, porém, impõe-se o reconhecimento de limites impostos pelos direitos fundamentais.

Na evolução histórica do direito do trabalho, passou-se gradualmente da necessidade de tutela dos benefícios de natureza pecuniária ao reconhecimento das consequências derivadas da implicação da pessoa do trabalhador no desenvolvimento da relação de emprego: se uma das partes (o empregador) utiliza somente valores econômicos e bens patrimoniais, a outra (o empregado) envolve e aplica a própria pessoa, daí a necessidade da adoção de um complexo de garantias particulares atinentes à posição jurídica típica dessa situação [2].

Considerando que, de acordo com o disposto no art. 41 da Constituição italiana, de 1948, a dignidade humana constitui limite imposto ao desenvolvimento da iniciativa econômica privada, a doutrina peninsular preconizava a tutela da liberdade moral do empregado, na qual se especificam os valores derivados do reconhecimento da dignidade humana [3].

Certo, porem, é que, levadas em conta as observações acima, dada a inderrogabilidade da norma, os direitos assegurados ao empregado pelas fontes formais do direito do trabalho são irrenunciáveis; além disso, são indisponíveis, vale dizer, não podem constituir objeto de transação.

---

[1] MORAES FILHO. Evaristo de. Tratado Elementar de Direito do Trabalho, vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 37.

[2] SMURAGLIA. Carlo. Indisponibilità e inderrogabilità del diritto del lavoro, in Luisa Riva Sanseverino e Giuliano Mazzoni (dir.). Nuovo trattato di diritto del lavoro, vol. II, Pádua: CEDAM, 1971, p. 711.

[3] SMURAGLIA, Carlo. La persona del prestatore nel rapporto di lavoro, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1967, p. 347.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 482 29/06/2018 15:36:03

Por limitarem a autonomia contratual dos participantes, as normas de direito do trabalho são normas de ordem pública[4]. Seus efeitos não podem ser tolhidos pela vontade dos contratantes, vale dizer, trata-se de normas de ordem pública social, por transcenderem o interesse puramente individual e visarem ao interesse social[5].

Afirma-se que, do ponto de vista formal, o direito do trabalho pode ser qualificado como ordenamento de ordem pública[6]. Na classificação das normas jurídicas em imperativas e dispositivas (*ius cogens* e *ius dispositivum*) o critério decisivo é de ordem pública, pois as normas cogentes são de ordem pública, impositivas, inderrogáveis pela manifestação da vontade dos particulares, vale dizer, são aquelas cujos efeitos não podem ser renunciados pelos pactos privados. Esta noção remota ao direito romano. Papiniano disse: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (o direito público não pode ser alterado pelos pactos dos particulares)[7]. Cabe esclarecer que, no direito romano, *ius publicum* designa as leis de ordem pública (não é direito público, segundo a concepção contemporânea)[8].

Mas o que é, afinal de contas, ordem pública?

O conceito de ordem pública deriva da correlação existente entre a política e o direito. A ordem pública é o reflexo do ambiente geral da ordem jurídica vigente em determinado momento, em dada sociedade. Por isso, varia no tempo e no espaço. Ela é função da fisionomia social que o legislador retrata por meio do ordenamento jurídico. Fixando os limites dentro dos quais a autonomia de cada qual pode movimentar-se, deve ser entendida como instrumento técnico do qual se serve a política para impor sua vontade aos indivíduos.

A importância essencial está ancorada nos requisitos básicos que a sociedade estima indispensáveis à sua própria estabilidade. Por este motivo, a ordem pública pode ser definida como "o conjunto de condições essenciais a uma vida social conveniente, fundamentada na segurança das pessoas e nos bens, na saúde e na tranquilidade pública".

A ordem pública, em suma, consiste no conjunto de valores e preceitos que, em dado momento histórico, asseguram a coesão básica da sociedade, entendendo-se por coesão (ou solidariedade) social a consistência interna de um agregado social, refletida na capacidade de prevenir ou compor conflitos entre os componentes do grupo e a eficácia dos padrões de defesa externa.

---

[4] PERGOLESI, Ferrucio. Diritto del lavoro, 3ª ed., Bolonha: Dott. Cesare Zuffi, 1949, p. 13.

[5] KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de derecho del trabajo, Buenos Aires: Depalma, 1974, v. I, p. 13.

[6] SANSEVERINO. Luisa Riva. Curso de direito do trabalho, trad. Élson Gottschalk, São Paulo: LTr, 1976, p. 18.

[7] D. Liv. II, tit. 14, *de pactis*, 38.

[8] PEIXOTO. José Carlos de Matos. Curso de direito romano, 2ª ed., Rio de Janeiro: Fortaleza, 1950, t. I, p. 182.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 483 29/06/2018 15:36:03

Ante o exposto, deduz-se que, por serem de ordem pública, as normas de direito do trabalho são inderrogáveis, vale dizer, sua aplicação não pode ser impedida pelo consenso dos particulares. Consequentemente, os direitos por elas previstos em favor do empregado são irrenunciáveis em sede individual: caracteriza-se a norma inderrogável corno *prius*, e a indisponibilidade dos direitos como *posterius*. Por indisponibilidade, entenda-se: irrenunciabilidade e intransigibilidade. Da inderrogabilidade da norma deriva, portanto, a invalidade (ou nulidade: CLT, art. 9º) dos atos de disposição praticados pelo empregado.

2. Transformações do direito do trabalho: a flexibilização

A legislação que regula as relações de trabalho foi implantada no Brasil nos anos 30 e 40 do século XX, diante de circunstâncias históricas, sociais e culturais bem diferentes das de hoje.

No plano da economia, o Brasil era, naquela quadra histórica, "um país essencialmente agrícola", começando a ingressar no campo da industrialização. Politicamente, vigorava no País um regime caracterizado pelo autoritarismo e pelo corporativismo, importados da Itália de Mussolini.

No início do século XXI, o Brasil é a nona economia do mundo industrializado e já assimilou os novos métodos de organização do trabalho introduzido pela cibernética e pela informática. Politicamente, o Brasil se constitui em Estado democrático de direito, como se lê no art. 1º da Constituição de 5 de outubro de 1988. Parece certo, em consequência, que a legislação do trabalho adequada aos anos 30 e 40 do século XX não se afeiçoa às novas circunstâncias econômicas e políticas do País, no pótico do século XXI.

Para que a solene afirmação lançada na Lei Maior no seu dispositivo inicial não passe de mera norma de fachada, será necessário fazer penetrar a ideia da democracia no campo da regulação das relações de trabalho. A democracia não deve restringir-se ao plano da organização dos poderes do Estado, mas deve também penetrar no âmago da regulação das relações de trabalho. Esta é a tarefa do jurista de hoje: pugnar pela democratização do regramento que preside às relações individuais e coletivas de trabalho. Urge expelir do ordenamento jurídico os resquícios de autoritarismo e corporativismo que ainda maculam a legislação do trabalho brasileira.

A legislação trabalhista brasileira é fruto da atividade intervencionista do Estado, que relega a plano secundário a autonomia coletiva dos grupos.

Quando implantada no País, a regulação estatal das relações de trabalho baseava-se em dois pressupostos: 1º) as relações coletivas de trabalho eram manifestações da luta de classes e suas consequências deveriam ser evitadas a qualquer preço, mediante o estabelecimento da paz social; 2º) temia-se que as repercussões dessa luta pudessem afetar o conjunto da sociedade, devendo em consequência ser conjuradas no nascedouro quaisquer possibilidades de rebeliões sociais. O Estado, no desempenho de seu duplo papel de nume tutelar dos interesses das classes dominantes e de mediador entre antagonismos sociais,

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 484 29/06/2018 15:36:03

intervém perseguindo diversos objetivos: 1º) desenvolver a regulação minuciosa das condições de trabalho, a fim de tornar desnecessária a ação sindical; 2º) condicionar os interessados a buscar no Estado a solução dos conflitos ocorrentes; 3 º) outros objetivos, que no momento não cabe analisar.

Como consequência dessa intervenção, abundante legislação é promulgada, em obediência a alguns pressupostos básicos, dos quais cabe destacar: heterorregulação das condições de trabalho; fragilidade - praticamente inexistência - da contratação coletiva; sindicato único imposto por lei e sujeito à intervenção do Estado; sindicalização por categorias; contribuição sindical criada por lei, como instrumento da submissão das entidades de classe ao Estado; competência normativa dos tribunais do trabalho, com o intuito de evitar o entendimento direto entre os grupos interessados; proibição da greve (logicamente, não há necessidade de greve, se há uma justiça do trabalho dotada de poder normativo); cooptação das lideranças sindicais no *establishment*.

Segue-se, porém, o período iniciado em 1978, que se consolida no ano imediato e se prolonga até os dias de hoje. Esse período se caracteriza pela afirmação de certo número de sindicatos livres da interferência do Estado; autonomia sindical; reconhecimento da autonomia coletiva; atuação de centrais sindicais surgidas espontaneamente, à margem das entidades "oficiais"; prática incipiente da negociação coletiva; tolerância da greve.

Sobrevém a Constituição de 5 de outubro de 1988, que pretende implantar no País um "Estado Democrático de Direito" (art. 1º). No campo específico das relações de trabalho, esse desiderato não foi plenamente alcançado. Em parte, é certo que algumas medidas positivas foram adotadas, porém muito do regime autoritário anterior foi conservado.

Para que o Brasil se constituísse efetivamente em Estado Democrático de Direito, seria necessário que adotasse o modelo da autonomia coletiva para a regulação das condições de trabalho. Em parte, a Constituição de 1988 atende a esse objetivo: dá ênfase à negociação coletiva; consagra a autonomia sindical; empresta regulação moderna e adequada ao direito de greve.

A legislação estatal, imposta de cima para baixo, enrijece as relações de trabalho, quer individuais quer coletivas. Deixa pouco espaço para a flexibilidade, ou possibilidade, de adequação às exigências de cada hipótese concreta. Esta legislação aumenta de volume constantemente, mas o desemprego reduz o universo de trabalhadores aos quais ela se aplica.

Em certos casos, a rigidez exerce alguma influência não para estimular o empresário a dispensar empregados, mas para desestimulá-lo a admitir novos. E também anima trabalhadores que perderam o emprego, ou enfrentam dificuldades para encontrar o primeiro, à imersão no chamado setor informal do mercado de trabalho.

O tema da flexibilização das leis do trabalho revela-se fascinante porque, no exame desta matéria, o estudioso é obrigado a reconhecer quão procedente se mostra a "confissão de humildade " feita por Otto Kahn-Freund em sua preciosa

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 485 29/06/2018 15:36:03

obra dedicada a "O trabalho e o direito": ele considera a lei uma força secundária nos assuntos humanos, especialmente nas relações de trabalho. A flexibilização opera seus efeitos, independentemente da manifestação dos teóricos. Muitos destes estudiosos pretendem parar o vento com as mãos: deblateram contra a flexibilização, reclamam novas leis rígidas, mas o fenômeno, decorrente de transformações políticas e econômicas, segue seu rumo. Por outro lado, os entusiastas da flexibilização, muitas vezes exagerados ao ponto de postular a desregulação, não percebem que os fatos, no terreno da disciplina legislativa das relações de trabalho, submetem-se à viscosidade típica destes assuntos: a resistência que todo fluído oferece ao movimento relativo de qualquer de suas partes também se verifica nesta matéria, como em quase todas as demais abrangidas no âmbito da política social, terreno fértil em que as convicções ideológicas dos autores encontram espaço para afirmação.

O direito do trabalho, entendido como o ramo do Direito que promove a composição dos conflitos de interesses oriundos da prestação de trabalho subordinado e a adoção de medidas que visem à melhoria da posição social dos trabalhadores, desempenha um relevante papel social, podendo ser utilizado como instrumento da política de emprego. O direito do trabalho, mais do que qualquer outro ramo do direito, sofre a influência das mudanças e das transformações verificadas no campo político, por exemplo, pela instauração do regime democrático em substituição a um regime autoritário, mas também das modificações operadas no ambiente social e na situação econômica.

O direito do trabalho não pode subtrair-se à realidade econômica, política e social.

O conteúdo da relação de trabalho - ou seja, a regulação dos direitos e deveres dos sujeitos da relação contratual de trabalho - não cessa de evolucionar sob a pressão dos fatores econômicos, ou, antes, do sistema de valores históricos e culturais da sociedade. O direito do trabalho constrói-se sobre uma realidade mutável e é diretamente influenciado pelos fatores econômicos, políticos, culturais e sociais, enfim, pela relação de forças existentes entre os interlocutores sociais.

Fala-se em crise econômica e em crise do direito do trabalho. A flexibilização seria uma das respostas a elas.

Diante da nova realidade, a palavra-chave do discurso econômico e social dos últimos anos é a flexibilidade do mercado de trabalho. Novamente deparamos questão semântica: o conceito de flexibilidade está longe de ser unívoco e todos - governos, empresários, sindicatos de trabalhadores - o manejam de acordo com seus propósitos específicos. Todos, de modo geral, o admitem, porque ninguém deseja aparecer como defensor do contrário, ou seja, da inflexibilidade. Que medidas, contudo, devem traduzir essa flexibilidade, com repercussão sobre as normas de direito do trabalho? Basicamente, podemos afirmar que a flexibilidade concerne às formas de contratação, à duração do trabalho, à estipulação dos salários, à negociação coletiva e, sobretudo, ao regime de dispensa[9]. O objetivo

[9] HOYO, Arturo. La flexibilización del Derecho Laboral tradicional: tendencias

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 486 29/06/2018 15:36:03

- geralmente aceito sem discrepâncias dignas de nota - seria o de ampliar a produtividade das empresas. O aumento da produtividade pode ser direto, quando resulta de produção adicional por empregado, ou indireto, quando deriva de maior flexibilidade no trabalho.

Se o mundo assistiu a um fantástico desenvolvimento econômico nos anos 1950 e 60, os anos 1970 sofreram o reflexo da elevação dos preços do petróleo. O progresso tecnológico causou grande impacto sobre o emprego no interior da empresa e sobre a política de emprego na visão global da economia.

A crise econômica dos anos 1980 levou os empregadores, nos países de capitalismo avançado, a exigir maior flexibilidade do mercado, do emprego e da organização do trabalho. O direito do trabalho passou a ser questionado. O poder dos trabalhadores organizados em sindicatos passou a ser hostilizado: reclamava-se menor ingerência dos sindicatos.

Sustenta-se que está ultrapassada a concepção de estruturas universais do tipo tayloriano e fordista. Horários personalizados, acomodação do tempo de serviço, salários dependentes dos resultados e do interesse revelado pelos empregados, círculos de qualidade, equipes autônomas, transferência de gestão, negociações mediante mútuas concessões, integração do trabalhador na vida da empresa - eis alguns tópicos da "panóplia" da parceria proposta.

A própria ação do Estado é posta no pelourinho. Os sindicatos reivindicavam, os empregadores recusavam e o Estado decidia "no sentido do progresso social", a fim de restabelecer o equilíbrio de forças entre o capital e o trabalho. Afirma-se que essa fase de legislação unidirecional, unilateral, uniforme e autoritária findou. Os trabalhadores não se acham mais em estado de debilidade legal em face dos empregadores, o que é perfeitamente visível nas empresas que atuam no setor monopolístico do Estado.

Preconizam-se vários tipos de flexibilidade: econômica, técnica, social, mas também, numérica e de gestão. A nova política social patronal, desenvolvida para enfrentar a crise, depende de uma melhor produtividade do trabalho e seu instrumento é a flexibilidade, conceito amplo, que cobre vasto espectro, desde uma flexibilidade das relações sociais (eliminação da rigidez jurídica), passando pela flexibilidade do aparato produtivo (automatização) e chegando à flexibilidade na utilização da força de trabalho (emprego do tempo de trabalho).

O instrumento apto a implementar as medidas de flexibilização do direito do trabalho é a negociação coletiva. Não se pode, porém, admitir que, pela via da negociação coletiva, todos os direitos dos empregados possam ser transacionados. Há limites para a atuação dos interlocutores sociais, limites esses derivados da observância dos direitos fundamentais.

3. Os limites impostos à negociação coletiva pelos direitos fundamentais

internacionales recientes, in Derecho Laboral, n. 47, jul.-set. de 1987, p. 519.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 487 29/06/2018 15:36:03

Mercê do crescente prestígio da negociação coletiva, consequências práticas advêm da adoção dos novos métodos de gerenciamento do trabalho, surgidos após as transformações acima indicadas: 1º - mudança do lugar em que se processa a negociação entre empregado e empregador; 2º - mudança do nível da negociação; 3º - mudança do momento em que ocorre a negociação; 4º - mudança da natureza dos direitos negociados.

Atualmente, a negociação entre empregado e empregador se desenvolve nas Varas do Trabalho, quando do ajuizamento da reclamação pelo trabalhador que acabou de perder o emprego. As estatísticas informam que cerca de 60% das ações trabalhistas findam por acordo, de resto previsto e, a bem dizer, imposto por lei. Não por acaso, os órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho chamavam-se, até bem pouco tempo atrás, Juntas *de Conciliação* e Julgamento. Só se julgava se fracassasse a conciliação.

Os órgãos de primeiro grau de jurisdição existem basicamente para conciliar. No momento processual da conciliação, os supostos direitos irrenunciáveis, inegociáveis, indisponíveis, etc. do trabalhador despem-se dessas características e passam a constituir objeto de um acordo, quase sempre confortável para o empregador. Os direitos do trabalhador só são indisponíveis na empresa, enquanto se executa o contrato de trabalho. Depois disso, tornam-se perfeitamente negociáveis. Pois bem: desloca-se a negociação do espaço físico das Varas do Trabalho para a sede do sindicato ou da empresa. Na prática, as Varas do Trabalho passarão a exercer sua verdadeira função: julgar, e não (predominantemente) conciliar. O lugar da negociação não deve ser a Justiça do Trabalho, mas sim aquele que o contato direto entre os interessados indicar.

No momento atual, a negociação nas Varas do Trabalho se processa com a atuação exclusiva de empregado e do empregador, ambos com a assistência dos respectivos advogados (ansiosos pela celebração do acordo) e sob as vistas do magistrado (também ansioso ultimação do ajuste entre as partes para pôr fim ao processo). Esta negociação se dá, portanto, em nível individual. Não há participação do sindicato. Os direitos debatidos são exclusivamente os do reclamante, autor da ação. Não estão em jogo os interesses da coletividade de trabalhadores em que se integra o empregado envolvido no litígio. A negociação desejada, entretanto, é coletiva. Vai interessar a toda a coletividade, não apenas a este ou àquele reclamante, atomizado, considerado individualmente. O nível da negociação se altera: de individual torna-se coletiva. Os interesses dos trabalhadores serão considerados não como objeto de uma negociação individual processada em juízo, mas como fonte de direito, envolvendo os de toda uma coletividade.

Hoje, a negociação ocorre após o término do contrato de trabalho. As estatísticas demonstram que, em sua esmagadora maioria, as reclamações trabalhistas são formuladas pelo empregado após a dispensa. A Justiça do Trabalho é justiça do desempregado, quando deveria ser *do empregado*. Ou seja, as ações deveriam ser propostas no curso da execução do contrato de trabalho e não após o seu fim. Cumpre atribuir à negociação a tarefa de regular os contratos de trabalho existentes e os que vierem a ser celebrados posteriormente à vigência da norma coletiva. Daí resultará a redução do nível

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 488 29/06/2018 15:36:03

de conflitividade, porque a norma negociada será espontaneamente cumprida pelos empregadores. O maior interessado no cumprimento da norma é aquele que participou de sua elaboração. Nos dias que correm, o altíssimo nível de conflitividade verificado na prática deriva do caráter impositivo da norma heterônoma, que é aceita porque imperativa (temor da multa administrativa), mas não é acatada, sendo descumprida sempre que houver oportunidade. Implantado o regime de prevalência da autonomia coletiva privada, a Justiça do Trabalho passará a julgar as controvérsias derivadas da interpretação da lei e da norma coletiva, reduzindo-se consideravelmente o número de feitos ora em curso.

Finalmente, a mudança da natureza dos direitos negociados. Segundo o regime ora em vigor, a negociação envolve unicamente direitos de natureza individual, patrimonial e, portanto, disponíveis. A suposta irrenunciabilidade dos direitos outorgados por lei imperativa ao trabalhador, decantada pelos compêndios em obediência a uma tradição já ultrapassada pelas novas realidades econômicas e sociais, existe apenas no papel. Na realidade prática, o crescimento do setor informal e a negociação processada após a extinção do vínculo empregatício ou eliminam pela raiz os supostos direitos (trabalhador removido para o setor informal não tem qualquer direito trabalhista) ou os transformam em direitos negociáveis em nível individual. A realidade atual demonstra que a indisponibilidade dos direitos é noção própria de um passado longínquo: juridicamente, a Constituição de 1988 já transformou tais direitos em negociáveis, fulminando a decantada irrenunciabilidade; e praticamente, como objeto de transação judicial, jamais foram tidos por indisponíveis, uma vez que no acordo celebrado em juízo o resultado da conciliação engloba todas as verbas postuladas na ação em um só valor pecuniário, abrangendo a pretensão em sua totalidade para ensejar a extinção da demanda. Segundo a Constituição, os direitos que constituírem objeto da negociação coletiva serão - estes sim - indisponíveis em nível individual e só mediante novo processo de negociação poderão ser suprimidos, ampliados ou negociados.

Cabe, então, atentar para a distinção entre direitos absolutamente indisponíveis e direitos relativamente indisponíveis[10], existindo uma graduação hierárquica dos interesses tutelados[11].

A terceira revolução industrial, resultante da globalização da economia e do impacto das novas tecnologias sobre os métodos de organização do trabalho, determina a necessidade da criação de um novo direito destinado a reger as relações jurídicas formadas no mundo do trabalho da sociedade pós-industrial. Este novo direito do trabalho será necessariamente distinto do direito do trabalho clássico.

---

[10] LYON-CAEN, Gérard. Derecho del Trabajo o derecho del empleo, in Evolución del pensamiento juslaboralista, Montevidéu: Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 267.

[11] DE LUCA TAMAJO, Raffaele. La norma inderrogabile nel diritto del lavoro, Nápoles: Dott. Eugenio Jovene, 1976, p. 246 e 269.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 489 29/06/2018 15:36:03

O mundo capitalista, até então assentado sobre a ortodoxia do gerenciamento convencional, sofre em cerca de duas décadas o impacto de descobertas científicas que vão gerar uma verdadeira revolução tecnológica, abrangendo o mais significativo conjunto de mudanças de toda a história e eclipsando todas as experiências anteriores da vida econômica.

Os avanços da revolução tecnológica não permitirão que as instituições permaneçam inalteradas. O capitalismo sofrerá consideráveis transformações, em face da competição que se desenvolverá em níveis internacionais, já que os capitais, a tecnologia e as ideias passarão a fluir com facilidade por cima das fronteiras.

Instaura-se uma era de incerteza permanente. Os produtos, em rápido processo de fabricação, são constantemente aperfeiçoados e submetidos a deterioração programada, por isso dotados de vida mais curta, a despeito da custo crescente do lançamento de novos itens no mercado. Os Estados e as empresas são levados a selecionar áreas de pesquisa e desenvolvimento: a complexidade das novas técnicas impede que todos busquem alcançar todos os objetivos ao mesmo tempo. Os governos não podem deixar de amparar as empresas nacionais (não necessariamente estatais) porque o fracasso ou malogro na competição efetiva tem efeito devastador na economia interna e afeta milhares, milhões de seres humanos interessados. A revolução tecnológica exige competência.

A função do direito no Estado-providência tradicional se exerce mediante um ordenamento protetor-repressivo, ao passo que, no Estado-providência adaptado à nova realidade, concebe-se o ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional. O legislador resiste à tentação de impor aos atores sociais um comportamento que entende desejável e, em vez de adotar essa atitude, cria mecanismos e procedimentos aptos a ensejar a esses atores sociais a autorregulação de seus interesses e a criação de meios de composição de suas controvérsias.

A função dos direitos fundamentais, em tal contexto, cresce de importância. O núcleo duro representado pela gama de direitos denominados fundamentais resiste ao embate dos novos acontecimentos de ordem econômica para reafirmar o império da necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana.

O direito do trabalho da sociedade pós-industrial gira em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com a finalidade de implantar o império da dignidade do trabalhador como pessoa humana, como ser que produz em benefício da sociedade. No desempenho dessa tarefa, os direitos fundamentais exercem dupla função: limitam o exercício do poder do empregador no curso da relação de emprego e representam barreira oposta à flexibilização das condições de trabalho mediante negociação coletiva.

Uma vez que o contrato de trabalho implica a subordinação e, portanto, a sujeição inevitável da pessoa do trabalhador, poder-se-ia imaginar una oposição entre o direito do trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador. Estes excluiriam a subordinação e, em consequência, aniquilariam o direito do trabalho. Não há, porém, tal oposição irredutível. A aplicação dos direitos fundamentais à

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 490 29/06/2018 15:36:03

relação individual de trabalho pode compatibilizar-se com a subordinação, desde que eles sejam entendidos pelo prisma da limitação dos poderes do empregador. Os direitos fundamentais - como diz Adalberto Perulli - formam a cabeça de capítulo do discurso sobre o controle do poder patronal[12]. No tocante às relações coletivas de trabalho, os direitos fundamentais exercem função relevante na limitação da liberdade negocial, quando se cogita de flexibilizar os direitos dos trabalhadores mediante negociação coletiva.

O Direito do Trabalho clássico, adequado a uma era de prosperidade econômica, fundava-se em verdades absolutas e apostava em certezas inabaláveis. Acreditava-se constituído por institutos eternos e imutáveis, imunes à ação do tempo e invulneráveis aos reclamos da realidade econômica. Era um direito vocacionado à proteção do hipossuficiente econômico e, portanto, estava sempre *in fieri*, em constante expansão, quer no tocante à ampliação do número de sujeitos protegidos quer na incessante criação ele novos benefícios em favor dos empregados quer no incremento das vantagens existentes. Negava-se a possibilidade do retrocesso ou mesmo de paralisia social: mais, sempre mais, cada vez mais, era o lema que o caracterizava, o que inviabiliza a estipulação *in peius*, ou seja, aquela pela qual o trabalhador aceita redução salarial ou supressão de vantagens.

Naquela fase histórica, o direito do trabalho pressupunha a existência de princípios eternamente válidos no tempo e dotados de eficácia universal. Deles, destacava-se o celebrado "princípio protetor" (*rectius*: princípio *de proteção*, pois o princípio pode inspirar, mas não outorga diretamente a proteção). Era um direito integrado por normas coercitivamente impostas pelo Estado à vontade dos particulares. Tais normas se caracterizavam pela imperatividade: cogentes, impunham-se mesmo contra a vontade do trabalhador, tido por incapaz de manifestar validamente sua vontade, ante o estado de inferioridade econômica e social que o estigmatizava. Nem sequer se cogitava da possibilidade de contrabalançar a debilidade individual pela força cobrada mediante mobilização sindical. A negociação coletiva era desconhecida, ou menoscabada, pois em ambiente político de coloração autoritária (eram numerosos os regimes políticos dessa natureza no período anterior à Segunda Guerra Mundial) a atuação reivindicatória dos sindicatos era reprimida, como produto de ideologias de extrema esquerda.

À luz dessa concepção, fácil é compreender que os direitos assegurados ao trabalhador pelas leis imperativas ditas de proteção ao trabalho fossem tidos por irrenunciáveis, indisponíveis, insuscetíveis de transação, inidôneos a constituírem objeto de negociação (individual) entre empregado e empregador. A possibilidade de negociação coletiva mais tarde foi admitida, por força da crise econômica: sob o acicate da perda do emprego, os sindicatos foram compelidos a negociar

[12] PERULLI, Adalberto. Les droits fondamentaux et le droit du travail, in LYON-CAEN, Antoine et LOKIEC, Pascal (sous la dir.). Droits fondamentaux et droit social, Paris: Dalloz, 2005, p. 213.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 491 29/06/2018 15:36:03

a permanência no trabalho a troco de concessões econômicas de menor porte, como redução salarial e supressão de certo benefícios pecuniários.

Falava-se de "direitos inderrogáveis", mas com evidente desacerto, porque inderrogável é a norma que assegura o direito, não o próprio direito. Esta será irrenunciável, intransacionável, mas não "inderrogável".

Inicialmente, quer no exterior quer no Brasil, a doutrina era acorde em asseverar que a irrenunciabilidade do direito deriva da inderrogabilidade da norma concessiva. A norma inderrogável priva o titular do *ius disponendi*. Paolo Greco, por exemplo, sustenta que de ser a relação de trabalho regulada por normas de ordem pública e, o fato por isso, inderrogáveis pela vontade privada, acarreta a irrenunciabilidade por parte do sujeito a que são atribuídos os direitos correspondentes [13]. Entendia-se que o estado de subordinação do empregado durante a relação de emprego e a redução de sua liberdade de vontade em face do empregador economicamente mais forte tornava indisponíveis os direitos assegurados ao trabalhador [14]. A ineficácia da renúncia alcançava todas as fases contratuais: antes, durante a execução e após a cessação [15]. Abria-se exceção para os direitos criados no próprio contrato, em virtude de pactuação com o empregador, e bem assim para os "direitos patrimoniais incorporados no patrimônio do empregador [16].

Atualmente, no Brasil, esta noção ainda desfruta grande prestígio no seio da literatura especializada. Para Mauricio Godinho Delgado, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas "concretiza, no âmbito da relação de emprego, a natureza impositiva característica à vasta maioria das normas juslaborais [17]. Pinho Pedreira fundamenta o princípio da irrenunciabilidade das normas de direito do trabalho na imperatividade e consequente inderrogabilidade das normas de direito do trabalho todas praticamente de ordem pública e, pois, cogentes, à qual se acrescenta a "presunção de vício de consentimento nos atos jurídicos do empregado, resultantes de sua subordinação ao empregador [18].

Na verdade, porém, como diz Ojeda Avilés, não há tal: a indisponibilidade não deriva necessariamente da imperatividade da norma e a afirmação contrária expõe-se a equívoco. Deve-se levar em conta que "a regulação imperativa constitui uma técnica limitativa do poder normativo privado, que não influi senão de modo

---

[13] GRECO. Paolo, Il contratto di lavoro, Turim: UTET, 1939, p. 459.

[14] SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANNA, J. de Segadas. Direito brasileiro do trabalho, Rio de Janeiro, Livraria Jacinto, 1943, 2º v., p. 84-85.

[15] LACERDA, Dorval. Direito individual do trabalho, Rio de Janeiro: A Noite, s/data (mas 1949), p. 155.

[16] LACERDA, Dorval de. A renúncia no Direito do Trabalho, Rio de Janeiro: Max Limonad, s/data, p. 119 e 140.

[17] DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios de direito individual do trabalho, São Paulo: LTr, 1997, p. 90.

[18] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Principiologia do Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, 1997, p. 90.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 492 29/06/2018 15:36:03

imediato sobre o poder dispositivo, de modo que as duas esferas de poder podem até não coincidir em seu exercício atual" [19].

Ante o exposto, deduz-se a existência de duas teorias que buscam justificar a indisponibilidade dos direitos do empregado em sede individual: a) a subjetivista, que a justifica com fundamento no estado de sujeição do empregado em face do empregador, que impede a livre disponibilidade dos direitos; b) a objetivista, que sublinha a particular relevância dos valores e bens subtraídos à disponibilidade do empregado, mediante a avaliação de prioridade relevante mais para a coletividade em geral do que para o próprio empregado.

A primeira teoria pode ser hoje tida por arcaica e ultrapassada. Realmente, ela não convence: à inderrogabilidade da norma não corresponde automaticamente a indisponibilidade absoluta dos direitos [20]. Não se trata de uma negação do poder de disposição do trabalhador a propósito dos próprios direitos, mas sim de limitação objetiva e funcional da autonomia negocial do interessado. Por isso, são válidos os atos de disposição praticados após a cessação do contrato de trabalho. Caso contrário, seria nula a transação realizada em juízo (conciliação ou acordo de que cuidam os arts. 764, 846 e 831, par. único da CLT). A invalidade da renúncia e da transação representa, pois, um limite imposto à autonomia negocial do empregado em função da efetiva satisfação dos direitos, valendo acentuar que a debilidade contratual do empregado em face do empregador se registra tanto no curso da relação quanto após a cessação do contrato de trabalho [21].

A indisponibilidade não se estende aos direitos patrimoniais, mas alcança os direitos da personalidade. Os direitos por sua natureza indisponíveis são imprescritíveis, enquanto os de natureza patrimonial estão sujeitos à prescrição. Não são sujeitos à prescrição os direitos absolutamente indisponíveis, vale dizer, os direitos da personalidade [22].

Insustentável é a tese de que a irrenunciabilidade dos direitos encontra razão de ser na subordinação inerente ao contrato de trabalho e, portanto, cessada a relação, válida seria a renúncia porque deixa de existir a subordinação. A mesma afirmação vale para os argumentos fundados em um suposto (e inexistente) temor reverencial e em um suposto (e inexistente) vício do consentimento. A inderrogabilidade da lei não cessa quando finda a relação contratual. Quem sustenta a tese oposta admite que a norma é até certo ponto imperativa e, após o término do contrato, passa a ser dispositiva. Inadmissível é que a lei seja imperativa até determinado momento para, depois, transformar-se em dispositiva. Esta e a razão pela qual são por lei considerados restritos os efeitos do recibo da quitação, válidos apenas no tocante dos valores nele consignados (CLT, art. 411, § 2º). A

---

[19] OJEDA AVILLÉS. Antonio. La renuncia de derechos del trabajador, Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 72.

[20] FERRARO, Giuseppe. Autonomia e poteri nel diritto del lavoro, Pádua: Dott. Antonio Milani, 1992, p. 230 e 238.

[21] GHERA, Edoardo. Diritto del lavoro, Bari: Cacucci, 1987, p. 436.

[22] MAZZIOTTI, Fabio. Diritto del lavoro, Nápoles: Jovene, 1977, p. 563.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 493 29/06/2018 15:36:03

renúncia a direitos após a extinção do vínculo é inaceitável, porque a procura de empregos sempre supera a oferta e, nestas condições, o ex-empregado sofre pressão econômica que o impele à prática de atos em seu detrimento. Findo o contrato, o trabalhador se encontra em situação econômica desvantajosa, o que fala em prol da atuação da lei em seu favor.

Escapa à increpação de anulabilidade dirigida aos atos de renúncia a conciliação operada em juízo, porque neste caso pressupõe-se a ocorrência de concessões recíprocas entre as partes (hipótese assimilada à transação), e não renúncia unilateral, como esclarece Uckmar [23]. A conciliação, *ad instar* da transação, tem lugar quando há *res dubia*, isto é, quando há incerteza sobre algum aspecto da demanda (exemplos: discrepância jurisprudencial a respeito da interpretação controvertida da lei; incerteza quando a fatos). A conciliação traz vantagens para ambos os contendores, que assim evitam a álea judicial.

Fora de dúvida é que a inderrogabilidade da legislação trabalhista visa não propriamente ao interesse particular do trabalhador individualmente considerado, antes persegue fins de interesse geral ou de ordem pública (interpretação teleológica). Interesse geral deve ser entendido como aquele que possa ser considerado social, na medida em que, embora atinente a determinado grupo, diga respeito à sociedade, entendida em sentido amplo (exemplo: combate ao desemprego). A noção de ordem pública, por seu turno, como visto anteriormente, identifica o complexo de princípios fundamentais do próprio ordenamento jurídico, cujo fim é manter e perpetuar a coesão social.

De qualquer forma, hão de ser tidos por irrenunciáveis os direitos da personalidade do trabalhador, tal como dispõe o art. 11 do Código Civil brasileiro, de 2002: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária"[24].

Operou-se, portanto, no curso da evolução histórica do direito do trabalho, uma alteração na proposta metodológica aplicável à indisponibilidade dos direitos assegurados individualmente por lei ao empregado. No centro do direito do trabalho não se coloca mais a norma inderrogável *in se* - porque tradicional ou ideal - mas sim o direito indisponível [25].

Os estudos doutrinários em torno da questão da inderrogabilidade da norma trabalhista e bem assim da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores indicam várias soluções, entre as quais se mencionam: 1ª- a distinção entre o

---

[23] UCKMAR, Antonio. Le transazioni e renuncie nel contrato d'impiego, in Seritti vari di diritto corporativo e di diritto del lavoro, Pádua: CEDAM, 1936, p. 339.

[24] GEDIEL, José Antonio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 151 e segs.

[25] TULLINI, Patrizia. Indisponibilità dei diritti del lavvoratori: dalla tecnica al principio e ritorno, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, Milão: FrancoAngeli, nº 119, 2008 (3), p. 485.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 494 29/06/2018 15:36:03

momento genético do direito e o direito já adquirido; 2ª- a distinção entre indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa; 3ª- a indisponibilidade no plano individual e no plano coletivo.

O consenso em torno da noção de que a indisponibilidade dos direitos assegurados por lei ao trabalhador só se justifica pela necessidade de reequilibrar a posição da inferioridade sócio-econômica do trabalhador ampara a tese de que a indisponibilidade só alcança os atos coevos à constituição da relação. Seria nula, em consequência, por exemplo, a cláusula do contrato que previsse a renúncia antecipada às férias ou ao repouso semanal. Seriam nulos, também, os atos de renúncia aos direitos coletivos como, por exemplo, o exercício do direito de greve. Os direitos já adquiridos poderiam constituir objeto de renúncia. Objetou-se a esta teoria que a dependência jurídica do obreiro, existente durante a vigência do contrato de trabalho, uma vez cessada a relação, dá lugar a um estado de necessidade econômica que inviabilizaria a renúncia mesmo após a extinção do vínculo[26].

A segunda distinção acima aventada, entre indisponibilidade absoluta e relativa, pressupõe a classificação dos direitos em primários e secundários. Os primeiros seriam os derivados de norma inderrogável, como a Constituição(só seriam indisponíveis os direitos garantidos pela própria Constituição), enquanto os outros seriam os direitos patrimoniais assegurados por norma imperativa de natureza ordinária. No primeiro caso, os direitos seriam absolutamente indisponíveis, vale dizer, não se admite, em hipótese alguma, possam eles ser negociados. Já no segundo caso, a renúncia seria válida, porque sobre os direitos poderia ser exercido, em determinadas hipóteses, o *ius disponendi* do trabalhador.

A segunda distinção não se confunde com a primeira, acima referida. Nesta (a primeira) faz-se referência ao mesmo direito, considerado em dois "momentos" diversos da própria existência, enquanto na outra (a segunda distinção) estão em jogo duas situações jurídicas distintas.

A distinção entre direitos primários e secundários pode ser considerada adequada ao direito brasileiro vigente, já que os primeiros se identificam com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição e bem assim pelos tratados internacionais ratificados, enquanto os demais podem constituir objeto de negociação coletiva, autorizada pela própria Constituição. Aqui, toca-se no ponto crucial da indisponibilidade relativa, ou, em outros termos, possibilidade de estipulação *in peius* mediante negociação coletiva.

A terceira distinção acima indicada, entre indisponibilidade no plano individual e no plano coletivo, constitui objeto de estudos na doutrina já há quase meio século. Barassi já observara que a preeminência da lei imperativa (destinada a compensar a debilidade socioeconômica do trabalhador) é facilmente justificável, quando aplicada à estipulação individual. Mas, quando entra em cena a entidade sindical, o indivíduo deixa de ser débil. A debilidade do empregado

[26] ARANGUREN, Aldo. La tutela di diritti del lavoratore, Pádua: CEDAM, 1981, p. 24 (v. 7º da Enciclopedia giuridica del lavoro dirigida por Giuliano Mazzoni).

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 495 29/06/2018 15:36:03

cessa quando, em seu lugar, negocia o sindicato, cuja característica essencial é exercer contra poder em face do empregador (que tem, por natureza, poder econômico). Equilibrados os pratos da balança pela negociação coletiva, já não se justifica a inderrogabilidade da lei. Justifica-se, assim, a estipulação *in peius*, porquanto o sindicato assegura vantagens coletivas mais relevantes em certos casos, sacrificando determinados direitos patrimoniais para obtenção, por exemplo, de garantia dos empregos existentes[27]. Esta modalidade de negociação já é posta em prática na Europa desde os anos 1960, como esclarece Armand Kayser. Esta nova modalidade de negociação coletiva, apta a fixar níveis de direitos inferiores aos estabelecidos em lei, justifica-se duplamente: 1º - o sistema de negociação coletiva restabelece o equilíbrio- econômico entre as partes; 2º no próprio interesse dos trabalhadores, é oportuno considerar as necessidades do grupo, que só o sindicato pode validamente estimar[28].

Leva-se em conta a circunstância de que os fatores de inferioridade do trabalhador individualmente considerado são afastados no plano coletivo e, em consequência, não há razão para conservar o caráter cogente das disposições legais, cuja imperatividade decorria unicamente da exigência de reforço da posição individual.

Quando se considera a negociação coletiva, não se está diante de uma hipótese de "disposição" do direito, mas de regulamentação desse mesmo direito. O sindicato age não "dispondo" do interesse individual de cada trabalhador, porém disciplinando suas relações futuras com o empregador. Observa Piera Fabris que, não obstante, tal negociação não tem por objeto a composição dos interesses individuais contrapostos, isto é, os conflitos individuais entre empregado e empregador, mas sim a melhor composição final dos interesses da própria coletividade interessada[29].

Convém não confundir aquisição do direito com modo de exercício de direito. Não se confundem as duas noções: a aquisição do direito não pode ser objeto de renúncia antecipada, mas o modo de exercê-lo pode perfeitamente ser negociado. Assim, seria nula a cláusula da convenção coletiva de trabalho segundo a qual o sindicato concorra com a supressão do direito de férias, porém válida seria a regulamentação, posto que em desconformidade com a lei, para facilitar aos trabalhadores o gozo do direito em atenção às peculiaridades da profissão representada pelo sindicato.

A disponibilidade dos direitos dos trabalhadores por meio da negociação coletiva encontra limite nos direitos fundamentais dos trabalhadores. Não podem ser negociados direitos como a honra, o respeito à intimidade, o direito aos

---

[27] BARASSI, Ludovico. Il diritto del lavoro, v. I, Milão: Dott. A. Giufreè, 1957, p. 119.

[28] KAYSER, Armand. Le fonti del diritto del lavoro nel diritto del paesi membri della Comunità, in: BOLDT, G. *et al* (a cura di). Le fonti dei diritto dei lavoro, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1962, p. 30.

[29] FABRIS, Piera. L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori, Milão: Dott. A. Giuffrè, 1978, p. 331.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 496 29/06/2018 15:36:03

repousos, o direito ao salário mínimo, o direito de greve, etc., embora o modo de exercê-los possa e deva constituir objeto de regulamentação pela via da negociação coletiva. São, em resumo, aqueles direitos que a doutrina denomina os "mínimos de direito necessário"[30].

Os direitos fundamentais dos trabalhadores (portanto, direitos indisponíveis em caráter absoluto, insuscetíveis de renúncia mesmo em sede coletiva) são os seguintes:

- direitos da personalidade (honra, intimidade, imagem)
- liberdade ideológica
- liberdade de expressão e de informação
- igualdade de oportunidades e de tratamento
- não discriminação
- idade mínima de admissão ao emprego
- salário mínimo
- saúde e segurança do trabalho
- proteção contra a despedida injustificada
- direito ao repouso (intervalos, limitação da jornada, repouso semanal e férias)
- direito de sindicalização
- direito de representação dos trabalhadores e sindical na empresa
- direito à negociação coletiva
- direito de greve
- direito ao ambiente de trabalho saudável.

Estes são os direitos fundamentais do trabalhador na relação de trabalho. São direitos intangíveis, irrenunciáveis, postos a salvo das estipulações *in peius* no bojo da negociação coletiva. A norma coletiva não pode, sob pena de ofensa à dignidade do trabalhador como pessoa humana, negar ao empregado o direito à aquisição de qualquer desses direitos. Não se pretende, com esta afirmação, impugnar o direito dos interlocutores sociais de negociar o modo de exercício desses direitos. Uma vez reconhecido o direito, as partes coletivas podem (e devem), com apoio na autonomia coletiva privada, pactuar o modo pelo qual eles serão exercidos. Tais direitos são direitos fundamentais no trabalho, afirmados em decorrência da proclamação da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser observado pelo Estado democrático de direito e pela sociedade que se quer justa e solidária.

4. Conclusão

Em 1927, Georges Scelle publicou seu *Précis Élementaire de Législation Industrielle*, em cuja "conclusão" revela, em síntese, a evolução da regulação das

[30] REIS, Daniela Muradas. Crise do Estado social e negociação coletiva, in PIMENTA, José Roberto Freire *et al* (coord.). Direito do trabalho - evolução, crise, perspectivas, São Paulo: LTr, 2004, p. 200.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 497 29/06/2018 15:36:03

relações individuais de trabalho: no princípio, foi a lei do patrão; a seguir, veio a lei do Estado; no futuro, teremos a lei da autonomia negocial coletiva. Em precioso parágrafo, que merece transcrição na íntegra (para não trair o pensamento do autor), disserta ele:

> No começo, nós nos encontramos em presença de uma concepção autoritária da organização do trabalho: a corporação estreita e imutável do *ancien régime*, o patrão autocrata e proprietário do Código Civil. Após o estágio intermediário do estatuto legal e da intervenção legislativa, entrevemos o advento de uma regulamentação competente, técnica, autônoma da produção, baseada no consenso e no acordo de seus fatores essenciais: o capital, a força de trabalho e a ciência técnica. A lei unilateral de empregador ou do Parlamento se transforma, pelo contrato coletivo e pelas organizações paritárias, em lei convencional que emana dos próprios interessados, poderíamos dizer em governo direto e democrático da produção[31].

Se visualizarmos o caso brasileiro, chegaremos à triste conclusão de que essa previsão (que conta quase um século) infelizmente não se tornou realidade entre nós. Das três etapas enumeradas por Scelle, só percorremos as duas primeiras: inicialmente a lei do patrão; em seguida, a legislação intervencionistas estatal, na qual nos detivemos e dela não nos libertamos. Não se pode dizer que, entre nós, vigora a lei da negociação coletiva. A autonomia negocial coletiva não encontra espaço para manifestar-se, ante a minuciosa e rígida legislação (a partir da própria Constituição) e ainda sujeito a limitação imposta pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. Nem é de se esperar que a situação se altere, pelo menos ao cabo de umas 15 ou 20 gerações ... Ainda estão bem vivas no inconsciente coletivo dos interlocutores sociais e dos profissionais do direito as noções autoritárias e corporativistas que nos foram legadas pelo Estado Novo getuliano.

Curiosamente, alguns países, como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal (que viveram experiência política como a que experimentamos nos decênios 1930 e 1940), conseguiram libertar-se dos malefícios do autoritarismo e do corporativismo, enquanto, no Brasil, aquelas ideias vieram para ficar.

O exemplo de Portugal merece ser lembrado.

Ao dispor sobre as "relações entre fontes de regulação", o artigo 3º do Código do Trabalho português (Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro) prevê que "as normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário. Este preceito reproduz e desenvolve o que já se continha no art. 4º do Código do Trabalho de 2003.

O que vai ser exposto a seguir refere-se ao Código de 2003, mas conserva inteira validade em face do Código de 2009, já que nada mudou, no particular.

---

[31] SCELLE, Georges. Précis élémentaire de législation industrialle, Paris: Recueil Sirey, 1927, p. 350.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 498 29/06/2018 15:36:03

A mais importante das normas contidas no Código é, sem dúvida, o art. 4º que "constitui uma norma fundamental, um autêntico preceito-chave na economia do Código". Ele é o "símbolo de ruptura com o regime jurídico precedente"[32], já que aboliu o *favor laboratoris*, a bem dizer o princípio basilar e clássico do velho direito do trabalho. Segundo esse abolido princípio - como se recorda -, as fontes de direito superiores prevalecem sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas-, sem oposição daquelas, estabelecem tratamento mais favorável ao trabalhador. A regra era da aplicação norma mais favorável ao trabalhador, ainda que contida em preceito de hierarquia inferior, de sorte que só eram admitidas estipulações *in melius*. As estipulações *in peius* eram írritas e sem qualquer efeito. Pois bem, isto mudou: de acordo com o preceituado pelo art. 4º, nº 1, do Código do Trabalho, "as normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário".

Como explica Luís Gonçalves da Silva, "a norma permite a intervenção dos instrumentos de regulamentação coletiva, quer em sentido mais favorável aos trabalhadores, quer em sentido menos favorável, uma vez que nesta situação os trabalhadores são representados - instrumentos de natureza negocial - pelos sindicatos, razão pela qual se encontram em situação de igualdade (formal e material) com os empregadores"[33].

A partir de 1º de dezembro de 2003, em Portugal, por força do disposto no art. 4º, nº 1, do Código de Trabalho, o negociado prevalece sobre o legislado. Entenda-se: negociado em sede coletiva, e não individual, porque a autonomia proclamada pelo Código é a coletiva (sindicato), e não individual (trabalhador considerado isoladamente). A prevalência da lei sobre o contrato individual é mantida pelo Código: de acordo em o disposto no art. 4º, nº 3, "as normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário. Vale dizer, no plano individual, como sucedia no passado e continua no presente, as estipulações *in peius* são írritas e sem qualquer efeito (isto é, são nulas, a exemplo do que previsto pelo art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira).

As normas contidas no Código do Trabalho português apresentam dupla característica: são imperativas em face do contrato individual de trabalho e supletivas diante da convenção coletiva de trabalho.

Em face do que resulta do art. 4º do Código, João Leal Amado assevera que "o nº 1 deste artigo traduz (...) um verdadeiro atestado de óbito do *favor lavoratoris* relativamente à contratação coletiva, dele se extraindo que, em princípio, o direito do trabalho legislado possui um caráter facultativo ou supletivo em face

[32] AMADO, João Leal. Tratamento mais favorável e o art. 4º, nº 1, do Código do Trabalho português: o fim de um princípio? In AAVV. A reforma do código do trabalho, Coimbra Editora, 2004, p. 112.

[33] SILVA, Luís Gonçalves da. Anotação ao art. 4º, in AAVV. Código do Trabalho anotado, 5ª Ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 83.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 499 29/06/2018 15:36:03

da contratação coletiva, ou seja, conclui-se que as normas legais serão, em regra, normas *convênio-dispositivas*, isto é, normas livremente afastáveis por convenção coletiva. Destarte, doravante, o quadro legal poderá ser alterado *in peius* pela convenção coletiva, o que implica uma mutação (dir-se-ia-: revolução) na filosofia básica inspiradora do direito do trabalho: de um direito com uma vocação tutelar relativamente às condições de trabalho, imbuído no princípio da norma social mínima, transitamos para uma espécie de direito neutro em que o Estado recua e abandona a definição das condições de trabalho à autonomia coletiva"[34] (grifo do original).

O Código do Trabalho operou portanto, uma revolução copernicana no direito do trabalho português: dele resulta um "direito do trabalho menos garantístico e mais transacional, em que aumenta o espaço concedido à autonomia coletiva em virtude do relaxamento da regulação estadual (= estatal)das condições de trabalho - um direito do trabalho que, assim, muda de alma", como ensina o jurista citado[35].

Não há dúvida: experiências jurídicas não se transplantam. O exemplo da mudança operada na legislação trabalhista portuguesa em 2003, e conservada pela revisão de 2009, de nada vale perante o direito do trabalho brasileiro. Serve apenas como exercício de imaginação ...

[34] AMADO, João Leal. Ob. cit., p. 115.
[35] AMADO, João Leal. Ob. e loc. cit.

R TRT 8ª Região Belém v 51 n 100 p 1-500, jan-jun-2018.indd 500 29/06/2018 15:36:03