



REVISTA DO
TRT 9^a
PARANÁ



DOAÇÃO
9/9/01

**REVISTA
DO TRIBUNAL
REGIONAL
DO TRABALHO
DA
9ª REGIÃO**

DISCURSO

HOMENAGEM

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região/Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região, Serviço de Jurisprudência. v. 1, n. 1, 1976. --Curitiba, 1976 --

Semestral até o v.16, n.2, 1991.

Anual a partir do v.17, n.1, 1992.

Semestral a partir do v.21, n.1, 1996

1. Direito do Trabalho - Doutrina - Periódicos.

2. Direito - Doutrina - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região.

CDU: 34:331(05)

CDD: 341.605

Capa: Fotografia do afresco "**Mural do Trabalho**" executado pelo artista plástico **Jairo Fernando Culau**, servidor do TRT-9ª Região, exposto na sede do Tribunal Regional do Trabalho, em Curitiba.

Distribuição dirigida

Correspondência
Av. Vicente Machado, nº 147
CEP 80.420-010
Curitiba – PR

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

**REVISTA
DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 9ª REGIÃO**

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL

COMISSÃO DA REVISTA

Presidente: Juíza Ana Carolina Zaina

Membros: Juiz Marco Antonio Vianna Mansur
Juíza Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu

SECRETARIA JUDICIÁRIA

COORDENAÇÃO:

Diretor : Bel. Renato Wolf

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA:

Diagramação: Luciane Antunes de Oliveira
Dorilis França Dutra

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

Composição das Seções Especializadas (Composição em dezembro de 2000)

Seção Especializada I:

ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Presidente)
LAUREMI CAMAROSKI (Vice-Presidente)
FERNANDO EIZO ONO (Corregedor)
TOBIAS DE MACEDO FILHO
NACIF ALCURE NETO
ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA
ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO
ALTINO P DOS SANTOS (CONV SERGIO G SAMPAIO)
ARNOR LIMA NETO
MARCIA DOMINGUES
DIRCEU PINTO JUNIOR
FATIMA TERESINHA LORO LEDRA MACHADO
ROBERTO DALA BARBA
MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR
NAIR MARIA RAMOS GUBERT
ARCHIMEDES CASTRO CAMPOS JUNIOR

Seção Especializada II:

ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Presidente)
LAUREMI CAMAROSKI (Vice-Presidente)
FERNANDO EIZO ONO (Corregedor)
WANDA SANTI CARDOSO DA SILVA
LUIZ EDUARDO GUNTHER
WILSON PEREIRA
NEY JOSE DE FREITAS
RICARDO MAC DONALD GHISI
LUIZ CELSO NAPP
ANA CAROLINA ZAINA
MARLENE T FUVERKI SUGUIMATSU
ENEIDA CORNEL
CELIO HORST WALDRAFF
ARION MAZURKEVIC
SANDRA MARIA DA COSTA RESSEL

1ª Turma

TOBIAS DE MACEDO FILHO (*Presidente*)
NACIF ALCURE NETO
MARCO ANTONIO VIANNA MANSUR
RICARDO MAC DONALD GHISI (*Repres. dos Empregadores*)
WILSON PEREIRA (*Repres. dos Trabalhadores*)

2ª Turma

NEY JOSÉ DE FREITAS (*Presidente*)
LUIZ EDUARDO GUNTHER
ANA CAROLINA ZAINA (*convocada*)
MARLENE TERESINHA FUVERKI SUGUIMATSU (*convocada*)
ARION MAZURKEVIC (*convocado*)

3ª Turma

WANDA SANTI CARDOSO DA SILVA (*Presidente*)
ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA
SERGIO GUIMARÃES SAMPAIO (*convocado*)
FATIMA LORO LEDRA MACHADO (*convocada*)
ROBERTO DALA BARBA (*convocado*)

4ª Turma

ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO (*Presidente*)
LUIZ CELSO NAPP
ARNOR LIMA NETO
ENEIDA CORNEL (*convocada*)
CÉLIO HORST WALDRAFF (*convocado*)

5ª Turma

MARCIA DOMINGUES (*Presidente*)
DIRCEU BUYZ PINTO JUNIOR
NAIR MARIA RAMOS GUBERT (*convocada*)
SANDRA MARIA COSTA RESSEL (*convocada*)
ARCHIMEDES CASTRO CAMPOS JÚNIOR (*convocado*)

Juízes Togados do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região^(*)

Juiz Tobias de Macedo Filho
Juíza Adriana Nucci Paes Cruz
Juiz Lauremi Camaroski
Juiz Fernando Eizo Ono
Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva
Juiz Nacif Alcure Neto
Juíza Rosalie Michaelae Bacila Batista
Juiz Luiz Eduardo Gunther
Juiz Ney José de Freitas
Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão
Juiz Altino Pedrozo dos Santos
Juiz Luiz Celso Napp
Juiz Arnor Lima Neto
Juíza Marcia Domingues
Juiz Dirceu Buyz Pinto Junior

Juízes Classistas do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região^(*)

Juiz Ricardo Mac Donald Ghisi
Juiz Wilson Pereira

^(*) *Ordem de Antigüidade - Situação em dezembro de 2000.*

JUÍZES DO TRABALHO PRESIDENTES DE VTs^(*)

VT DE APUCARANA
Marcos Eliseu Ortega
VT DE ARAPONGAS
Pericles Ferreira
Cortez
VT DE ARAUCARIA
Maria Walkiria
Cavalcanti Brizoto
VT DE ASSIS
CHATEAUBRIAND
Morgana de Almeida
Richa
VT DE CAMPO
MOURÃO
Jorge Luz Soares de
Paula
1ª VT DE
CASCAVEL
Sebastião T. da Silva
2ª VT DE
CASCAVEL
Ana Maria das Graças
Velo
VT DE CASTRO
Vaga
VT DE CIANORTE
Marcus Aurelio Lopes
VT DE COLOMBO
Marcio Dionisio
Gapski
VT DE CORNELIO
PROCOPIO
Ziula Cristina da S
Sbroglio
1ª VT DE CURITIBA
Celo Horst Waldraff
2ª VT DE CURITIBA
Archimedes Castro
Campos Junior
3ª VT DE CURITIBA
Nair Maria Ramos
Gubert
4ª VT DE CURITIBA
Rubens Edgard
Tiemann
5ª VT DE CURITIBA
Sergio Guimarães
Sampaio

6ª VT DE CURITIBA
Gesvra Medeiros da
Hora
7ª VT DE CURITIBA
Arion Mazurkevic
8ª VT DE CURITIBA
Sandra Maria da
Costa Ressel
9ª VT DE CURITIBA
Roberto Dala Barba
10ª VT DE
CURITIBA
Vaga
11ª VT DE
CURITIBA
Eneida Corneli
12ª VT DE
CURITIBA
Aparecido Sergio
Bistafa
13ª VT DE
CURITIBA
Ney Fernando Olive
Malhadas
14ª VT DE
CURITIBA
Vaga
15ª VT DE
CURITIBA
Marco Antonio Vianna
Mansur
16ª VT DE
CURITIBA
Rosiris R. de Amado
Ribeiro
17ª VT DE
CURITIBA
Valdecir Edson
Fossatti
18ª VT DE
CURITIBA
Elder de Souza
Pedroza
1ª VT DE FOZ DO
IGUAÇU
Jose Aparecido dos
Santos

^(*) Situação em junho de 2001

2º VT DE FOZ DO
IGUAÇU
Paulo da Cunha Boal
VT DE FRANCISCO
BELTRÃO
Ise Marcelina
Bernardi Lora
1º VT DE
GUARAPUAVA
Mauro Cesar Soares
Pacheco
2º VT DE
GUARAPUAVA
Paulo Ricardo Pozzolo
VT DE IRATI
Adavde Santos Cecone
VT DE IVAIPORA
Lisiane Sanson Pasetti
Bordin
VT DE
JACAREZINHO
Edmilson Antonio de
Lima
VT DE
JAGUARJAIVA
Odete Grasselli
VT DE
LARANJEIRAS DO
SUL
Janete do Amarante
1º VT DE LONDRINA
Dinaura Godinho
Pimentel Gomes
2º VT DE LONDRINA
Francisco Roberto
Ermel
3º VT DE LONDRINA
Neide Akiko Fugivala
Pedroso
4º VT DE LONDRINA
Eliane de Sa Marsiglia
5º VT DE LONDRINA
Manoel Vinicius de
Oliveira Branco
VT DE MAL
CÂNDIDO RONDON
Carlos Henrique O
Mendonça
1º VT DE MARINGA
Claudia Cristina
Pereira
2º VT DE MARINGA
Cassio Colombo Filho
3º VT DE MARINGA
Reginaldo Melhado
4º VT DE MARINGA
Neide Alves dos Santos

VT DE PARANAGUA
Eduardo Milleo
Baracat
VT DE PARANAVAI
Valeria Rodrigues
Franco da Rocha
VT DE PATO
BRANCO
Jose Eduardo Ferreira
Ramos
1º VT DE PONTA
GROSSA
Luiz Alves
2º VT DE PONTA
GROSSA
Silvana Souza Netto
Mandalozzo
VT DE ROLÂNDIA
Giana Malucelli
Tozetto
VT DE SÃO JOSE
DOS PINHAIS
Suelv Filippetto
VT DE TELÊMACO
BORBA
Antonio Cesar
Andrade
VT DE TOLEDO
Adilson Luiz Funéz
VT DE UMUARAMA
Irá Alves dos Santos
VT DE UNIÃO DA
VITORIA
Rosiris Rodrigues de
Almeida Amado
Ribeiro
VT DE WENCESLAU
BRAZ
Lisete Valsecchi
Favaro

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS^(*)

Jorge Luiz Soares de Paula
Waldomiro Antonio da Silva
Neide Consolata Folador
Sidnei Lopes
Bráulio Gabriel Gusmão
Ana Maria Mansur Mäder Gisi
Patrícia de Matos Lemos
Luiz Carlos Schroeder
Sandra Mara Flügel Assad
Audrey Mauch
Sonia Maria L. de Andrade
Mauro Vasni Paroski
Fabrício Nicolau dos S. Nogueira
Daniel José de Almeida Pereira
Ana Gledis Tissot Benatti
Luiz Antonio Bernardo
Paulo Cordeiro Mendonça
Carlos Martins Kaminski
Paulo Henrique K. E Conti
Leonardo Vieira Wandelli
Ana Cristina P. Holzmeister
José Mário Kohler
Marieta Jesusa da Silva Arretche
João Luiz Wentz
Maurício Madeu
Adelaine Aparecida P. Panage
Angela Neto Roda
Sandra Mara de Oliveira Dias
Marcia Frazão da Silva
Helena Mítie Matsuda
Claudia Mara Pereira Gioppo
Marli Gomes Gonçalves

Bento Luiz de Azambuja Moreira
Amaury Haruo Mori
Emília Simeão Albino Sako
Fernando Hoffmann
Susimeiry Molina Marques
Liane Maria David
Ana Paula Sefrin Saladini
Simone Galan de Figueiredo
Ana Claudia Ribas
Derly Mauro Cavalcante da Silva
Luciane Rosenau
Daniel Rodney Weidman
Maurício Mazur
Libia da Graça Pires
James Josef Szpatowski
Rosangela Vidal
Déborah Madruga Costa
Edilaine Stinglin Caetano
Anelore Rothenberger Coelho
Carlos Augusto Penteadó Conte
Flávia Teixeira de M. Grilo Zappa
Hilda Maria Brzezinski da Cunha
Angélica Candido Nogara Slomp
Antonio Marcos Garbuio
Armando Luiz Zilli
Nancy Mahra de M. N. Oliveira
Patricia Benetti Cravo
Leonardo Frederico Fischer
Fabrício Sartori
Sandra Cristina Z. C. Correia

() Ordem de Antiguidade
Situação em junho de 2001*

SUMÁRIO

DISCURSO

Discurso proferido pela Juíza-Presidente do TRT-PR, Adriana Nucci Paes Cruz, por ocasião do 24º aniversário. ----- 19

HOMENAGEM

A posse do Juiz Dirceu.
(WALDRAFF, Célio Horst) ----- 23

DOCTRINA:

- Desvinculação do Salário Mínimo como Fator de Atualização.
(GUNTHER, Luiz Eduardo e ALCURE NETO, Nacyf) ----- 29
- A Natureza Jurídica e a Efetividade das Recomendações da OIT.
(GUNTHER, Luiz Eduardo e FONTOURA, Jorge) ----- 41
- Direito do Trabalho: Leituras Histórica e Contemporânea.
(POZZOLO, Paulo Ricardo) ----- 57
- Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico: o desafio de um novo Direito.
(LOPES, Marcus Aurélio) ----- 79
- O Trabalho do Menor.
(SILVA, Sebastião Teodoro da) ----- 101
- Estado, Neoliberalismo, Globalização e Economia.
(HOFFMANN, Fernando) ----- 103
- Acidentes do Trabalho e Estabilidade Provisória.
(SZPATOWSKI, James Josef) ----- 125
- Considerações Gerais Sobre o Trabalho do Vendedor-Viajante e Pracista.
(BARROS, Alice Monteiro de) ----- 137
- Cidadania e Direitos Humanos.
(LAZZARINI, Álvaro) ----- 153
- O Jogo: Um Paradigma para a Execução.
(LOPES, Mônica Sette) ----- 167
- A Educação Compulsória e a Idade Mínima para Admissão no Emprego.
(CORRÊA, Lelio Bentes) ----- 195

- O Futuro do Estado. (COELHO, Luiz Fernando)-----	199
- Serviço Voluntário. Lei 9.608/98. (SANTIAGO, Suely)-----	235
- “Derecho del Trabajo Mínimo. Flexibilización y desreglamentación.” Derecho del Trabajo Mínimo. (PAJONI, Guillermo)-----	241
- “Derecho del Trabajo Mínimo. Flexibilización y Desreglamentación” Crítica al Derecho del Trabajo Mínimo. (BUSTAMANTE, Teodoro Sánchez de)-----	247
- Direito do Trabalho Mínimo. (PAIVA, Mário Antônio Lobato de)-----	253
- Considerações sobre a teoria do “Direito do Trabalho Mínimo”. (SARDEGNA, Miguel Angel)-----	261

JURISPRUDÊNCIA

- SÚMULAS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª - REGIÃO - - Súmulas nºs 1, 2 e 3 -----	279
- ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª - REGIÃO - - Intermediação de mão-de-obra. Vínculo de emprego com o tomador dos serviços. Desnecessidade de ajuizamento da ação em face, também, das prestadoras de serviços. -----	283
- Motorista. Regime de prontidão. Vigilância de carga. -----	287
- SENTENÇAS DAS VARAS DO TRABALHO DO TRT DA 9ª - REGIÃO - - Juiz Leonardo Vieira Wandelli – RT nº 17.791/1996. -----	295
- Juíza Ana Paula Sefrin Saladini – RT nº 3.038/1999. -----	303
- Juiz Armando Luiz Zilli – RT nº 2.146/1999. -----	321
- SENTENÇA DA 6ª VARA CÍVEL TRIBUNAL DE ALÇADA DO PARANÁ - - Apelação nº 131.750-0. -----	355

DISCURSO

Discurso proferido pela Exma. Juíza-Presidente Adriana Nucci Paes Cruz, por ocasião do 24º aniversário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

O mestre procura o discípulo para a lição final sobre a verdade e diz-lhe

“A esta de fato toda alma racional a consulta ela porem manifesta-se-lhe na medida em que cada um e capaz de receber em razão da propria vontade boa ou ma Se a alma alguma vez se engana não e por defeito da Verdade consultada do mesmo modo que não e por defeito da luz exterior que os olhos corporais por vezes se enganam E manifesto que para nos certificarmos acerca de coisas visiveis recorremos a esta luz para que ela no-las mostre na medida em que somos capazes de as ver ”

(Santo Agostinho)

Sincero e o agradecimento do Tribunal pela presença de todos que comparecem a mais este seu aniversário e, muito especialmente, ao Professor Wagner Giglio, juiz aposentado desta Casa e que, além de ter aceito o convite para estar aqui, traz ao aniversariante, como presente que sera recebido com todo interesse, ensinamentos cuja propriedade vem de ser sobejamente reconhecida Também registra-se a cooperação do Banco do Brasil que oferece o coquetel a seguir

Ha tão pouco comemoravamos o vigesimo terceiro ano de vida do Tribunal e dizia-se daqui que se tratava de cumprimentar um aniversariante que não tivera direito a uma infância despreocupada uma adolescência rebelde nem a uma juventude de sonhos posto que nascera adulto e para missão de enfrentamento sem treguas Então, tinha-se tudo isto por verificado e lamentava-se que esse amadurecimento precoce tivesse sido imposto de forma quase cruel sem qualquer possibilidade de se clamar por limites razoaveis

Todavia, longe se estava de supor que a então falta de reconhecimento pela superação dessas circunstâncias adversas não se circunscreveria a comentarios ingratos, cuja ferocidade ultrapassariam as esferas inimaginaveis A ameaça de uma avalanche residia nas proximidades e a iminência da catastrophe se insinuava atraves de verdadeira cruzada pela desmoralização Assim, aquele que ha um ano dizia de sua magoa por não ter

seus esforços reconhecidos, teve que transformar seu lamento em estoicismo, vestir-se, armar-se e arrebatar forças a fim de partir para uma luta de quilate maior. Já era possível divisar o campo de batalha, mas não se podia avaliar a hostilidade do inimigo, quando a decisão se impôs; e ainda hoje a guerra subsiste. Diariamente a artilharia antagônica faz-se ouvir pelo zunir de projéteis que não escolhem alvos, voam a esmo na imensidão devastada pelo desejo único de denegrir, não importando a quem, mas tendo sempre o judiciário como fim.

Enquanto isso, a Justiça do Trabalho encontra-se entalada nas trincheiras e espera que não lhe falte apoio e solidariedade para que, finalmente, possa ser resgatada com vida e dignidade. Esse é o objetivo maior que se pretende alcançar neste momento. E é uma pena que esta comemoração não possa ser realmente uma festa, mas tão-somente uma singular manifestação de crença e esperança. Muito obrigada.

HOMENAGEM

A Posse do Juiz Dirceu

Célio Horst Waldraff^()*

Este artigo é dedicado aos formandos da Faculdade de Direito de Curitiba, da turma Prof Sérgio Cruz Arenhart, paraninfada pelo Prof Dirceu Buys Pinto Júnior

Meu avô era um extraordinário contador de estórias. Além de ser para mim um gigante (tinha quase um metro e noventa de altura e quando eu era menino ele parecia um Titã), tinha três grandes orgulhos: ser gaúcho, descender de austríacos e torcer para o Internacional de Porto Alegre. Aliás, era paradoxal que ele fosse do Internacional, no Rio Grande do início do século. E que, diriam os racistas, o Inter era o time de negros naquela época. Meu avô reagiria: *'não time de pretos, mas sim time de todos, como devia ser o Brasil, e não de alguns ou poucos'*

O velho contava uma estória a respeito de um rei num tempo e num país de fábulas. Este rei, após muitas vitórias, desejou construir para si um palácio, onde descansaria de suas lutas. Contratou os melhores arquitetos e artistas da época e fez construir algo de fato maravilhoso.

Mas havia um problema. Nas imediações do palácio, havia um moinho antigo e feio, que prejudicava a paisagem. O rei tentou de todas as formas e fazendo todas as propostas, comprar o moinho para simplesmente demolí-lo. O dono do moinho, todavia, recusou-se terminantemente, argumentando que o moinho havia sido do pai de seu pai e do avô de seu avô.

Após muitas tentativas, o rei perdeu a paciência, mandou demolir o moinho e dispôs-se a pagar uma justa indenização ao moleiro.

^(*) Professor de Direito Processual do Trabalho. Mestre e Doutorando em Direito pela UFPR e pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha. Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara de Curitiba.

O moleiro, todavia, recusou-se, e disse apenas “*Ich gehe nach Berlin*” “Eu vou para Berlim” (para meu avô, apesar de austriaco, a capital desta Germânia de fabulas era sempre a pujante e nietzscheana Berlim, do final do século XIX) “Eu vou para Berlim, pois em Berlim ha juizes e la terei justiça”

Assim fez o moleiro e os juizes de Berlim condenaram o rei a reconstruir o moinho O rei (como so fazem os reis das fabulas) aceitou a sentença e disse “Fico alegre em saber que em meu reino ha juizes justos, honestos e corajosos”

Tornei a ouvir esta estoria duas outras vezes na vida, em momentos importantes de minha carreira

A primeira foi ha dez anos atras, quando tomei posse como Juiz do Trabalho O saudoso Professor Jose Salvador Ferreira (que hoje empresta o nome ao Escritorio Modelo da Faculdade de Direito de Curitiba) lembrou-me com um doce ar paternal, “não te esqueça e procura ser como os juizes de Berlim”

A outra vez foi ha pouco tempo atras, na cerimônia de posse do Juiz Dirceu Buys Pinto Junior como Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

Em nome dos advogados falou o laureado Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, que, em um discurso emocionado e emocionante, apontou o personagem central da fabula não o rei ou os juizes de Berlim e sim o moleiro que sai a procura de justiça

Depois de adulto (no processo de desencanto que e envelhecer), fui atras desta estoria O palacio existe e chama-se *Sanssouci* (Sem Preocupações E que era chique na epoca falar em francês) e fica em Potsdam, cidade proxima a Berlim O rei foi Frederico I, da Prussia, chamado pelos alemães de *Fritz o Grande*

Não ha nenhum moinho nas imediações

Ainda assim, ha juizes como os de Berlim Juizes nos quais os injustiçados, como o moleiro de *Sanssouci*, confiam

Mais do que isto, ha homens como o moleiro de *Sanssouci*, que acreditam e lutam pelo Direito e por seus direitos, conquistados com dignidade pelos pais de seus pais e pelos avos de seus avos e não aceitam indenizações subornantes

Do Juiz Dirceu, recém empossado, ha que se dizer duas coisas
A primeira e que, como homem, juiz, professor e pai, sempre foi um misto de guerreiro espartano e frade franciscano Espartano por lutar de maneira firme e decidida, porem sem odios ou paixões aniquilantes Franciscano por vestir sempre as sandalias da humildade e da dignidade de um juiz-frade, com a sensibilidade humana de um padre-cura de uma parquia do interior

A segunda caracteristica e eu, como amigo bem sei, e a de ouvir elogios com um sorriso amarelado e constrangido Pensa com os seus botões *La vem a canonização Não fica bem etc*

E um privilegio para todos nos, seus admiradores, mencionar que o ano de 2000 foi para o Juiz e Professor Dirceu talvez o momento aureo de sua carreira Neste mesmo ano foi promovido para o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região e foi escolhido paraninfo dos formandos da Faculdade de Direito de Curitiba

Desta ultima conquista, e necessario registrar que se trata de um ato de amor Gratuito como todos os verdadeiros atos de amor Seus alunos o elegeram reconhecendo não apenas as suas caracteristicas de mestre, mas especialmente de ser humano impar

Sei que os defensores ocultos do discurso pos-moderno e neoliberal, como o cineasta Arnaldo Jabor, ridicularizariam esta tentativa de valorização da imagem do Juiz e do Professor Nunca ouvi personagens como este, que invadem violentamente os lares brasileiros, fazerem um elogio ou um comentario construtivo, ja que a sua missão e destruir qualquer tentativa de reação que se inicia com o otimismo em busca de algo renovado

E nosso dever, todavia, ressaltar as virtudes cardeais de magistrados professores, politicos e outros personagens publicos, para

preservar, no imaginário, a valorização das virtudes que o espúrio discurso hegemônico, dos que tentam subordinar tudo (inclusive o Direito e a Política) à Economia. Maculando e destruindo o herói e o que há de humanamente heróico, dizendo assim: *“Não há sociedade, só indivíduos Não seja tolo, salve-se quem puder Cada um é responsável e pode responder apenas por si Tudo o que é coletivo, público, social não presta A tua parte, prefira em dinheiro ”*

Ao contrário do moleiro de *Sanssouci*.

DOUTRINA

Desvinculação do Salário Mínimo como Fator de Atualização

Luiz Eduardo Gunther e Nacif Alcure Neto^(*)

Sumário: 1. Generalidades; 2. Piso salarial; 3. Adicional de insalubridade; 4. Dano moral; 5. Salário profissional; 6. Valor de alçada; 7. Multa convencional; 8. Honorários advocatícios; 9. Controle da constitucionalidade; 10. Conclusões.

1. GENERALIDADES.

Para minimizar (já que inevitável) os efeitos nocivos da inflação, o legislador brasileiro introduziu no sistema jurídico positivo a correção monetária. Em nosso ramo do direito a matéria foi disciplinada, em seus primórdios, pelo Decreto-lei nº 75/66.

A sua finalidade óbvia era de manter - tanto quanto possível - o valor real da moeda.

Para atingir tal desiderato, cujo favorecido primeiro era o tesouro nacional, foram adotados índices que pretendiam refletir a realidade inflacionária.

A sociedade, no entanto, pouco afeita a índices complexos, adotou, de imediato, o mesmo índice destinado ao salário mínimo.

Assim, era comum a fixação de contratos em números de salários mínimos, mesmo frações.

Corrigido o salário mínimo seguia na mesma esteira o reajuste generalizado de diversos produtos e serviços. O salário mínimo transformou-se, por força do uso, em índice de reajuste para a quase totalidade dos negócios. Esta prática implicava na realimentação da inflação.

^(*)*Luiz Eduardo Gunther e Nacif Alcure Neto são Juizes do TRT da 9ª Região – PR*

Pelo menos era o discurso da area econômica, com relação ao salario mínimo

Para evitar males maiores, ainda de acordo com o mesmo discurso, os responsáveis pela area econômica passaram a adotar índices inferiores a inflação verdadeiramente vivida e sofrida por todos, mas muito mais nefasta para os trabalhadores

Os expurgos sazonais levaram ao arrocho salarial, tão bem conhecido no Brasil (e não so naqueles tempos bicudos em que imperava o regime militar Basta lembrar o ultimo debate sobre o reajuste do salario mínimo e a quebra da Previdência Social)

Pois bem, apos varios anos e no intuito de tornar mais simpatica a atuação governamental, duramente criticada pelas oposições foi promulgada a Lei nº 6 205, de 30 04 75, cuja finalidade era desconsiderar o salario mínimo como fator de correção monetaria e, assim, conceder ao salario mínimo reajuste compativel com a sua recuperação, ainda que paulatina, ate atingir cem dolares mensais ou, quem sabe, ate mais, se a economia permitisse e "o bolo pudesse ser repartido"

A lei não pegou

Mas o seu espirito ficou adormecido latente e ressurgiu na Constituição Federal de 1988, que prescreve

Art 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, alem de outros que visem a melhoria de sua condição social

IV - salario mínimo, vedada sua vinculação para qualquer fim

Interpretando essa regra, disse Ives Gandra da Silva Martins Filho

“Da simples leitura do dispositivo constitucional em tela se percebe a relação estreita entre a garantia de reajuste periodico do salario mínimo e a vedação a que seja utilizado como indexador de obrigações () Assim, a intenção do constituinte de fortalecer o salario mínimo, elevando-o a patamares mais condizentes com a dignidade do trabalhador e a justiça social, não se plasmou na Constituição sem o cuidado de evitar o carater inflacionario

da norma, caso continuasse o salário mínimo a servir de parâmetro de reajuste de contratos e obrigações”⁽¹⁾.

Também nesse sentido é o entendimento de Eugênio Roberto Haddock Lobo e Júlio César do Prado Leite, como se depreende daquilo que escreveram, assim:

“Como o legislador constituinte partiu da premissa que os níveis de salário mínimo vigentes à data da Constituição são demasiadamente baixos - os mais baixos do mundo civilizado - previu a ampliação real do seu poder aquisitivo por política governamental a ser implementada iterativamente. Exatamente por tal propósito fez proibir expressamente a vinculação do valor do S.M a qualquer outro, para qualquer fim. Tal providência, a que não refoge um certo sentido casuísta, desgarrar o S.M. de qualquer outro liame, ou paradigma. O seu valor não servirá para índice revelador de oscilação de valor ou custo para quaisquer operações, não apenas as reguladas em lei, mas as de natureza obrigacional.

Quer-se, de tal modo, deixar solto o valor do S. M. de modo que, em seu eventual manejo para o alto e mais além do índice inflacionário verificado no período, não arraste atrás de si nenhuma outra consequência direta de aumento de preços, salvo a que dimanar, como aliás é desejado, do aumento gradual, mas constante, do poder aquisitivo da massa trabalhadora de baixa renda”⁽²⁾.

Igualmente, interpretando essa norma constitucional disse Arnaldo Süssekind:

“Finalmente, o inciso IV proíbe que o valor de qualquer prestação, instituída por lei ou estipulada em contrato, seja indexada ao salário mínimo, (...). Essa proibição visa a proporcionar o crescimento do valor do

⁽¹⁾ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva *Vedação constitucional à utilização do salário mínimo como indexador - problemas do adicional de insalubridade e da alçada - experiência do direito comparado, para solução da questão* Revista LTr 56-04/409

⁽²⁾ LOBO, Eugenio Roberto Haddock e LEITE, Júlio César do Prado *Comentários à Constituição Federal 1º Vol Artigos 1º a 11 Coordenação de B Calheiros Bonfim Rio Edições Trabalhistas, 1989 p 186*

salário mínimo (...), sem acarretar a majoração automática, no mesmo nível, de outras prestações”⁽³⁾.

Considerando a hierarquia da norma fundamental entendemos que o preceito ia pegar. Mas, entendemos que a sua finalidade era eliminar, de uma vez por todas, a vinculação do salário mínimo como fator de atualização monetária, fora da área do direito do trabalho, sem repercutir na remuneração dos trabalhadores.

Malgrado nosso, esta não foi a interpretação que deu o E. STF, guardião e intérprete maior da Constituição Federal.

São emblemáticas as decisões a seguir destacadas.

2. PISO SALARIAL.

A tradição jurídica tem albergado a criação de piso salarial para as categorias profissionais. É comum a fixação do piso salarial em múltiplo (inteiro ou fração) do salário mínimo.

Foi assim, com certa reserva e perplexidade, que tomamos conhecimento da decisão proferida no RE 197.911 - PE interposto pelo Sindicato da Indústria do Açúcar e do Álcool no Estado de Pernambuco e Sindicato dos Cultivadores de Cana de Açúcar no Estado de Pernambuco, sendo recorridos a Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Pernambuco - FETAPE e outros.

A insurgência era com a Sentença Normativa que validara cláusula estabelecendo piso salarial correspondente ao salário mínimo acrescido de fração. A primeira Turma do E. STF, secundando voto do relator, o Exmo. Min Octávio Gallotti, declarou a inconstitucionalidade da cláusula, merecendo transcrição trecho da sua manifestação:

"Manifesto se revela o conflito dessa disposição com o inciso IV (parte final) do art. 7º da Constituição, que proíbe a vinculação para qualquer fim, de outros valores ao do salário mínimo, pouco importando, naturalmente, venha ela a ser traduzida em múltiplos inteiros ou fracionários".

⁽³⁾ *SUSSEKIND, Arnaldo e outros Comentários à Constituição 1º Vol Arts 1º ao 7º Rio de Janeiro Freitas Bastos, 1990 p 380*

A decisão serviu de estímulo e aprofundando o estudo, descobrimos que antes dessa data, decisão semelhante havia sido proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, “*verbis*”

A nova Carta Política proibiu, no art 7º, IV, a vinculação de valores ao salário mínimo, “para qualquer efeito” Dada a vedação, insubsiste qualquer direito adquirido a percepção de vencimentos expressos em numero desses salários”⁽⁴⁾

Depois disso, passamos a acompanhar outras decisões que se postaram na defesa intransigente da literalidade do preceito constitucional

3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Quanto ao adicional de insalubridade entendemos, desde a promulgação da Constituição Federal, que a base de incidência deixara de ser o mínimo para ser a remuneração Não havia sentido, a nosso juízo, que a redação do artigo 7º XXIII, da CF, que mandava adotar adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, pudesse estabelecer bases diversas para tais institutos A menos que adicional de remuneração possa ter conceito diverso conforme se trate de insalubridade ou periculosidade

A nossa convicção no entanto, não encontrou receptividade entre os doutos componentes da Turma, que continuou afinada com a reiterada jurisprudência do E TST, de que da conta o Enunciado nº 228 e, sobretudo, a Orientação Jurisprudencial nº 2 da SDI, que afirma enfaticamente que a base de calculo, mesmo apos a CF/88 e o salario minimo

A este respeito, convem destacar a solução proferida no RE 236 396-5-MG, Acórdão da 1ª Turma, de 02-11 98, sendo relator o Exmo Min Sepulveda Pertence, que deixou bem claro que o salario minimo não pode servir de base de calculo para o adicional de insalubridade Com esta orientação e, para não suprimir instância, determinou o retorno dos autos ao E TRT da 3ª Região para definir a base de calculo⁽⁵⁾

⁽⁴⁾ RMS 762-0-GO rel Min Democrato Reinaldo apud Luis Roberto Barroso *Interpretação e Aplicação da Constituição Ed Saraiva 1996 p 53 nota de rodape nº 15*

⁽⁵⁾ LTr 62 12 1621

E bem verdade que existe uma decisão anterior, mais antiga, da Egregia 2ª Turma, do Excelso STF, da lavra do Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, perfilhando opinião diversa

“() SALÁRIO MÍNIMO VINCULAÇÃO PROIBIDA A teor do disposto no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, tem-se como positiva a adoção do salário mínimo como unidade monetária, ou seja, visando a adoção de fator de indexação. Longe fica de configurar preceito contrário a Carta o que revela o salário mínimo como base de incidência da percentagem alusiva ao adicional de insalubridade. Exsurge com relevância maior a interpretação teleológica, buscando-se o real objetivo de Norma Maior”⁽⁶⁾

4. DANO MORAL

No mesmo sentido trilhou a 1ª Turma da Suprema Corte ao analisar Recurso Extraordinário contra acórdão que fixou a indenização do dano moral em quinhentos salários mínimos, conforme se extrai da ementa “verbis”

“Fixação da indenização com vinculação a salário mínimo

Vedação Constitucional Art. 7º, IV da Carta Magna Recurso Extraordinário conhecido e provido”⁽⁷⁾

Impende registrar que a orientação da Turma foi no sentido de “determinar que se considere que a condenação em números de salários mínimos e aquela relativa ao valor em dinheiro deles no momento da prolação do acórdão recorrido, devendo esse valor, a partir do acórdão recorrido, ser corrigido monetariamente por índice oficial” conforme notícia o Informativo STF nº 185, de 27/04/2000

5. SALÁRIO PROFISSIONAL

Mais recentemente tivemos a oportunidade de saber que nem mesmo os salários profissionais (mínimos de categorias especializadas) podem considerar múltiplos do salário mínimo. A notícia veiculada no Informativo do

⁽⁶⁾ STF - Ag. Rg - AI - 2ª T 177 959-4-4-MG - Rel. Ministro Marco Aurélio - DJU 23/05/97

⁽⁷⁾ RE 225 488-PR Rel. Min. Moreira Alves Informativo STF 193, p. 4

STF nº 191, de 29 de maio a 2 de junho de 2000 é suficiente para definir o entendimento.

ENGENHEIRO. SALÁRIO PROFISSIONAL. Com a proibição de vinculação ao salário mínimo e a extinção do salário mínimo de referência, o salário profissional de diplomados em Engenharia, Química, Arquitetura, Agronomia e Veterinária -fixado em 6 salários mínimos pela Lei 4950-A/66- deverá ser fixado com base no art. 4º da LICC. Com esse entendimento a Turma entendendo que a Lei 4950-A/66 continua em vigor e que, portanto, os autores da reclamação têm direito à percepção de salário profissional, determinou que o juiz a quo, na execução, decida qual o valor do salário profissional a ser adotado após a extinção do salário mínimo de referência, vedada a redução do valor nominal da remuneração. RE 235.643-PA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 23.5.2000. Inf. STF 191, págs. 1/2.

Posteriormente, em Embargos de Declaração, a E. Turma, diante do impasse criado e da profunda repercussão social, atenuou os efeitos da decisão, conforme revela a ementa que se transcreve:

Salário mínimo profissional: persistência do direito à sua percepção, não obstante a lacuna quanto ao seu valor, advinda da extinção do salário mínimo de referência e da vedação constitucional de sua vinculação ao salário mínimo: fixação judicial do valor do salário mínimo profissional, limitado pelo do pedido, até que a lei venha a determinar o seu quanto⁽⁸⁾.

Deflui do teor ementado que a E. Turma manteve o mesmo valor definido em salários mínimos, nos exatos termos do pedido, pois o único condizente com a idéia de justiça.

A persistir a inclinação primeira, na mesma vala comum serão lançados todos os demais profissionais, v.g. médicos, dentistas, laboratoristas, etc.. que desfrutaram de salário profissional legalmente assegurado.

A solução, ao que nos parece, deve ser adotar o valor nominal vigente em 5.10.88 e depois disso reajustá-lo, anualmente, pelo índice destinado à atualização salarial na data base da categoria.

⁽⁸⁾ *Informativo STF nº 211, de 20 a 24 de novembro de 2000, p. 3.*

6. VALOR DE ALÇADA.

O art. 2º, parágrafo 4º da Lei nº 5.584/70, tornou irrecorrível a sentença proferida nas causas cujo valor não exceder dois (2) salários mínimos, desde que não versem sobre matéria constitucional.

Este preceito já foi confrontado com o texto constitucional e foi rejeitado pelo E. TST, conforme se extrai da Orientação Jurisprudencial nº 11 da SDI, "verbis": ALÇADA. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. RECORRIBILIDADE. O ART. 5º, INC. LV E O ART. 7º INC. IV, DA CF/88 NÃO REVOGARAM O ART. 2º, parágrafo 4º, DA LEI Nº 5.584/70.

Esta interpretação persiste, até porque o E. STF ainda não foi provocado a se manifestar a este respeito. A considerar, no entanto, as decisões suso transcritas (todas da 1ª Turma) é possível que o caminho seja contrário ao percorrido pelo TST.

Sobre a alçada na Justiça do Trabalho, tramita perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 168, de 1999, que, no artigo 4º, dá nova redação ao parágrafo 3º do art. 2º da Lei nº 5.584/70, assim: "Quando o valor fixado para a causa, na forma deste artigo, não exceder de 5 (cinco) vezes o salário mínimo, será dispensável o registro dos depoimentos, devendo constar da ata a conclusão da Junta quanto à matéria de fato". Vale dizer, mantém a orientação de validade do salário mínimo como indexador dessa modalidade processual.

Na mesma esteira, o anteprojeto de lei que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal e que foi aprovado em 12 de setembro de 2000, pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça, que no seu artigo 3º limita a competência às causas cujo valor atinjam até 150 salários mínimos.

A mesma solução há de atingir o preceito contido no artigo 852-A, da CLT, com a redação da Lei nº 9.957/2000, que introduziu o procedimento sumaríssimo para os dissídios individuais cujo valor não exceder de 40 salários mínimos.

Esclarecendo o aspecto de vinculação ao salário mínimo, diz Manoel Antonio Teixeira Filho:

“No Projeto, esse limite era de cinquenta salários mínimos. A registrar-se, ainda, o fato de a emenda oferecida pelo Relator da matéria na Câmara, Deputado Pedro Henry, não cogitar de salários mínimo e sim do valor fixo de R\$ 7.000,00, que seria “revisto periodicamente através (sic) de instrução normativa do Tribunal Superior do Trabalho”. Essa emenda, embora tenha sido aprovada na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, não o foi no Plenário da Câmara dos Deputados”⁽⁹⁾.

Diz o citado doutrinador, ainda, que “esse critério não é inconstitucional, como se possa imaginar. (...) a mera adoção do salário mínimo como critério para definir o procedimento judicial não gera nenhum impacto sobre a economia nacional, do mesmo modo como nunca gerou a fixação da alçada (Lei nº 5.584/70, art. 2º, parágrafo 4º)”⁽¹⁰⁾.

7. MULTA CONVENCIONAL

Outra situação corriqueira nos meios sindicais é a fixação da multa em salários mínimos (múltiplos inteiros ou frações). Considerando que a multa tem respaldo no sistema jurídico positivo; e, considerando a orientação que vem sendo firmada no seio da Suprema Corte, quer nos parecer que a solução escoreita consiste em sua adequação pecuniária equivalente ao salário (ou múltiplos) da data de sua vigência e, ao depois, a sua correção de acordo com os índices oficiais destinados aos débitos trabalhistas.

8. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O Egrégio Superior Tribunal da Justiça vem entendendo não ser possível a fixação dos honorários advocatícios em salários mínimos, como se vê do seguinte julgado:

“Processo Civil. Honorários de advogado. Fixação em salário mínimo. Os honorários de advogado não podem ser fixados em função de salário mínimo (CF, art. 7º, IV; Leis 6.205/75 e 7.789/89). Recurso provido”⁽¹¹⁾. Esse posicionamento consolidou-se na Súmula 201, do mesmo E.

⁽⁹⁾ *O procedimento sumaríssimo no processo do trabalho comentários à lei nº 9.957/2000 2ª ed São Paulo LTr, 2000 p 47*

⁽¹⁰⁾ *ob. cit. p 47*

⁽¹¹⁾ *STJ REsp 57.081 SP Rel Min Humberto Gomes de Barros 1ª Turma Decisão 23/11/94 DJ 1 de 19/12/94, p 35.292 A Constituição na visão dos Tribunais*

STJ, com o seguinte teor: “Os honorários não podem ser fixados em salários mínimos”; e isso ainda na hipótese em que o vencedor formule pretensão nesse sentido (STJ 3ª Turma, REsp 25.306-1-RS, Rel. Min. Dias Trindade, j. 22.6.93, deram provimento parcial, DJU 20.9.93, p. 19.176)⁽¹²⁾.

9. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Em interessante trabalho doutrinário, Ives Gandra da Silva Martins Filho examina, concretamente, três espécies de técnicas de controle da constitucionalidade. interpretação conforme, apelo ao legislador e declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, com base no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. E aplica a última técnica decisória (da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade) “à hipótese do art. 2º, parágrafo 4º, da Lei 5.584/70 (alçada trabalhista) e do art. 192 da CLT (adicional de insalubridade), quando confrontado com o inciso IV do art. 7º da Constituição Federal”⁽¹³⁾.

Indo mais longe em sua análise “no caso do art. 192 da CLT, se é inconstitucional vincular o adicional de insalubridade ao salário mínimo (CF, art. 7º, IV), também o é suprimir essa parcela do acervo remuneratório do trabalhador (CF, art. 7º XXIII), sendo mais danosa para a ordem social a supressão da parcela do que a sua vinculação ao salário mínimo”⁽¹⁴⁾.

Quanto à alçada, “a não pronúncia da nulidade do art. 2º, parágrafo 4º, da Lei nº 5.584/70 teria como fundamento o princípio constitucional implícito da necessidade de agilizar e desafogar o Poder Judiciário (CF, arts. 24, X e 98, I), e como razão valorativa de decidir o fato de que a norma constitucional invocada como atritante com a lei (CF, art. 7º, IV) não teve como escopo direto suprimir a alçada”⁽¹⁵⁾.

interpretação e julgados artigo por artigo Brasília Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete da Revista São Paulo Saraiva, 1997 p 182

⁽¹²⁾ NEGRÃO, Theotônio Código de processo civil e legislação processual em vigor 31ª ed São Paulo Saraiva, 2000 p 125 verbete do art 20.29 a)

⁽¹³⁾ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva Vedação Constitucional à utilização do salário mínimo como indexador - problemas do adicional de insalubridade e da alçada - experiência do direito comparado para a solução da questão Revista LTR 56-04/409-410

⁽¹⁴⁾ Ob cit., p. 411

⁽¹⁵⁾ ob cit., p 412

Deflui do texto que o ilustre Ministro do TST perfilha a corrente que entende haver inconstitucionalidade superveniente.

Esta, contudo, não é a orientação que prevalece na Suprema Corte. conforme nos revela Luis Roberto Barroso, “*verbis*”:

“O tema esteve pacificado por muitos anos em sede jurisprudencial, havendo sido reagitado em amplo debate perante o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, em 6 de fevereiro de 1992. Em longo e erudito voto, reproduzido no julgamento de diversas outras ações, o Ministro Sepúlveda Pertence sustentou a tese da inconstitucionalidade superveniente, em contraposição à idéia até então dominante de que todas as leis anteriores à Constituição e com ela incompatíveis ficavam revogadas. Foi acompanhado pelos Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio. (...) Prevaleceu, todavia, a posição do Ministro Paulo Brossard, na linha da tradicional jurisprudência da Suprema Corte. Com a adesão de oito ministros, o acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2 inscreveu em sua ementa a síntese da posição vitoriosa:

“O vício de inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A Lei maior valeria menos que as leis ordinárias.

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária

Ação direta que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ *ob. cit p 74/76*

10. CONCLUSÕES

Estas são as considerações que consideramos relevantes trazer à baila, sobretudo para mostrar que a Constituição, passados 12 anos, ainda não foi compreendida em matéria que se mostra singela, pelo menos sob a óptica da 1ª Turma do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Apresentam-se algumas sugestões de análise dos casos enfocados:

10.1. Piso salarial. Deve ser fixado em valor nominal, sem qualquer vinculação ao salário mínimo. A atualização poderá ser feita pelos índices inflacionários, na data-base da categoria.

10.2. Adicional de insalubridade. A solução mais correta seria considerar-se o salário contratual conforme está explicitado claramente no art. 7º, XXIII, da CF/88.

10.3. Dano Moral. Nem salários mínimos, nem o salário contratual, mas o arbitramento de um valor razoável pelo juiz levando em conta a situação do ofendido, do ofensor, e o dano causado.

10. 4. Salário Profissional. Tomando-se em conta o valor em salários mínimos existentes à época da CF/88, reajustar os valores previstos (Leis 4.950/A e 3.999, por exemplo) pelos índices da inflação, nas datas-bases das categorias.

10.5. Valor de Alçada. Adotar o valor fixado pela lei e atualizá-lo por critérios de correção, como por exemplo o adotado para o depósito recursal pelo TST.

10.6. Multa Convencional. Transformar em valores nominais aqueles fixados em salários mínimos e corrigi-los pelo índices inflacionários, na data-base da categoria profissional.

Pelo exposto, vê-se que seria de todo oportuno, após mais de doze anos da vigência da Constituição da República, que houvesse manifestação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para dissipar as dúvidas que ainda pairam sobre o exato entendimento e alcance do art. 7º, IV, da CF/88.

A Natureza Jurídica e a Efetividade das Recomendações da OIT

Luiz Eduardo Gunther^(*)
Jorge Fontoura^(**)

SUMÁRIO:

1) Introdução, 2) Elaboração normativa da OIT, 3) Convenções e Recomendações, uma distinção necessária, 4) Natureza jurídica das recomendações da OIT, 5) A efetividade das recomendações no ordenamento jurídico brasileiro, 6) conclusões

1. Introdução

A tutela internacional do trabalho, pelo vies das normativas da OIT, apresenta-se nesta transição de milênios como ultimo reduto para a defesa de importantes conquistas da civilização. A “era do mercado”, indiferente as fronteiras estatais, vê-se inexoravelmente direcionada a erodir toda uma gama de valores jus-laborais arduamente construídos.

Como se em um inusitado refluxo histórico, surge uma “internacional” agora não mais trabalhista, e sim financeira e especuladora, indiferente aos melindres de história ou geografia *ubi bene ibi patria*. Parece realizar-se, com efeito, o que Pio XI vaticinou, com premonição pontifícia, como *il imperialismo internazionale del denaro*.

Perante tal quadro, a efetividade jurídica das normativas da OIT, mercê de sua natureza universal, ganha importância ímpar na história das relações laborais. Somente elas, como novas orbitas jurisdicionais, estão aptas a fazer face ao caráter também universal dos desdobramentos jurídicos da mundialização da economia, pelo seu lado mais perverso, que “coisifica” o trabalho, flexibilizando e reduzindo direitos ancestrais em prol da ideologia da maximização do lucro, dissimulada no binômio competitividade- produtividade.

(*) *Luiz Eduardo Gunther* e Mestre em Direito pela UFPR

(**) *Jorge Fontoura* e Doutor em Direito pela USP

2. A elaboração normativa da OIT

Tendo missão relevante a cumprir em matéria de dignificação do trabalho e de proteção dos trabalhadores e de suas famílias, dispõe a OIT de dois instrumentos jurídicos fundamentais: “as convenções e as recomendações aprovadas pela Assembléia Geral por maioria de 2/3. As primeiras são obrigatórias após a sua ratificação pelos Estados. As segundas são meramente indicativas”⁽¹⁾

Interessa, particularmente, na atividade da OIT, a criação de normas internacionais, com a finalidade de que a legislação do trabalho dos Estados membros realize as finalidades sociais da organização, como esclarece Lobo Xavier *“As convenções e as recomendações são aprovadas na Conferência por maioria de dois terços. Não contém um regime com eficácia imediata nos ordenamentos do Estado, já que este tem o direito de ratificar ou não os textos aprovados, devendo, contudo, em qualquer caso informar periodicamente sobre o estado da legislação e da prática nacionais quanto aos aspectos focados*

As convenções, depois de ratificadas, conduzem os respectivos estados à obrigação de as aplicar, conformando a sua legislação e prática aos princípios nela constantes, ficando tal aplicação sujeita a controle. As recomendações constituem uma orientação e antecedem, muitas vezes, a elaboração de uma convenção sobre a matéria”⁽²⁾

Segundo Cesarino Júnior, são fontes do direito internacional do trabalho tão somente os regulamentos dos órgãos constitutivos da OIT e as convenções internacionais em matéria de trabalho, cujos projetos aprovados pelas Conferências Gerais da OIT, sejam ratificadas por considerável número de Estados dela participantes *“As convenções internacionais do trabalho não têm, por si mesmas, efeito obrigatório, é por suas ratificações que um Estado assume a obrigação de pô-las em execução. Sua promulgação já na órbita do direito interno introduz as disposições da convenção na ordem jurídica nacional. Para cada convenção, específicas regras relativas à sua entrada em vigor estão contidas em suas cláusulas finais. Há instrumentos idênticos às*

⁽¹⁾ PEREIRA, André Gonçalves QUADROS, Fausto de *Manual de direito internacional público* 3ª ed Coimbra Almedina, 1997 p 557

⁽²⁾ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo *Iniciação ao direito do trabalho* Lisboa Editorial Verbo, s/d p 327

convenções quanto à sua forma e à sua elaboração, mas que não devem, obrigatoriamente, como as convenções ser submetidos à ratificação. Tratam-se das resoluções, que são meros convites aos Estados para seguirem certas regras' (3)

Explicando as convenções da OIT, Amauri Mascaro Nascimento refere que *“A Conferência da Organização Internacional do Trabalho reúne-se periodicamente votando decisões que podem obrigar os Estados-membros. Essas deliberações revestem-se da forma de convenções internacionais do trabalho. Diferem, portanto, dos tratados internacionais porque, ao contrário destes, não resultam de entendimentos diretos entre os países interessados, mas sim de discussões ocorridas nos quadros da OIT, em cujo seio é processada a sua elaboração e posterior aprovação em caráter oficial. Portanto as convenções internacionais são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento jurídico interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais” (4)*

Ao discorrer sobre os atos jurídicos das Organizações Internacionais, Rodríguez Carrión distingue aqueles cujo conteúdo não é obrigatório em si, porém exigem um comportamento formal por parte dos Estados *“ Assim, o artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho dispõe certas obrigações específicas de comportamento dos Estados com relação às convenções ou recomendações e que não implicam obrigatoriedade alguma a respeito de seus conteúdos. Conforme o parágrafo 5º de dito preceito,*

“Tratando-se de uma convenção

a) será dado a todos os Estados-Membros conhecimento da convenção para fins de ratificação,

b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da

(3) CESARINO JÚNIOR Antônio Ferreira *Direito Social São Paulo LTr e Edusp 1980 p 83*

(4) NASCIMENTO Amauri Mascaro *Compêndio de direito do trabalho SP LTr e Edusp 1976 p 72 73*

Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza”.

Por sua parte, o parágrafo 6º dispõe,

“Em se tratando de uma recomendação:

a) será dado conhecimento da recomendação a todos os Estados-Membros, a fim de que estes a considerem, atendendo à sua efetivação por meio de lei nacional ou por qualquer outra forma”.

Com estes pressupostos o Estado terá satisfeito sua obrigação jurídica mediante o respeitoso cumprimento de sua obrigação de comportamento, sem que dito comportamento se vincule a nenhuma obrigação do resultado pretendido pelo conteúdo material do ato em questão”.⁽⁵⁾

Francisco de Assis Ferreira, por sua vez, explicita que as Conferências da OIT atingem a plenitude de sua finalidade através de três instrumentos:

“a) convenção, contendo normas que podem ser objeto de ratificação pelos Estados-membros;

b) recomendação, cuja matéria não é apropriada no momento para ser objeto de convenção;

c) resolução, simples sugestão para que os Estados-membros adotem as medidas alvitadas”.⁽⁶⁾

⁽⁵⁾ CARRIÓN, Alejandro J Rodríguez. *Lecciones de derecho internacional público* 4ª ed Madrid Tecnos 1998 p 258

⁽⁶⁾ FERREIRA, Francisco de Assis. *Lições de Direito do Trabalho* Fortaleza Imprensa Universitária do Ceará. 1969 p 495

3. Convenções e Recomendações, uma distinção necessária

As recomendações são estimadas como cabíveis sempre que a matéria discutida não comporte todavia um tratamento convencional, seja pela precariedade político-jurídica de sua adoção, seja pelo caráter incerto do tema suscitado

Balmaceda apresenta quatro diferenças principais entre convenções e recomendações, tomando em conta suas estruturas normativas

1) a convenção constitui uma forma de tratado internacional, não assim a recomendação,

2) a convenção pode ser, por conseguinte, objeto de ratificação pelo correspondente Estado, o que logicamente não pode ocorrer com uma recomendação,

3) ratificada uma convenção, o Estado "tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção" (Constituição da OIT, art 19, N° 5, letra d) Sendo improcedente a ratificação de recomendações, não vigora pois, a seu respeito, dita obrigação por parte dos Estados,

4) enquanto que no caso das convenções podem apresentar-se diversos problemas de interpretação, entrada em vigor, denúncia, revisão e efeitos em caso da retirada de um Estado da OIT, todos derivados da ratificação do instrumento nenhuma dessas situações têm lugar no que concerne às recomendações ⁽⁷⁾

O tema, ante sua importância, mereceu tratamento detalhado de Nicolas Valticos, em seu clássico "Derecho Internacional del Trabajo"⁽⁸⁾, que procuramos resumir assim.

'1) a convenção é o procedimento-tipo da regulamentação internacional do trabalho, sendo ela somente passível de ser objeto de

⁽⁷⁾ BALMACEDA Manuel Montt Principios de derecho internacional del trabajo 2ª ed Santiago de Chile editorial jurídica de Chile, 1998 p 135

⁽⁸⁾ VALTICOS, Nicolas Derecho Internacional del Trabajo Trad Maria Jose Triviño Madrid Tecnos 1977 p 234 236

ratificação e criar uma rede de obrigações internacionais, seguidas de medidas de controle,

2) a recomendação é um acessório, sendo seu papel definido a partir do princípio geral segundo o qual adota-se essa forma quando o objeto tratado não se preste a adoção imediata de uma convenção. Podem ser distinguidas três funções principais da recomendação: a) é a forma mais apropriada quando um tema ainda não está maduro para a adoção de uma convenção, e a recomendação derivada da autoridade da Conferência contribui para a criação de uma consciência social comum, abrindo espaço para a adoção posterior de uma convenção; b) uma Segunda função é a de servir de complemento a uma convenção podendo ser útil para inspirar os governos, porém sem o mesmo caráter obrigatório que os termos de uma convenção; c) a recomendação tem um valor intrínseco em um certo número de casos quando as normas que contém possuem um caráter técnico detalhado, isto pode ser útil às administrações nacionais, contribuindo para a elaboração de uma legislação uniforme sobre a matéria, deixando no entanto a possibilidade de implementarem-se adaptações conforme a necessidade dos países, a mesma coisa acontece quando a recomendação trata de questões nas quais as situações e as práticas variam de tal maneira de um país a outro que dificilmente poder-se-ia pensar em compromissos internacionais estritos a respeito das medidas preconizadas,

3) a recomendação cumpre assim, junto à convenção, uma função útil em vários aspectos, residindo a diferença existente entre os dois instrumentos no aspecto relativo à eficácia, uma vez que, por definição, uma recomendação não pode ser objeto de compromissos internacionais e que os Estados dispõem da margem que desejem para daí-lhe o efeito que julguem oportuno, embora estejam obrigados a submeter tanto as recomendações, como as convenções às autoridades nacionais competentes, informando sobre a execução desta obrigação e sobre o curso dado a tal ou qual recomendação. Estas medidas não são comparáveis contudo com as obrigações que a ratificação de uma convenção impõe e com o controle sistemático de que é objeto a execução de tais obrigações.

4) Embora a recomendação seja considerada como a parente pobre da convenção, devem se ter presentes dois pontos: a) dada a natureza das questões que geralmente são objeto de recomendação, a alternativa nem sempre se apresenta entre uma recomendação e uma convenção, senão entre uma recomendação e a ausência de toda norma internacional ou na

existência de uma convenção que obteria tão poucas ratificações que perderia toda autoridade; b) é incontestável que algumas das recomendações têm tido uma influência considerável em numerosos países, sendo rutilante exemplo a recomendação nº 119, de 1963, sobre a Terminação da Relação de Trabalho.

4. A natureza jurídica das recomendações da OIT

Conforme a lição de Arnaldo Süssekind, as convenções da OIT, quando ratificadas pelo Brasil, constituem autênticas fontes formais de direito. No entanto, “*as recomendações aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho atuam apenas como fontes materiais de direito, porque servem de inspiração e modelo para a atividade legislativa*”.⁽⁹⁾

O mesmo autor explicita a obrigatoriedade de submissão dos instrumentos normativos da OIT à autoridade nacional competente, conforme o direito público interno do Estado-Membro, no prazo de dezoito meses da deliberação: “*as convenções para que, se aprovadas (no caso do Brasil, pelo Congresso Nacional), sejam formalmente ratificadas por ato governamental; as recomendações, para que o órgão competente decida sobre a conversão das regras sugeridas, no todo ou em parte, em normas jurídicas de eficácia nacional, conforme estabelece o mesmo art. 19 da Constituição da OIT.*”⁽¹⁰⁾

Celso Lafer, ao analisar a convenção, prevista no recorrente art. 19 da Constituição da OIT, ressalta a importante característica do quorum de deliberação, devendo ser aprovada por 2/3 dos delegados presentes à Conferência, o que teria levado Georges Scelle a entender que a vontade própria da Organização, pelos 2/3 dos delegados presentes, cria o ato regra. A obrigação que o Estado assume, pela ratificação e promulgação da convenção, sempre segundo Scelle, por ser um elemento conexo, dependente deste mecanismo de criação de normas, é um simples ato – condição, vinculado à vontade jurídica expressa pela OIT, por força da votação majoritária dos 2/3”.⁽¹¹⁾

⁽⁹⁾ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à Constituição*. 1º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. p. 336.

⁽¹⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 336.

⁽¹¹⁾ LAFER, Celso. *A Organização Internacional do Trabalho. Obra coletiva Tendências do direito do trabalho contemporâneo*. III Vol. SP: LTr, 1980. p. 332.

Segundo Lafer, “no que tange à convenção a originalidade maior da OIT esta no mecanismo da sua adoção pela regra dos 2/3 portanto ato-regra, e a sua aprovação e ratificação posterior pelos Estados como ato-condição”⁽¹²⁾ Diz, ainda, o mesmo autor, que por sua própria natureza, as recomendações não são ratificadas pelos países-membros da OIT, como acontece com as convenções, sendo por isso menos cogentes. Por essa razão as recomendações frequentemente são, para usar a imagem a que recorre Vicente Marotta Rangel, a *soft law* que antecede a *hard law* da convenção”⁽¹³⁾

Ao estudar a natureza jurídica desses dois importantes documentos, João Mota de Campos⁽¹⁴⁾ esclarece que as convenções da OIT se distinguem da generalidade das outras convenções internacionais por um traço significativo o Estado não é obrigado a ratificá-la, mas por força do art. 19 parágrafo 5º da Constituição da OIT, as autoridades governamentais devem submetê-la para ratificação ao órgão nacional competente, o que não aconteceria com as recomendações, que não estão sujeitas a ratificação pelos Estados-membros, tendo apenas a finalidade de fornecer orientações aos Estados na condução da ordem interna e na adoção de legislação. Seriam diferentes, então, porque enquanto a convenção é o “*instrumento da uniformização do direito socio-laboral nos Estados que a ratifiquem*” recomendação seria *instrumento da aproximação das legislações dos Estados que aceitem dar-lhe seguimento implementando-a mais ou menos fielmente na ordem jurídica interna*”⁽¹⁵⁾

Sobre a recomendação, de forma contundente, Evaristo de Moraes assinala que há igualmente expressa exigência de sua submissão a autoridade competente no direito interno, embora sem necessidade de ratificação formal. Sem esta, embora convertida em lei ou já estando a respectiva legislação interna em consonância com o seu texto, não fica o Estado-membro liberado dos relatórios anuais. Cabe-lhe informar periodicamente ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho

⁽¹²⁾ *Ob cit p 332*

⁽¹³⁾ *Ob cit 331*

⁽¹⁴⁾ *CAMPOS João Mota de Organizações Internacionais Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian 1999 p 407-408*

⁽¹⁵⁾ *Ob cit p 409*

(RIT) sobre o estado atual da legislação interna e das medidas tomadas para a sua efetiva aplicação.⁽¹⁶⁾

Sempre no mesmo diapasão, Néstor de Buen precisa que as convenções não obstante as distinções já assinaladas, equívalem a um tratado celebrado entre Estados; as recomendações são simples sugestões que se dirigem aos Estados para que, se forem aceitas, se formule um encaminhamento legislativo nacional.⁽¹⁷⁾

Já Mario de la Cueva leciona que o art 19 da Constituição da OIT estabelece a diferença entre as convenções e as recomendações: a primeira é equivalente a um tratado celebrado pelos poderes executivos dos estados, e deve ser aceito ou rechaçado em seus termos, sem que possam introduzir-se nele modificações. Em contrapartida, a recomendação é uma sugestão que se dirige aos estados a respeito do que, se é aceita, se formule um projeto de lei, em harmonia com ela, para ser discutido pelo poder legislativo.⁽¹⁸⁾ De la Cueva, resume ainda essas diferenças em uma fórmula que lhe parece apropriada: a convenção, ratificada pelo órgão competente do estado, transforma-se automaticamente em direito positivo, enquanto a recomendação necessita uma lei posterior que positive seus princípios.⁽¹⁹⁾

Examinando, em tese, as recomendações de caráter internacional, Quoc Dinh, define-as: “*A recomendação é um ato que emana, um princípio, de um órgão intergovernamental e que propõe aos seus destinatários um determinado comportamento*”.⁽²⁰⁾ E cita a definição de recomendação proposta em 1956 por M. Virally: “*resolução de um órgão internacional dirigida a um ou vários destinatários (e implicando) um convite à adoção de um determinado comportamento, ação ou abstenção*”⁽²¹⁾ Aduz ainda, quanto a seus grau de coercibilidade, que a recomendação é um ato

⁽¹⁶⁾ MORAES FILHO, Evaristo de, MORAES, Antonio Carlos Flores de *Introdução ao direito do trabalho 7ª ed SP LTr, 1995 p 234*

⁽¹⁷⁾ BUEN Néstor de *Derecho del trabajo Tomo primeiro 3ª ed México Porrúa 1979 p 390*

⁽¹⁸⁾ CUEVA, Mario de la *El nuevo derecho mexicano del trabajo Tomo I 6ª ed México Porrúa, 1980 p 36*

⁽¹⁹⁾ *Ob cit.*, p 36/37

⁽²⁰⁾ DINH, Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain *Direito internacional público Trad Vítor Marques Coelho Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1999 p 343*

⁽²¹⁾ *Ob cit.*, p 335

desprovido de efeitos obrigatórios. O sentido jurídico do termo coincide com o seu sentido corrente. Os seus destinatários não são obrigados a submeterem-se-lhe e não cometem infração no caso de não a respeitarem. Adverte, porém, sobre o valor normativo das recomendações: “*A falta de força obrigatória das recomendações não significa que não tenham qualquer alcance. Se fosse esse o caso seria difícil explicar a obstinação dos debates que conduziram a sua adoção. O seu impacto político é muitas vezes fundamental e mesmo o seu valor jurídico não é de desprezar*”⁽²²⁾

Quanto a seus efeitos jurídicos, leciona-nos Dinh que certas recomendações beneficiam-se de efeitos jurídicos reforçados, embora permanecendo, em si mesmas, atos não obrigatórios. E explica os meios de pressão indiretos aplicados para esse fim diferirem conforme a aplicação que se deva proceder por parte do Estado ou dos órgãos de organizações internacionais, e conforme o problema se põe num contexto de simples cooperação ou numa organização integrada. Tratando-se de Estados, o exemplo clássico é fornecido pelos atos das organizações competentes para adotar projetos de convenções sob a forma de recomendações⁽²³⁾

Não é ocioso recordar o que diz o art. 19, item 6, alínea b, da Convenção da OIT: “cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a recomendação a autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza”, art. 19, item 6, alínea b

Detem-se aí certa flexibilidade da obrigação jurídica assumida, conforme diz: “as autoridades nacionais conservam plena liberdade de decisão sobre a oportunidade de transformar a recomendação em norma interna”⁽²⁴⁾

Imperioso relevar o controle *a posteriori* das recomendações bem como o papel pioneiro da OIT sobre o tema, assim expressas nas palavras de Quoc Dinh: “*As técnicas mais utilizadas continuam a ser os processos de controle a posteriori apoiados na obrigação para os Estados de fornecerem*

⁽²²⁾ *Ob cit p 252/253*

⁽²³⁾ *Ob cit p 349*

⁽²⁴⁾ *Ob cit p 349*

relatórios periódicos, de responderem a questionários ou de explicarem as suas demoras perante órgãos políticos ou peritos () A OIT desempenhou um papel pioneiro a este respeito, a sua experiência generalizou-se (ONU, OCDE, OTAN, etc) em domínios tão diversos como a proteção dos direitos do homem, a coordenação das políticas económicas e o desarmamento”.⁽²⁵⁾

5. A efetividade da recomendação da OIT do ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil parece ainda não ter definido bem como devem ser recebidas as recomendações da OIT em nosso território. Tal situação pode ser verificada recentemente quando foi promulgada a Convenção nº 182, que trata da “Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação”. Com efeito, o mesmo Decreto que promulgou a Convenção nº 182, também “promulgou”, por assim dizer, a Recomendação nº 190, e a publicou, em anexo por cópia.⁽²⁶⁾

Tal procedimento, como se viu, contraria a posição doutrinária predominante que diz ser a convenção um tratado, sujeito a ratificação, mas não a recomendação, que se constitui em convite à adoção de um projeto de lei, para que seja discutido pelo poder legislativo.

A confusão terminológica, ou conceitual, surgiu, aparentemente, porque tanto a convenção como a recomendação estariam a exigir sujeição aos Estados-Membros e estariam passíveis a controle sistemático.

Quanto ao procedimento que incumbe pacticiamente aos Estados-membros, tem-se como assente que a convenção destina-se a ser encaminhada para ratificação (art. 19, item 5, alínea a, da Constituição da OIT); já a recomendação, sua efetivação deve se dar por meio de lei nacional ou por qualquer outra forma ao alvitre das Nações, como estipula o art. 19, item 6, alínea a, da Constituição da OIT.

Quanto ao controle exercido pela Organização sobre as convenções e recomendações aprovadas pela Conferência Internacional e encaminhadas aos Estados-Membros, observa-se que: a) quanto às primeiras,

⁽²⁵⁾ *Ob cit p 349*

⁽²⁶⁾ *Decreto nº 3 597, de 12-01-2000, Revista LTr, 1º vol 64 nº 09, setembro de 2000, p 1214 1218.*

obtido o consentimento da autoridade competente, o Estado-membro comunica a ratificação ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e toma as medidas para efetivar as disposições, não havendo assentimento, nenhuma obrigação tem o Estado-membro, exceto informar o Diretor-Geral sobre a legislação e prática observada quanto ao assunto de que trata a comunicação (art 19, item 5, alíneas d/e da Constituição do Brasil), b) quanto as segundas os Estados-membros dão conhecimento ao mesmo Diretor-Geral das medidas tomadas para submeter a recomendação a autoridade competente, e sobre a legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a recomendação, art 19, item 6, alíneas c/d, da Constituição da OIT

Não possuindo a recomendação *status*, ou natureza jurídica de tratado, apresenta-se equivocada a invocação do art 84, VIII, da CF/88, e a promulgação e publicação por Decreto Executivo conjunto da Recomendação e da Convenção

Nesse sentido, aliás, pronunciou-se o Consultor-Geral da República Dr Adroaldo Mesquita da Costa, em parecer de 27 de março de 1968, no qual asseverou que “as Recomendações da OIT “tratam de matéria de ordem social e não se destinam a criar compromissos internacionais” e que “devem ser submetidas aos órgãos técnicos do Ministério do Trabalho, os quais elaborarão projeto de lei a ser oferecido ao Congresso Nacional, se assim o entender o Poder Executivo”⁽²⁷⁾

Ja Rezek havia detectado essa incorreção no encaminhamento da recomendação, afirmando haver “registro, na história recente do parlamento brasileiro, da aprovação de recomendação da Conferência Internacional do Trabalho, mediante decreto legislativo (Dec Leg nº 51, de 30 de junho de 1974 aprovando a Recomendação nº 139, adotada na 55ª sessão da OIT) Não há inconveniente algum em que o governo envie ao Congresso o texto dessas recomendações, que pretendem operar como fonte de inspiração legislativa. O erro está em recebê-las como se fossem tratados, e em aprova-las por decreto legislativo, como que supondo possível a sua ratificação”⁽²⁸⁾

⁽²⁷⁾ DOU de 18 de abril de 1968

⁽²⁸⁾ REZEK J F *Direito dos Tratados RJ Forense 1984 p 159*

A recente Exposição de Motivos nº 189, de 16 de junho de 2000, do Ministério das Relações Exteriores, encaminhada pelo Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores, ao Senhor Presidente da República, esclarece bem essa questão. *“Foram encaminhadas em 1988 à apreciação do Congresso Nacional Recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho em diversas ocasiões, no período de 1962 a 1985 O Relator da mensagem na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado federal concluiu que não caberia o exame por aquela egrégia Comissão, uma vez que as Recomendações, diferentemente das Convenções da OIT, são meramente exortatórias e não possuem caráter impositivo e que devem, tão somente, ser apresentadas às autoridades nacionais que podem legislar internamente sobre a matéria”* ⁽²⁹⁾

Ressalva o Ministro de Estado interino, das Relações Exteriores que *“Embora as Exposições de Motivos nº 10, de 14 de janeiro de 1987 e nº 102, de 14 de abril de 1987, que deram origem à mencionada Mensagem, tenham indicado que, nos termos do Artigo 19, parágrafo 6, inciso (d), da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), as Recomendações não são consideradas documentos vinculatórios, mas deveriam ser submetidas as autoridades competentes, objetivando tão somente que delas tomassem conhecimento, não há na Mensagem nº 165/1988 referência explícita de que não caberia aprovação legislativa da matéria”*. ⁽³⁰⁾

Finalmente, submete o Ministro à apreciação do Presidente da República a Exposição de Motivos, acompanhada de Projeto de Mensagem ao Congresso Nacional. *“que solicita a suspensão da apreciação pelo Poder Legislativo de Mensagem nº 65/1988, pelo qual foram encaminhados os textos das Recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho, em diversas ocasiões, no período de 1962 a 1985”* ⁽³¹⁾

De todo oportuna, pois, a exposição feita a respeito da recomendação que, embora se assemelhe, na forma de aprovação pela Conferência Internacional do Trabalho da OIT, *quorum* de 2/3, à convenção, com esta não se confunde, posto que Convenção da OIT é igual a Tratado Internacional e Recomendação da OIT é um convite aos Estados-Membros

⁽²⁹⁾ O texto da EM nº 189, DAI- MRE – PAIN, de 16-06-2000

⁽³⁰⁾ Texto antes citado

⁽³¹⁾ Texto anteriormente citado

para que adotem as medidas nela preconizadas por intermédio de legislação nacional.

Por fim, as Resoluções e Conclusões de Reuniões Especiais, que também se constituem em normas emanadas da OIT, são consideradas por alguns autores como constitutivas de direito internacional do trabalho. Sobre o tema, leciona Balmaceda que: *“As resoluções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho representam, em geral, valiosas pautas destinadas a orientar aos Estados e à própria OIT em matérias de sua competência. Algumas têm dado lugar a árduas discussões no seio da Conferência; outras constituem verdadeiros princípios para os órgãos de fiscalização da OIT, como sucede, por exemplo, com as resoluções sobre a “Independência do Movimento Sindical” e sobre “os Direitos Sindicais e Suas Relações com as Liberdades Cívicas, adotadas, respectivamente, nas Conferências de 1952 e 1970”.*⁽³²⁾

A essas normas devem agregar-se as conclusões das *“Reuniões Especiais, todas destinadas a orientar por intermédio da OIT a política social dos Estados em aspectos específicos”.*⁽³³⁾

6. Conclusões.

A indubitosa importância da efetividade das normas da OIT, no ingente momento de desconstrução de direitos e garantias trabalhistas a que assistimos, refulge na sempre presente lembrança de João Oreste Dalazen: *“a OIT somente ganhará maior expressão internacional à medida em que os padrões mínimos de proteção ao trabalho que aprovar estiverem atrelados em pactos de comércio global. Idealmente, é indispensável que a OIT e a Organização Internacional do Comércio (OMC) dêem-se as mãos de modo a que no comércio internacional haja exigência efetiva das normas mínimas universais de proteção do trabalho”.*⁽³⁴⁾

⁽³²⁾ BALMACEDA, Manuel Montt *Principios de derecho internacional del trabajo la OIT 2ª ed* Santiago de Chile editorial jurídica de Chile, 1998 p 135/136

⁽³³⁾ Ob cit , p 136

⁽³⁴⁾ DALAZEN, João Oreste. *Relatório de participação na 88ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho – Genebra – 2000 Revista do TST, vol. 66, nº 3, julho a setembro de 2000 Brasília-DF, p. 242-243*

Se é certo que as convenções e recomendações da OIT, ainda que com diferentes graus de cogência, possuem sua importância maximizada no atual contexto internacional das relações de trabalho, haja vista os ventos e marés da globalização, não é menos certo que suas efetividades repousam na pronta e correta adesão que a comunidade internacional vier a lhes conferir. Estados que não incorporam ou que dão tratamento equivocado às normativas da OIT, colaboram para a ruptura de um percurso civilizatório irrenunciável, diante do qual todos somos compelidos pelo dever da fiança.

Bibliografia:

BALMACEDA, Manuel Montt. Principios de derecho internacional del trabajo. 2ª ed. Santiago de Chile: editorial jurídica de Chile, 1998.

BUEN, Néstor de. Derecho del trabajo. Tomo primeiro. 3ª ed. México: Porrúa, 1979.

CAMPOS, João Mota de. Organizações Internacionais. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

CARRIÓN, Alejandro J. Rodríguez. Lecciones de derecho internacional público. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. Direito Social. São Paulo: LTr e Edusp, 1980.

CUEVA, Mario de la. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo I. 6ª ed. México: Porrúa, 1980.

DALAZEN, João Oreste. Relatório de participação na 88ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho – Genebra – 2000. Revista do TST, vol. 66, nº 3, julho a setembro de 2000. Brasília-DF.

DINH, Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito internacional público. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FERREIRA, Francisco de Assis. Lições de Direito do Trabalho. Fortaleza: Imprensa Universitária do Ceará, 1969.

LAFER, Celso. A Organização Internacional do Trabalho. Obra coletiva Tendências do direito do trabalho contemporâneo. III Vol. SP: LTr, 1980.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao direito do trabalho. 7ª ed. SP: LTr, 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito do trabalho. SP: LTr e Edusp, 1976.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Iniciação ao direito do trabalho. Lisboa: Editorial Verbo, s/d.

REZEK, J. F. Direito dos Tratados. RJ: Forense, 1984.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Comentários à Constituição. 1º Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

VALTICOS, Nicolas. Derecho Internacional del Trabajo. Trad. Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977.

Direito do Trabalho: Leituras Histórica e Contemporânea

Paulo Ricardo Pozzolo^()*

S U M Á R I O

I. Introdução (acepção, conceito de trabalho, de direito do trabalho, correlação e distinção).

II. 1ª FASE: Pré-histórica ou embrionária do Direito do Trabalho.

§ 1º. escravidão

§ 2º. servidão

§ 3º. corporações de ofício

III. 2ª FASE: Nascimento do Direito do Trabalho - 1ª Revolução Industrial (final do século XVIII até o início do século XX) - causas ideais e ideológicas do surgimento do Direito do Trabalho.

IV. 3ª FASE: Desenvolvimento do Direito do Trabalho - Situa-se entre o término da 1ª Guerra até a 2ª Guerra Mundial.

V. 4ª FASE: Consolidação do Direito do Trabalho - 2ª Revolução Industrial - Pós 2ª Guerra Mundial até a década de 1970.

VI. 5ª FASE: Crise do Direito do Trabalho e busca de novos paradigmas - 3ª Revolução Industrial - da década de 1970 até o início do século XXI.

VII. Conclusão.

Bibliografia

^(*) *Juiz do Trabalho Presidente da 2ª JCJ de Guarapuava, Pr.*

I. Introdução (acepção, conceito de trabalho, de direito do trabalho, correlação e distinção).

A historia do trabalho e a historia do proprio homem O apotegma *ubi societas ibi ius*, pode ser substituido pelo do *ubi societas ibi labor*

Existem diversos modos de estudar-se a historia de uma disciplina, podendo ser de ordem cronologica, sistêmica, paradigmatica, etc O Professor Doutor Celso Luiz Ludwig, por exemplo, na Pos-graduação da UFPR estuda (leciona) a Filosofia do Direito a partir de três perspectivas ou paradigmas Cosmologico, porque fundado no cosmos, na physis (Filosofia Antiga, a partir do seculo VI a C ate o seculo VI d C), Teocêntrica, fundada na religião, em Deus (Filosofia da Idade Media, a partir do seculo VII ate o seculo XVI), e Antropocêntrica, em que o homem, a razão humana passa a ser o centro (Filosofia da Idade Moderna, do seculo XVII ate a Contemporânea)⁽¹⁾

A ilustre Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho tambem na Pos-graduação da UFPR, apresenta duas grandes perspectivas de estudo do Direito do Trabalho ou dois grandes paradigmas ou regimes de um regime despotico para um regime hegemonico

O regime despotico gira em torno do final do seculo XIX ao inicio do seculo XX, caracterizado pela ideia de coerção, da tortura da fome (MARX), do trabalho como dever, da especialização e divisão do trabalho (manual intelectual, tecnico, sexual, etario), do controle simples (ordens dietas em pequenas empresas), da identificação de classes laboristas, da especialização dos trabalhadores e unidade de emprego e profissão, da prevalência das ideias tayloristas

O regime hegemônico situa-se entre meados do seculo XX ate os nossos dias Prevalecem as ideias fordistas de inicio para as ideias de reengenharia, toytismo e ultimamente de "readministração"⁽²⁾ O regime

⁽¹⁾ *Observa-se no entanto que o grande Professor Ludwig parece aceitar um quanto paradigma o da comunicação desenhado por Habermas que poderia ser situado a partir da segunda metade deste seculo*

⁽²⁾ *Substantivo feminino ainda não dicionarizado*

hegemônico caracteriza-se pela ideologia⁽³⁾ do consenso, baseada na idéia de persuasão, de que trabalhador e empresário caminham juntos, com os mesmos objetivos (alienação do trabalhador); da superação de níveis hierárquicos, com a reestruturação da atividade produtiva por células (todos são responsáveis pelos setores); do controle complexo com aplicação de alta tecnologia (controle sobre o resultado do trabalho, pelo produto); da perda da identidade de classe e dos conflitos; da dominação por incentivos (comissões, participação nos lucros e resultados); do consentimento do sacrifício (cooptação dos trabalhadores); da multi-especialização dos trabalhadores, com mudança freqüente de categorias; da fragmentação e precarização do emprego (empregados com vínculo permanente, eventuais, temporários, terceirizados, subcontratados, etc.).

Nosso estudo o quanto possível seguirá o critério cronológico, observando-se que há avanços e retrocessos, que a história humana não é linear.

O estudo histórico do Direito do Trabalho deve levar em conta a íntima e necessária correlação entre Direito e Trabalho. Não há, para nós, Direito do Trabalho sem trabalho, o que ocorre por vezes são períodos de descanso, necessários ao próprio desenvolvimento do trabalho.

Os autores relacionam primeiramente o trabalho como castigo, aplicado por Deus a Adão e Eva pelo cometimento do pecado original - "comerás o teu pão com o suor do teu rosto, até que voltes à terra de que foste tirado"⁽⁴⁾.

O entendimento de que o trabalho é castigo divino está superado até pela visão Bíblica, pois na Cruz, Jesus Cristo atraiu para si, voluntariamente, todos os pecados do mundo e através do seu sacrifício, tudo foi perdoado: "... Mas ele foi castigado por nossos crimes, e esmagado por nossas iniquidades: o castigo que nos salva pesou sobre ele; fomos curados graças às suas chagas... O Senhor fazia recair sobre ele o castigo da falta de todos nós... O Justo, meu Servo, justificará muitos homens, e tomará sobre si suas iniquidades. Eis por que lhe darei parte com os grandes, e ele dividirá a presa com os poderosos; porque ele próprio deu sua vida e deixou-se colocar

⁽³⁾ *Ideologia empregada aqui no sentido negativo (Marxista), com o objetivo de ocultação da verdade, convencimento errôneo da realidade*

⁽⁴⁾ *Gênesis, 3, 19*

entre os criminosos, tomando sobre si os pecados de muitos homens, e intercedendo pelos culpados". Isaías, 53.

Ao atrair para si todos os pecados do Mundo, Jesus por um momento ficou só, Deus afastou-se dele, dada a incompatibilidade divina com o pecado⁽⁵⁾ e então Jesus exclamou: "Meu Deus, Meu Deus, porque me abandonaste?"

Após a sua morte Jesus foi recebido por Deus no Paraíso⁽⁶⁾ e a humanidade viu-se livre do pecado. Assim, não se pode mais ver no trabalho um castigo divino.

É oportuno lembrar que Deus fez o mundo, tendo descansado ao sétimo dia⁽⁷⁾, demonstrando que o trabalho tem natureza divina, pois ele próprio trabalhou. Demais disso, em Gênese, 1. 27 e 28, Deus exorta o homem ao trabalho, se não vejamos: "Deus criou o homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus, criou o homem e a mulher. Deus os abençoou: "Frutificai, disse ele, e multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a". Ora, a última frase é uma exortação ao trabalho, pois para submeter a terra, é necessário trabalhar. Em algumas passagens a Bíblia é mais enfática: "Quem não quiser trabalhar não tem o direito de comer" (São Paulo, 2, Tessalonicenses, 3,10). Em termos Bíblicos o trabalho tem natureza divina porque Deus trabalhou; é também um direito que Deus nos deu, ao exortar que o homem deveria submeter a terra e é um dever do homem.

Alguns historiadores relacionam o trabalho com o sofrimento, dizendo que a origem etimológica da palavra veio do *tripalium*, máquina para torturar. Outros dizem que o trabalho tem a mesma raiz que a palavra grega *poena* ou a do latim *trabs*, *trabis*, significando viga, utilizada no trabalho.

⁽⁵⁾ "Não, não é a mão do Senhor que é incapaz de salvar, nem seu ouvido demasiado surdo para ouvir, são os vossos pecados que colocaram uma barreira entre vós e vosso Deus " Isaías, 59, 1

⁽⁶⁾ "Depois que o Senhor Jesus lhes falou, foi levado ao céu e está sentado à direita de Deus" (Marcos, 16, 19)

⁽⁷⁾ "Tendo Deus terminado no sétimo dia a obra que tinha feito, descansou do seu trabalho Ele abençoou o sétimo dia e o consagrou, porque nesse dia repousara de toda a obra da Criação " Gênese, 2, 1 a 3

O entendimento do padre Magne goza de maior aceitação, para ele, "trabalhar se prende ao neutro *palum*, fonte do português pau, através de um adjetivo *tripalis*, "composto de três paus", de que se deduziu um neutro *tripalium* apenas atestando um variante *trepalium*, ecúleo, cavalete de três paus, usado para sujeitar os cavalos no ato de se lhes aplicar a ferradura. Desta concepção passou *tripaliare*, alterado por assimilação em *trapaliare* a dizer-se de toda e qualquer atividade, mesmo intelectual."⁽⁸⁾

Feita esta incursão etimológica da palavra trabalho, é o momento de definir-se, no atual momento histórico, o substantivo trabalho como objeto de nossos estudos, mormente de Direito do Trabalho. O saudoso Professor João Régis Fassbender Teixeira define o trabalho como "a atividade consciente que determina desgaste orgânico"⁽⁹⁾ e acrescentaríamos para a sobrevivência própria e familiar. Dacruz ensina que "*el trabajo es un esfuerzo mental o corporal ejecutado, parcial o totalmente, para la obtención de algún bien distinto del placer derivado directamente de sua realización (MARSHALL) O, en fin, y si más, es la actividad útil del hombre.*"⁽¹⁰⁾

Direito do Trabalho é realidade distinta de seu objeto (relação interpessoal de trabalho), ocupando-se somente do trabalho que é prestado para outrem, de regra subordinado, não eventual e oneroso. O ilustre doutrinador espanhol anteriormente citado, conceitua o Direito do Trabalho como "*el conjunto sistemático de normas que, de acuerdo con la idea social de la justicia, regula las relaciones sociales que tienen su presupuesto en la prestación de servicios profesionales privados por cuenta ajena*".⁽¹¹⁾

A única observação que deve ser acrescentada a tal conceito, é que na realidade não há propriamente "Direito do Trabalho", expressão já consagrada, mas direito das relações entre empregados e empregadores, entre o capital e o trabalho. A partir do próximo item analisaremos a evolução de tal disciplina jurídica.

⁽⁸⁾ FERRARI, *Iranv et alli História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho* São Paulo LTr, 1998, p 14

⁽⁹⁾ *Direito do Trabalho* São Paulo Sugestões Literárias, 1968, p 41

⁽¹⁰⁾ DACRUZ, Efrén Borraro *Introducción al Derecho del Trabajo* 9ª ed. Madrid. Tecnos, 1996, p 31

⁽¹¹⁾ DACRUZ, Efrén Borraro *idem*, p 42

II. 1ª FASE: Pré-histórica ou embrionária do Direito do Trabalho.

Quando se estuda a historia de uma disciplina qualquer, tenta-se no mais das vezes incursionar-se ao maximo na origem da propria fonte Não se deve, no entanto, buscar-se as fontes do Direito do Trabalho em periodos demasiado remotos, como do Homem de Neanderthal ou do Homem de Cro-Magnon, do periodo paleolitico, embora ja existisse, na epoca, vida grupal e divisão rudimentar de trabalho (caçadores, artistas e artesãos) Não se deve, igualmente, confundir a historia do trabalho com a historia do Direito do Trabalho A historia do trabalho confunde-se com a historia do proprio Homem, precede, sem duvida, o nosso Direito do Trabalho

§ 1º A escravidão

" As propriedades são uma reunião de instrumentos e o escravo e uma propriedade instrumental animada Se cada instrumento pudesse executar por si proprio a vontade e o pensamento do dono os senhores não teriam necessidade de escravos Todos aqueles que nada têm de melhor para oferecer que o uso de seu corpo e dos seus membros são condenados pela Natureza a escravidão E melhor para eles servir que serem abandonados a si proprios Numa palavra, e naturalmente escravo quem tem tão pouca alma e tão poucos meios que deve resolver-se a depender de outrem o uso dos escravos e dos animais e aproximadamente o mesmo "

Aristoteles A Politica

A primeira referência historica do Direito do Trabalho e a escravidão O trabalho escravo não e fonte do Direito do Trabalho, embora os autores o coloquem como fase pre-historica desse ramo juridico O trabalho escravo, isto sim, e parte integrante da formação historica do trabalho, como realidade sociologica e juridica A partir da Idade Antiga (4 000 a C , aproximadamente), nas civilizações que foram surgindo como a egípcia, sumeriana, babilônica, grega e romana, a escravidão existiu e foi responsavel, em larga medida, pelo apogeu desses povos "Basicamente, advinha a condição de escravo, em primeiro lugar, pela dominação por conquista ou cativo do prisioneiro não sacrificado, quer permanecendo no solo conquistado como cultivador, quer desarraigado, para ser transportado a outras explorações agrarias ou utilizado como escravo industrial ou escravo domestico, especialmente quanto as mulheres Em segundo lugar, esgotadas as

fontes externas, pelo nascimento de pai escravo ou de mãe escrava e pai livre - quiçá numa época em que o nascido confundia-se com a família ampla e a clientela do dono."⁽¹²⁾

De qualquer modo, num ambiente de escravidão, permitida e defendida por grandes filósofos como PLATÃO e ARISTÓTOLES, não havia clima para o surgimento do Direito do Trabalho, mormente porque o trabalho tinha um sentido negativo. A extinção da escravidão, o seu fim, é que possibilitou o surgimento do Direito do Trabalho.

§ 2º. Servidão.

"Como disse BAYÓN, referindo-se ao colonato, o dono "é dono da terra, mas só a terra é dona do colono."⁽¹³⁾

A servidão também é mencionada como fase do Direito do trabalho, regime em que o homem deixa de ser escravo do homem para ser escravo da terra, subordinado ao proprietário. "O trabalhador é um camponês que arranca da terra sua subsistência, sujeito a tributos, sem nunca se poder transformar em proprietário. É o começo da fixação do trabalhador à terra e - mais do que isso - de subordinação do mesmo à gleba em que trabalha e, através dela, indiretamente, portanto, à pessoa do proprietário rural."⁽¹⁴⁾

Os proprietários da terra, senhores feudais (vivia-se a época do feudalismo, na Idade Média), davam proteção militar e política aos servos, que também lutavam nas guerras dos seus senhores. Os servos cultivavam a terra pagando o arrendamento aos senhores feudais com parte da produção, pouco sobrando além do mínimo necessário à sobrevivência.

A servidão representou profunda exploração do homem-servo pelo senhor proprietário, porém pequeno avanço é possível vislumbrar-se, pois o servo ou vassalo é considerado pouco a pouco pessoa. diferentemente do escravo que era tratado como bem, coisa, *res*. O camponês da época tinha certos direitos, como o de contrair núpcias, constituir família e possuir alguns

⁽¹²⁾ OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho Curitiba Gênese*, 1997, p 145

⁽¹³⁾ OLEA, Manuel Alonso *idem*, p 190

⁽¹⁴⁾ RUSSOMANO, Mozart Victor *Curso de Direito do Trabalho 4ª ed*, Curitiba. Juruá, 1991, p 3

bens. Gradativamente, portanto, evolui-se para o trabalho livre, relação jurídica interpessoal.

§ 3º. Corporações de ofício

"O homem que, até então, trabalhava em benefício exclusivo do senhor da terra, tirando como proveito próprio a alimentação, o vestuário e a habitação, passara a exercer sua atividade, sua profissão em forma organizada, se bem que ainda não gozando de inteira liberdade. É que, senhor da disciplina, não só profissional, mas também pessoal do trabalhador, surgia a figura do 'mestre'."⁽¹⁵⁾

Em face das precárias condições de vida no campo, consequência do regime de servidão, o homem passa a viver nas cidades, gerando aglutinação humana e o surgimento de determinadas profissões. Com o tempo os homens começaram a se unir em torno de certas profissões formando as corporações de ofício, que eram associações para resguardar interesses comuns. A lição de Russomano bem revela o quadro, valendo transcrevê-la:

"Dentro das corporações, o trabalho estava distribuído em três níveis, como é notório: aprendizes, companheiros e mestres. Os aprendizes estavam submetidos, muito estritamente, à pessoa do mestre. Eram jovens trabalhadores que, como sua designação indica, aprendiam o ofício. A aprendizagem era um sistema duro de trabalho e os mestres impunham aos aprendizes um regime férreo de disciplina, usando largamente os poderes que lhe eram conferidos pelas normas estatutárias da corporação. Não existia, porém, servidão, naquele sentido dos primeiros quartéis da Idade Média. Terminada a aprendizagem, subiam eles à categoria de companheiros, que eram oficiais formados, mas sem condições de ascenderem à mestria, pela compressão exercida pelos mestres, que desejavam, dessa forma, impedir a concorrência e, por outro lado, assegurar a transmissão dos privilégios das mestrias aos seus filhos ou sucessores. Os companheiros, tecnicamente, eram trabalhadores qualificados, que dispunham de liberdade pessoal, mas que sabiam lhes seria, a qualquer preço, vedado o acesso à condição de mestres, por mais refinada que fosse sua formação profissional. Esse fato e o desejo natural de ascender ao controle da produção fizeram com que a corporação,

⁽¹⁵⁾ VIANA, *Segadas et alli Instituições de direito do trabalho 15ª ed*, São Paulo LTr, 1995, p 31

com o passar dos anos, fosse cindida em companhias e mestrias, ou seja, em organizações de companheiros e organizações de mestres" ⁽¹⁶⁾

O Direito do Trabalho não nasceu com as corporações de ofício, embora existisse a divisão de trabalho entre aprendizes, companheiros e mestres ⁽¹⁷⁾ Os autores de modo geral identificam nas corporações de ofício o germe do sindicalismo patronal, pois havia interesses comuns da produção, fazendo lembrar muito mais uma associação comercial ou sindical patronal, do que uma organização em defesa dos trabalhadores

Não se pode negar, no entanto, que houve uma evolução do trabalho escravo para a servidão e desta para as corporações de ofício, para afinal desaguar no que se denomina trabalho livre, regulado e protegido pelo Direito do Trabalho

III 2ª FASE Nascimento do Direito do Trabalho - 1ª Revolução Industrial (final do século XVIII até o início do século XX) - causas ideais e ideológicas do surgimento do Direito do Trabalho ⁽¹⁸⁾

"Trabalhem, proletários, trabalhem para aumentarem a fortuna social e as vossas misérias individuais, trabalhem, trabalhem para que, ficando mais pobres tenham mais razão para trabalhar e ser miseráveis E essa a lei inexorável da produção capitalista" ⁽¹⁹⁾

Motivos de ordem tecnológica, política, social, cultural e jurídica fizeram irromper um momento histórico denominado de 1ª Revolução Industrial

Numa fase de pre-revolução industrial os empresários utilizavam-se da mão-de-obra dos camponeses que fabricavam fios e tecidos em máquinas primitivas, potencializando o comércio e propiciando o

⁽¹⁶⁾ *idem* p 4-5

⁽¹⁷⁾ *Concordamos com a opinião de Sergio Pinto Martins (Direito do Trabalho São Paulo Malheiros 1994 p 32) quando diz que havia "nessa fase histórica um pouco mais de liberdade ao trabalhador porém tinha-se por objetivo os interesses das corporações mais do que conferir qualquer proteção aos trabalhadores"*

⁽¹⁸⁾ *Fase do Liberalismo do laissez-faire laissez-passer*

⁽¹⁹⁾ *LAFARGUE Paul O direito a preguiça 2ª ed Lisboa Teorema breve s d p 31*

surgimento da futura industrialização que iria substituir em grande parte a força muscular humana e gerar legiões de desempregados.

Marca o período, não como causa, mas como efeito, a invenção da máquina a vapor de James Watt, posteriormente utilizada na tecelagem. Há no período uma explosão demográfica dos centros urbanos. Na realidade não ocorreu aumento da taxa de natalidade, mas em virtude dos avanços da medicina, descoberta de novos remédios e vacinas, houve queda da mortalidade de crianças.⁽²⁰⁾ A população aumentou e o trabalho regido pela lei da oferta e da procura ficou mais barato.

A vida dos habitantes das cidades tornou-se difícil, as condições de moradia e alimentação eram precárias, os salários eram baixos. Segadas Viana retrata as escorchantes diferenças de condições de vida da burguesia e do operariado: *"No seu supermundo, em monopólio absoluto, os ricos avocavam para si todos os favores e todas as benesses da civilização e da cultura a opulência e as comodidades dos palácios, a fartura transbordante das ucharias, as galas e os encantos da sociabilidade e do mundanismo, as honrarias e os ouropéis das magistraturas do Estado Em suma: a saúde, o repouso, a tranquilidade, a paz, o triunfo, a segurança do futuro para si e para os seus*

No seu inframundo repulava a população operária: era toda uma ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação, inteiramente afastada das magistraturas do Estado, vivendo em mansardas escuras, carecida dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva, oprimida pela deficiência dos salários, angustiada pela instabilidade do emprego, atormentada pela insegurança do futuro, próprio e da prole, estropiada pelos acidentes sem reparação, abatida pela miséria sem socorro, torturada na desesperança da invalidez e da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo."⁽²¹⁾

As condições de vida dos trabalhadores talvez foram as piores da história. A jornada de trabalho do homem na história é retrato disso A jornada de trabalho dos escravos na Antiguidade, à falta de luz artificial, era

⁽²⁰⁾ Edward Jenner introduziu a vacinação em 1796, como medida preventiva contra a varíola Louis Pasteur descobriu as bactérias e Koch descobriu o bacilo da tuberculose em 1882 Medidas de saúde pública iniciaram-se nesse período

⁽²¹⁾ *idem*, p. 35

de sol a sol, ou o equivalente a 3.000 horas anuais. durante a Idade Média diminuiu para 2.500, em razão da quase abolição da escravidão, e do fato da instituição de inúmeros feriados religiosos, sendo que os servos participavam das atividades sociais e religiosas da época. Em razão da perda de poder da Igreja, com a conseqüente redução dos feriados religiosos e surgimento do capitalista, a jornada durante o mercantilismo eleva-se para 2.750 horas anuais. Durante a 1ª Revolução Industrial, com o surgimento da luz artificial, propiciou-se o trabalho noturno. e a jornada anual atingiu seu máximo entre 3.750 a 4.000 horas anuais⁽²²⁾ Apenas a título de comparação, com nossas 44 horas semanais, sem o cômputo de horas extras, a jornada anual brasileira, considerando os domingos, feriados e as férias, é de aproximadamente 2.000 horas.

Com o desenvolvimento tecnológico verificado na época, a humanidade passou a produzir mais bens com menos trabalho O homem trabalhador, contraditoriamente, passou a trabalhar cada vez mais, numa competição inconsciente e desumana com as máquinas. A substituição do braço humano pela máquina gerou mais desemprego e miséria. As longas horas de trabalho, sob condições no mais das vezes insalubres, os salários aviltantes, o grito surdo do desespero das mulheres e crianças mutiladas pela maquinaria, foram o fermento para a formação de uma consciência de classe.

A sofrida classe trabalhadora percebeu que os seus interesses eram antagônicos aos da classe burguesa, nascendo os movimentos operários, as greves, boicotes e sabotagens. para pressionar por melhores condições de trabalho e de vida.⁽²³⁾

O Estado e a lei estiveram durante a 1ª Revolução Industrial e grande parte da história humana a favor da classe dominante, proibindo greves, perseguindo líderes sindicais, prendendo e torturando mais ainda o

⁽²²⁾ Dados extraídos da obra de Sadi Dal Rosso, "A jornada de trabalho na sociedade o castigo de Prometeu", São Paulo LTr, 1996, p 88, 90 e 92

⁽²³⁾ Vesse sentido ensinam Orlando Gomes e Elson Gottschalk, in, Curso de Direito do Trabalho, Rio de Janeiro Forense 1990, p 3, que "Os movimentos grevistas, a ação direta pela sabotagem, ou pelo boicote, o movimento ludista na Inglaterra e em França, alguns convênios coletivos de existência precária, manifestados desde o início da história do movimento operário, são a prova evidente de que o impulso inicial dado para o aparecimento do Direito do Trabalho foi obra do próprio operário, e não benevolência de filantropos, da classe patronal ou do Estado "

operariado. De um lado estava a burguesia, a lei e o Estado; de outro os proletários que ainda assim souberam resistir, favorecendo o nascimento do Direito do Trabalho, primeiro o Direito Coletivo derivado da luta associada dos trabalhadores e, como corolário do primeiro, um direito individual.

Fatores coadjuvantes contribuíram com o surgimento do Direito do Trabalho. A ação humanitária de Villerme, Roberto Owen, Godin, Von, Brentano e outros que defenderam a idéia de proteção estatal ao trabalhador.

As doutrinas socialistas⁽²⁴⁾ ganham força e preocupam a burguesia, que passa a fazer concessões. A própria Igreja Católica, preocupada com o avanço do socialismo, passa a adotar uma postura de defesa do trabalhador e humanização do trabalho, destacando-se, nesse sentido, a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII. Com tais características e antecedentes, nasce, fruto do liberalismo e do capitalismo exacerbado, de um lado, e das lutas operárias e idéias socialistas e humanitárias de outro, o Direito do Trabalho.

IV. 3ª FASE: Desenvolvimento do Direito do Trabalho - Situada entre o término da 1ª Guerra até a 2ª Guerra Mundial.⁽²⁵⁾

Dans la lutte
entre le pauvre et le riche,
entre le maitre et les serviteurs,
entre le fort e le faible,
c'est la loi ue afflanchit,
et la liberté qu'opprime.

Lacordaire

⁽²⁴⁾ Destacam-se os socialistas utópicos Saint-Simon, Fourier e Louis Blanc, na França, e Robert Owen, na Inglaterra e os socialistas mais radicais, como Marx e Engels que publicaram o Manifesto Comunista em 1848

⁽²⁵⁾ Denominada de "Fase do intervencionismo", por Octavio Bueno Magano, in, *Manual de Direito do Trabalho*, 2ª ed. São Paulo LTr, 1984, p 19

Gradativamente, por todo o mundo, vão surgindo as primeiras leis de proteção ao trabalho, como limitação de horas trabalhadas, proibição do trabalho de menores a noite, etc. Por fim, a criação da OIT, pelo Tratado de Versalhes, foi um importante marco no surgimento e universalização do Direito do Trabalho. "Com o fim da Primeira Grande Guerra (1919) ganha o direito do trabalho a sua posição definitiva e preponderante nos quadros internacionais e nacionais. Cria-se no Tratado de Versalhes a Organização Internacional do Trabalho, com a função precípua de estudar e promover a melhoria da condição dos trabalhadores no mundo" ⁽²⁶⁾

"As primeiras leis trabalhistas, quanto a forma foram ordinárias e, depois, constitucionais" ⁽²⁷⁾ A primeira Constituição Federal do mundo que dispõe sobre o Direito do Trabalho foi a Mexicana, de 1917, que, entre outras coisas, previu a jornada diária de oito horas, a jornada noturna de sete horas, a proibição do trabalho a menores de 12 anos, o direito de sindicalização e de greve, entre outros direitos. A segunda foi a Constituição Alemã de Weimer, de 1919, que prevê, entre outros direitos

Art 157 "O trabalho sera colocado sob proteção particular do Estado. O Estado criara um direito unitário do trabalho "

Art 161 "O Estado organizara com o concurso adequado dos segurados um sistema de seguros para a conservação da saude e da capacidade de trabalho a proteção da maternidade e a previsão contra as consequencias economicas da velhice da invalidez e dos accidentes "

Em um período de criação legislativa do Direito do Trabalho, cabendo lembrar, nesse sentido, pela importância histórica, a *Carta del Lavoro*, da Itália, documento corporativista, que previu grande intervenção e controle estatal na regulação trabalhista. Varias outras iniciativas para a melhoria da condição de vida dos trabalhadores foram tomadas, como o *New Deal*, nos Estados Unidos, depois da crise econômica de 1929, de intuito intervencionista.

⁽²⁶⁾ MORAES FILHO Evaristo de e MORAES Antonio Carlos Flores de *Introdução ao direito do trabalho 7ª ed rev atual São Paulo LTr 1995 p 79*

⁽²⁷⁾ NASCIMENTO Amauri Mascaro *Iniciação ao direito do trabalho 21ª ed rev atual São Paulo LTr 1994 p 40*

O período do entre-guerras e marcado pelo desenvolvimento do Direito do Trabalho no plano infraconstitucional e posteriormente constitucional, espalhando-se o surto intervencionista do Estado - via legislação - colaborando com a maturação do Direito do Trabalho.

V. 4ª FASE: Consolidação do Direito do Trabalho - 2ª Revolução Industrial - Pós 2ª Guerra Mundial até o início da década de 1970.

Fase denominada por Redinha de "idade feliz"⁽²⁸⁾

Denominamos de fase da consolidação do Direito do Trabalho o período de estabilidade desse ramo jurídico, de maturidade, em que trabalhadores e empresários têm clareza cada qual de seu papel na economia e na sociedade. É um período que a humanidade ou grande parte dela beneficiou-se com regras jurídicas claras, em que muitos tiveram alguma proteção legal e estatal. Merece destaque, nessa fase, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com vários preceitos protetores do trabalho, valendo referir, entre outros

Art 23 "Todos têm direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos sem qualquer distinção, têm direito a igual remuneração por igual trabalho. Todos que trabalham têm 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. Todos têm direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses"

Art 24 "Todos têm direito a repouso e lazer inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas"

Colhe-se do ensinamento de Redinha⁽²⁹⁾, que da II Guerra Mundial até início dos anos setenta, ou seja, até o primeiro choque do Petróleo, houve funcionamento do mercado de emprego segundo regras

⁽²⁸⁾ REDINHA, Maria Regina Gomes *A Relação Laboral Fragmentada Estudo Sobre o Trabalho Temporário* Coimbra Coimbra Editora, 1995

⁽²⁹⁾ REDINHA *Maria Regina Gomes idem*

uniformes e previsíveis. A relação salarial dominante, dita fordista, é revelada pela integração dos trabalhadores na economia capitalista por via do consumo de massas obtido graças a um crescimento do salário nominal equipolente ao aumento da produtividade. Esta regularidade na progressão dos rendimentos do trabalho assegura, por seu turno, um acréscimo sem sobressalto na procura de bens de consumo.

São características do período: contrato com subordinação a um único empregador, com duração indefinida, a tempo completo, com possibilidade de progressão na hierarquia da organização e num local de trabalho específico.

Em tal período processa-se a chamada 2ª Revolução Industrial, decorrente da descoberta de energia atômica, automatização, conquista do espaço e desenvolvimento de tecnologias, que irão influenciar a fase seguinte do Direito do Trabalho.

VI. 5ª FASE: Crise do Direito do Trabalho e busca de novos paradigmas - 3ª Revolução Industrial - da década de 1970 até o início do século XXI.

"... el contrato de trabajo estable por tiempo completo e indefinido ya no es la estrella polar del Derecho del Trabajo."⁽³⁰⁾

O Direito do Trabalho não se encontra em um universo isolado, pois uma série de circunstâncias políticas, econômicas e culturais marcam o que pode ser denominado de crise paradigmática⁽³¹⁾. O modelo então estável, seguro, quando o mundo parecia em ordem, é sacolejado por mudanças rápidas e difíceis de acompanhar.

⁽³⁰⁾ ROMAGNOLI, Umberto *El derecho, el trabajo y la historia* Madrid Consejo economico y social, 1996, p 170

⁽³¹⁾ Deve ser lembrado na filosofia, a crise da pós-modernidade e busca de novos paradigmas, na economia a crise do petróleo de 1973, o avanço das comunidades internacionais, os processos de globalização, com predomínio do ideal de mercado, na política, as transformações políticas do leste europeu e o enfraquecimento do Estado, no campo das ciências, o avanço das tecnologias, da informática e automação, na administração de pessoal, pelos processos de reengenharia e readministração, no Direito pela desregulamentação, vive-se, enfim, o neoliberalismo, mais refinado, mas igualmente perverso

Esta fase inicia-se no campo econômico pela crise petrolífera de 1973. Segundo Redinha, na obra já mencionada, ao romper-se da década de setenta, a conjugação do abrandamento do crescimento econômico com a erupção da crise energética, a explosão demográfica, a intensificação da concorrência internacional e o embate da revolução tecnológica, induziu um quadro recessivo marcado pelo dramático crescimento do desemprego e da inflação. Ao invés de estabilidade passa-se a falar em mobilidade, flexibilidade, precariedade, atipicidade.

A redução dos custos de trabalho e a maleabilidade na utilização da força de trabalho tornam-se o ponto de mira de uma reorganização da atividade econômica sustentada na dualidade do mercado de trabalho, na desagregação do processo produtivo, na flexibilidade do trabalho, na poliformia da relação laboral, na precariedade do emprego e na rarefação do Direito do Trabalho:⁽³²⁾

a) Dualidade de mercado de trabalho

O dualismo repousa na existência de um mercado primário - reportado ao agrupamento dos empregos com melhores remunerações, mais estáveis, com benefícios sociais, melhores condições de trabalho e de promoção - de par com um mercado secundário de características inversas - instabilidade, fraca remuneração, integrado por categorias vulneráveis (jovens, imigrantes, velhos e mulheres).

b) Processo produtivo descentrado

Deixa a empresa de situar-se num único local geográfico para se tornar difusa e rarefeita; o poder de decisão desvia-se dos pólos produtivos e pauta-se pela inacessibilidade. Essa exteriorização consiste na transferência para o exterior da empresa de certos segmentos da produção a fim de serem produzidas a baixo custo, através da subcontratação e à prestação de serviços.

c) A flexibilidade

A flexibilidade referida ao processo produtivo, das funções desenvolvidas pelos trabalhadores, das normas trabalhistas, da atenuação do

⁽³²⁾ A lição é de Maria Regina Gomes Redinha, *ob cit*

peso das contribuições sociais e fiscais Caracterizada, ainda, pela desregulação do mercado de trabalho em termos que permitam o seu funcionamento sem estorvos, no que toca a fixação do preço, quantidade e qualidade do emprego

d) A Poliformia da relação laboral

O emprego típico, com vínculo jurídico estável, com possibilidades de carreira profissional, prestada a um único empregador, num horário completo, local determinado vai sendo substituído por formas plásticas de emprego através do poliformismo da relação laboral Exemplo disso é o trabalho a tempo parcial, a partilha do emprego e o trabalho intermitente

e) A Precariedade do emprego - caracterizada pela insegurança, incerteza e efemeridade atingindo todas as formas de emprego

f) Rarefação do Direito do Trabalho - caracterizada pela indeterminação e insegurança, perda da identidade pela razão do mercado Fim do caráter unitário e homogêneo do Direito do Trabalho

Essa fase de crise do Direito do Trabalho é descrita com perfeição por Umberto Romagnoli, quando diz que *"La economía se ha mundializado y los mercados ya no son exclusivamente nacionales La hegemonia cultural de la industria, y en especial de la gran empresa está en declive El mercado del trabajo se tiñe de los colores del arco iris el azul de los monos obreros se difumina en el celeste claro el blanco de los cuellos duros esta tan blanco que mas no se puede y el rosa ha adquirido una intensidad jamás vista El predominio cuantitativo y político del trabajo subordinado sobre el autónomo se ha agotado Aunque sí "para algunos ya empezado el año dos mil y para otros acaba de iniciarse el siglo XX" el propio trabajo dependiente va no es lo que era antaño y la identidad profesional durante toda la vida laboral ya no se percibe como un valor "en siglo que esta por llegar muy pocos tendrán el mismo trabajo a lo largo de toda su vida y poquíssimos lo tendrán en la misma empresa" La crisis es larga, profunda, multidireccional y no afecta a un solo país Es la crisis de una transición de épocas"*⁽³³⁾

⁽³³⁾ *idem* p 170

Essa fase, de crise global, faz parte de nossa História Contemporânea e deve ser enfrentada por nós, não podendo ser transferida a responsabilidade para as futuras gerações, pois "a tarefa mais nobre dos líderes democráticos, no limiar do século 21, será restaurar o Estado e restabelecer o primado da política sobre a economia. Se isso não acontecer, a integração dramaticamente rápida da humanidade pela tecnologia e pelo comércio em breve levará ao pólo oposto, causando um curto-circuito global. Aos nossos filhos e netos só restariam lembranças desta década, quando o mundo parecia em ordem e mudanças de rumo ainda teriam sido possíveis."⁽³⁴⁾

VII. Conclusão.

"Eu vos dou um mandamento novo: amai-vos uns aos outros".
Evangelho de São João, 13, 34.

"O trabalho escravo representa a Antiguidade; a organização corporativa era um prenúncio, ainda vago, do sistema de produção medieval, em sua fase avançada; o trabalho livre era, em si mesmo, o alvo final de todo esse processo evolutivo, que culminou nos nossos dias."⁽³⁵⁾ O grande desafio contemporâneo é a escassez de trabalho por um lado, com desemprego em massa; por outro, é a deterioração jurídica dos que possuem algum trabalho. Ambos os problemas devem ser combatidos.

Primeiramente deve-se combater o mito do "fim do trabalho", que é ideológico, plantado para aterrorizar o povo, oprimi-lo ainda mais. Ora, a humanidade, enquanto existir, haverá trabalho. As máquinas substituem apenas parte do trabalho humano, jamais haverá substituição absoluta. Como apregoa a instigante Professora e Juslaboralista de escol Aldacy Rachid Coutinho, "*o trabalho constitui o núcleo central e o referencial simbólico da sociedade atual, estruturando-a em uma 'sociedade de trabalho' Está, pois, presente na vida de cada um e no discurso político de todos, sempre no epicentro de um destino cujas perspectivas oscilam, pendulantes, entre a visão mais pessimista do seu próprio fim, e a mais otimista da libertação, no vislumar de um novo mundo do século XXI.*"⁽³⁶⁾

⁽³⁴⁾ MARTIN, Hans-Peter e SCHUMANN, Harald *A armadilha da globalização* 5ª ed., São Paulo Globo 1999, p 22

⁽³⁵⁾ RUSSOMANO, Mozart Victor *idem*, p 3

⁽³⁶⁾ "Trabalho e Pena" In *Revista LTr*, vol 62, n° 10, p 1340, outubro de 1998

O trabalho, mencionado aqui em sentido lato, e e sempre sera o paradigma central da humanidade Somos *lato sensu* trabalhadores ou empregadores ou vivemos em razão ou sustentados por eles, ou se vive pelo trabalho proprio ou pelo trabalho alheio, não ha vida sem trabalho Ilogico, portanto, falar-se em fim do trabalho

Para o desemprego existe solução, basta vontade politica Uma das medidas mais conhecidas para a diminuição do desemprego e a redução da jornada de trabalho "Se a jornada de trabalho semanal fosse reduzida para 28 horas e 6 minutos seria possivel empregar todos os brasileiros com mais de 14 anos de idade "(37) O que ocorreria se tal solução fosse adotada? Ocasionaria quebraadeira total das empresas? Pensamos que não Haveria um grande desenvolvimento e expansão do mercado interno, aumento do consumo, enorme desenvolvimento econômico, social e cultural

Solução para o desemprego existe, desde que os nossos governantes não se deixem levar pelas regras do mercado, pelas ondas de privatização, pela submissão aos especuladores nacionais e internacionais A solução deve brotar do povo e politica e democratica porem o desafio e a conscientização desse povo atraves do desvelamento da capa ideologica, que e inoculada atraves do sistema

Argumenta-se, tambem, com o fim do Direito do Trabalho, com a sua decadência Novamente lembramos do apotegma *ubi societas ibi ius*, enquanto houver trabalho, haverá regulação juridica da atividade O Direito do Trabalho e necessario e não terminara, e o Direito cujo destinatario e o povo E necessario que a relação de trabalho seja normatizada, atraves de leis e de constituições, pois não se pode deixar tal regulação ao jogo desigual das classes sociais O legislador e o Estado devem intervir e permitir que, dentro de criterios eticos e de justiça social, haja complementação normativa autônoma entre os interlocutores sociais

Haverá mudanças no proximo seculo, pois o proprio capitalismo corre risco O equacionamento do problema se aproxima, pois parece que o capitalismo tem muitas vidas, querendo ou não, sempre soube sobreviver E necessario apenas limita-lo ao socialmente justo E isso que a humanidade quer e um dia realizara Do contrario seremos como as abelhas do Pe Vieira

(37) *Folha de São Paulo* 30/05/99 cad especial p 5

“Eles mandam, vós servis, eles dormem e vós velais, eles descansam e vos trabalhais, eles gozam o fruto de vossos trabalhos e o que vos colheis e um trabalho sobre outro Não há trabalho mais doce do que o das vossas oficinas, mas toda essa doçura para quem e? Sois como as abelhas, de que disse o poeta - *sic vos non vobis mellificatis apes* (assim como vos, mas não para vos, fazeis o mel, abelhas) ”⁽³⁸⁾

Bibliografia

COUTINHO, Aldacy Rachid *Trabalho e Pena* In Revista LTr, vol 62, nº 10, outubro de 1998, p 1340-1348

DACRUZ, Efren Borrajo *Introducción al Derecho del Trabajo* 9ª ed, Madrid Tecnos, 1996

FERRARI, Irany *et alli História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho* São Paulo LTr, 1998

GOMES, Orlando GOTTSCHALK, Elson *Curso de Direito do Trabalho* Rio de Janeiro Forense, 1990

LAFARGUE, Paul *O direito a preguiça* 2ª ed, Lisboa Teorema breve, s d

MAGANO Octavio Bueno *Manual de Direito do Trabalho* 2ª ed, São Paulo LTr, 1984

MARTIN, Hans-Peter SCHUMANN, Harald *A armadilha da globalização* 5ª ed, São Paulo Globo, 1999

MARTINS, Sergio Pinto *Direito do Trabalho* São Paulo Malheiros, 1994

MORAES FILHO, Evaristo de MORAES, Antonio Carlos Flores de *Introdução ao direito do trabalho* 7ª ed, rev, atual, São Paulo LTr, 1995

⁽³⁸⁾ *Sermão XIV do Rosario Apud Alfredo Bosi: História Concisa da Literatura Brasileira CuLTr ix São Paulo 1970 p 50*

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 21ª ed., rev., atual., São Paulo: LTr., 1994.

OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho* Curitiba: Gênese, 1997.

REDINHA, Maria Regina Gomes. *A Relação Laboral Fragmentada Estudo Sobre o Trabalho Temporário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROMAGNOLI, Umberto *El derecho, el trabajo y la historia* Madrid: Consejo economico y social, 1996.

ROSSO, Sadi Dal. *A jornada de trabalho na sociedade O Castigo de Prometeu* São Paulo: LTr , 1996

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho* 4ª ed , Curitiba: Juruá, 1991.

TEIXEIRA, João Regis Fassbender. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

VIANA, Segadas. *et alli. Instituições de direito do trabalho*. 15ª ed., atual., São Paulo: LTr., 1995.

Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico: o desafio de um novo Direito

Marcus Aurelio Lopes^()*

Sumário:

1. Introdução;
2. Fundamentos do direito;
3. Jusnaturalismo;
4. Positivismo jurídico;
5. Conclusão;
6. Bibliografia.

1. Introdução

Dentre todas as questões que atormentam a sociedade moderna, a mais recorrente e não menos insolúvel constitui no dilema entre a segurança jurídica e a liberdade.

A mais primitiva sociedade se deparou com essa contradição e formulou soluções que foram se tornando cada vez mais intrincadas, à medida em que o próprio corpo social também se imbricava com relações interpessoais as mais diversas e complexas.

Ao longo do tempo histórico, filósofos nasceram e morreram, revoluções explodiram e foram sufocadas, ora buscando a supremacia da certeza e estabilidade do direito, ora afirmando que o indivíduo, como ser autônomo e livre não deve ser tutelado externamente. O gênero humano parece cumprir a pena eterna de buscar a Justiça na conciliação de duas verdades espirituais inconciliáveis, posto que a determinação prévia de *standards*⁽¹⁾ legais, premissa para a segurança jurídica, é insuficiente para

^(*) *Marcus Aurelio Lopes é Juiz do Trabalho em Cianorte/PR e mestrando em direito civil na Universidade Estadual de Maringá/PR*

⁽¹⁾ *Segundo LARENZ, para averiguação dos standards o jurista tem que servir-se da cooperação do investigador social empírico, sempre que para tal não lhe seja posto à*

alcançar as múltiplas variações da experiência social, ao passo que as soluções particularizadas, porque casuísticas, impedem os indivíduos de prever o resultado de suas condutas em sociedade.

De modo extremamente sucinto, este trabalho tenta apresentar o problema da segurança⁽²⁾ e da liberdade⁽³⁾ segundo a ordem jusnaturalista e positivista, valores que sempre foram perseguidos pelos filósofos de ontem e de hoje, como inflexão necessária para a realização da justiça.

2. Fundamentos do direito

A necessidade de uma ordem jurídica no seio social é imanente a qualquer agrupamento humano. Não há como se declinar da necessidade de um estatuto mínimo de convivência entre mais de duas pessoas, sob pena de se inviabilizar o convívio.

Este mínimo de regulação, evidentemente, comporta a limitação de certas faculdades naturais do homem. O equilíbrio nessa limitação, confrontando a certeza das limitações com a sua proporcionalidade⁽⁴⁾ em face dos objetivos sociais é que resulta na Justiça substancial.

Dáí se extrai que a segurança e a liberdade são o esteio primeiro, ou a razão última, do próprio direito e se inserem num quadro de valores ínsitos a qualquer conjunto humano de modo a configurar a feição e a finalidade da comunidade.

A questão do fundamento, da vigência e da eficácia do direito está no centro de toda a investigação científica sobre a juridicidade e envolve a resposta às seguintes perguntas⁽⁵⁾:

disposição o material de instâncias especializadas (Metodologia da Ciência do Direito, p 666)

⁽²⁾ “A segurança jurídica significa a paz, a ordem e a estabilidade e consiste na certeza de realização do direito” (AMARAL, Francisco *Direito civil introdução*, p 17)

⁽³⁾ “A liberdade jurídica é a que reconhece no indivíduo o poder de produzir efeitos no campo do direito” (AMARAL, *ob. cit.* p 21)

⁽⁴⁾ “O Direito não é uma relação qualquer entre os homens, mas sim aquela relação que implica uma proporcionalidade, cuja medida é o homem mesmo” (REALE, Miguel *Lições preliminares de direito*, p 60)

⁽⁵⁾ *conf.* REALE, Miguel. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol 39, p 148

a) que é que torna eticamente legítima a obrigatoriedade do direito?

b) que é que condiciona logicamente a validade das regras de jurídicas?

c) que é que torna uma norma jurídica socialmente existente?

A resposta a essas indagações constituem o ponto de conexão entre a especulação filosófica e a investigação empírica. Trata-se da “validade da validade”⁽⁶⁾ do direito em seus três aspectos: ético, técnico-jurídico e histórico-social.

Do ponto de vista ético, a filosofia do direito se apresenta como a ciência das condições transcendentais da validade jurídica. Cuida das indagações de cunho deontológico ou axiológicos que acabam solucionadas no plano da política do direito, da sociologia e psicologia jurídicas e pela jurisprudência.

Sendo o fundamento do direito tratado em abstrato, sem recorrer a experiência produzida pela política do direito (p. Ex.), o âmbito de estudo da filosofia do direito se limita à metodologia e a teoria da justiça, quando define os fins em que a sociedade humana deve se inspirar.

No aspecto histórico-social, cabe à sociologia jurídica apontar os meios pelos quais tais fins são atingidos e no técnico-jurídico, à teoria geral do direito a forma de atuação daqueles meios.

O fundamento do direito, assim, trata dos valores dos quais resultam fins, cuja atualização implica em relações intersubjetivas. Significa determinar as possibilidades de realização de formas de coexistência social que sejam positivas.

Não se trata da pura e simples abstração de “sociedade justa”, concebida por RUDOLF STAMMLER⁽⁷⁾, mas de se estabelecer formas

⁽⁶⁾ *idem*

⁽⁷⁾ *conf REALE, ob. cit p 152 LARENZ (ob cit p 120) refere-se a STAMMLER dizendo que Direito justo é o Direito positivo cujo conteúdo possui a característica da justeza, não sendo nada mais que um para se avaliar o direito positivo*

possíveis de convivência, visto que todo dever-ser é articulado com a ideia de valor e de fim

O fundamento do direito então é a identificação de vários tipos ideais de sociedades possíveis e se estabelecer determinada escala de valores a serem eleitos como salvaguarda das comunidades positivamente estabelecidas. Cabe indagar, em consequência, se existe uma ordem de valores imodificável apesar das mudanças no processo histórico-social

Segundo MIGUEL REALE⁽⁸⁾, há na verdade uma constante axiológica do direito, que se caracteriza por um núcleo de valores resistente às mutações históricas, imune às transformações políticas, técnicas ou econômicas. Trata-se de um alter-ego social, presente na comunidade, apesar das alterações sociais e históricas. Assim como o homem se altera diariamente sem perder sua essência, a comunidade também se modifica, mas preserva seu caráter essencial, o “eu jurídico”

Daí se dizer que o fundamento do direito está ligado ao direito natural, na medida em que não é possível convertê-lo diretamente em direito positivado

Dois são as teorias de direito natural: uma transcendente e outra transcendental. A primeira vê o direito positivo intemporal e a-histórico, sendo o direito natural um arquetipo ideal válido em si mesmo. A segunda limita o direito natural segundo o plano deontológico em correlação com a experiência histórica

Para REALE⁽⁹⁾, o direito natural tem caráter axiológico, não está abstraído ou é abstrato, mas só pode ser entendido a partir do processo histórico quando se revela condição transcendental de possibilidade da vida do direito. Equivale, ao fim e ao cabo, *ao conjunto de condições transcendental-axiológicas que tornam a experiência jurídica possível*

A questão dos valores levanta outra indagação: a da obediência ou não às leis destituídas de fundamento ético e a sua positividade

⁽⁸⁾ *ob. cit. p. 150*

⁽⁹⁾ *ob. cit. p. 151*

Admitindo-se que o direito tem por fundamento uma série de valores, os quais representam a consciência íntima de determinado núcleo social, consciência que, por natureza, é modificável no tempo e no espaço, tem-se que o próprio direito pode ter suas bases fundamentais alteradas. O problema que surge aqui, então, é o de saber se a regra positiva sobre determinada base valorativa continua prevalecendo quando esta base se altera ou mesmo desaparece. É a respeito disso que fala a heterogenia dos fins de WILHELM WUNDT⁽¹⁰⁾: muitas vezes o homem pratica um ato visando certo fim, e verifica, com surpresa, ter dado azo à realização de fins diversos e insuspeitados

Por essa razão, STAMMLER afirma que todo direito deve ser uma tentativa de direito justo.

Fundamento, então, segundo o Prof. REALE⁽¹¹⁾, é o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade. (P. Ex. A tutela ao direito de propriedade na sociedade ocidental).

A idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem e não pode deixar de ser reconhecida como o valor mais urgente e que está na raiz da escala axiológica, sendo indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético. É, pois, no valor justiça que repousa toda a obrigatoriedade ou a vigência do direito⁽¹²⁾.

Ora, mas se o direito só vale enquanto conectado com seus fundamentos, mas também só se aplica segundo uma ordem estável e uniforme, de que forma se alcançar o ideal de justiça, que deve exatamente acomodar estas duas vertentes: a adequação aos fundamentos e a estabilidade da ordem social?

A resposta se apresenta simples e clara no positivismo: “Em toda a comunidade é mister que uma ordem jurídica declare em última

⁽¹⁰⁾ *apud REALE, Miguel Ob cit p 152*

⁽¹¹⁾ *ob cit p 153*

⁽¹²⁾ “A idéia de justiça traduz, enfim, um princípio de distribuição de bens e de ônus que oferece três perspectivas justiça como virtude, realizando-se nas relações intersubjetivas, o seu objeto, o que é devido nessas relações e a igualdade proporcional, a idéia de equivalência e de proporção” (AMARAL, Francisco Ob cit p 15)

instância o que é lícito ou ilícito” (entre outros HAURIOU). “A ordem social representa o *minimum* de existência e a justiça social um luxo até certo ponto dispensável” (idem), “na maioria dos assuntos é mais importante que a regra de direito aplicável seja estabelecida do que seja justa” (EBENSTEIN), “o direito não nasceu na vida humana em virtude do desejo de render culto ou homenagem à idéia de justiça, mas para satisfazer uma urgência iniludível de seguridade e de certeza na vida social (RECASENS SICHES), “quando numa comunidade existe um poder supremo, deve respeitar-se aquilo que ele ordena” (M. REALE)⁽¹³⁾.

O formalismo jurídico, entretanto, não é a melhor solução para a questão tormentosa do embate entre segurança e liberdade, para se atingir a justiça. A submissão pura e simples do direito a uma ordem preestabelecida leva à indesejada subjugação da liberdade, na medida em que esta ordem há de ser imposta por determinada classe social e fatalmente determinará a limitação de uns em detrimento de outros. Logo, a idéia de ordem é incompatível com a idéia de liberdade.

Cabe ao operador do direito, nesse embate, amoldar a ordem à liberdade possível, de modo a sacrificar ao mínimo a autonomia da pessoa. Só com mecanismos de constante mutação jurídica é possível equilibrar esses fundamentos do direito.

O exercício da interpretação⁽¹⁴⁾, então, possibilita a manipulação lógica e racional dos fundamentos da segurança e da liberdade, como paradigmas indissociáveis, ao mesmo tempo que antitéticos, que servem de balizamento a qualquer solução jurídica dos problemas sociais.

A justiça, então, finalidade realçada do direito, não se alcança pelo simples reconhecimento do estado de liberdade natural, tampouco pelo clausuramento da conduta humana em padrões formais rígidos e seguros, mas exatamente pela combinação interpretativa desses dois valores, ora se privilegiando um, ora se prestigiando outro, tendo como objeto a experiência social concreta.

As normas não são categorias lógicas, indiferentes à experiência humana, mas são decorrentes de sua interpretação, valem em razão da

⁽¹³⁾ *apud REALE, Miguel Ob cit nota 6, p 156*

⁽¹⁴⁾ *REALE, Miguel Filosofia do Direito, p 438*

realidade de que participam, adquirindo novos sentidos e significados, mesmo quando formalmente inalteradas.

Acertadamente, vaticina MIGUEL REALE que no “*fundo, os valores somos nós mesmos, mas não cada um de nós na sua singularidade pessoal, nem a soma dos indivíduos que compõem a espécie, mas sim o espírito humano em sua universalidade irreduzível às experiências estimativas, que são modos ou veículos de revelação do valioso*”⁽¹⁵⁾.

3. Jusnaturalismo⁽¹⁶⁾

Jusnaturalismo vem a ser a doutrina filosófica que entende o fundamento do direito como anterior à experiência social, constituindo um *a priori* necessário a toda formulação jurídica.

Vê o direito como originado de uma única fonte, da qual derivam todas as formas de regulação da vida humana e entende-se que o direito positivado não o pode contrariar, antes estando em grau hierárquico inferior.

A dicotomia entre direito natural e direito positivo surge já na idade média, com THOMÁS DE AQUINO, que identifica a existência da *lex naturalis* que é a Lei eterna na razão humana e a *lex humana* que se apresenta como a positividade do direito natural (*per conclusionem*) ou como definição do conteúdo do direito natural (*per determinationem*)⁽¹⁷⁾.

HUGO GROCIO, na sua obra “*De jure belle ac pacis*”, afirma que o direito natural é um ditame da natureza racional do homem, enquanto o direito civil é ditado pelo poder civil representado pelo Estado e que congrega a comunidade dos homens livres com objetivo de estabelecer o bem comum⁽¹⁸⁾.

O direito natural se constitui na observação do fenômeno jurídico a partir do homem, como centro dos valores que fundamentam a regulação da vida em sociedade. Dessa forma, consegue-se a mediação útil e

⁽¹⁵⁾ REALE, Miguel *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 155

⁽¹⁶⁾ no texto, jusnaturalismo é tratado como sinônimo de direito natural

⁽¹⁷⁾ BOBBIO Norberto *O Positivismo jurídico lições de filosofia do direito*, p. 20

⁽¹⁸⁾ CORREIA, Alexandre *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 27, p. 347-348

recomendavel entre a razão individual, marca da liberdade, e a experiência social concreta que reclama estabilidade e segurança jurídica

Nem sempre foi assim. A partir de KANT, a liberdade como fundamento do direito e como manifestação do direito natural assumiu seu caráter mais significativo⁽¹⁹⁾

O homem era essencialmente livre e devia manter essa liberdade o mais intacta possível dentro da sociedade. Daí que a liberdade de cada um era conformada pela liberdade dos outros. Sendo todos dotados de razão, e sendo a liberdade uma manifestação dessa razão humana, estava selado o destino de completa harmonia no seio social.

A centralização de todo o direito na razão humana resultou num egocentrismo exacerbado e descambou para a ameaça a própria liberdade na medida em que o direito natural era racional mas o homem em sociedade não. Ao contrário, e extremamente passional, influenciado e influenciando a ganância, a prepotência e os sectarismos de toda ordem.

O individualismo surgido a partir da filosofia de KANT apresentou-se portanto como um trampolim para a violação do próprio direito natural que visava propalar, na medida em que justificou a concentração do poder social nas mãos de uma pessoa ou de um grupo social em detrimento da sociedade resultando no absolutismo de fins do século XVIII e na conflagração social da Revolução Francesa em 1789⁽²⁰⁾

Sem dúvida que o propósito da filosofia de KANT era muito mais nobre, a ideia de liberdade social ditada pela razão humana e sem dúvida a mais brilhante que se tem notícia na história da filosofia e não se pode dizer que seu ideal esteja ainda hoje superado. Entretanto, os efeitos desse pensamento individualista serviram num primeiro momento para apelar do poder a nobreza e colocar em seu lugar a burguesia ascendente (principalmente na França), de modo que foram substituídos os personagens, mas o enredo permaneceu inalterado. Logo em seguida se viu que o simples deslocamento do poder político de uma classe a outra não atingia a tão almejada justiça social.

⁽¹⁹⁾ *idem* p. 350

⁽²⁰⁾ BONAI IDES Paulo *Do estado liberal ao estado social* p. 16 e segs.

Para promover a liberdade dos indivíduos KANT concebia a existência do Estado organizado, sendo o destinatário das liberdades individuais e síndico da sociedade, destinado a harmonizar a vida social. O poder estatal, exercido por um soberano dotado de razão (a mesma razão que inspirava os indivíduos) era perfeito como o era a razão humana. Assim legitimado, o poder estatal se concentra nas mãos do monarca, expressando a materialização mais contundente do direito natural.

O absolutismo moderno era apoiado, portanto, na concepção kantiana de que o direito natural resulta do próprio indivíduo e que por isso aquele que exerce o poder o faz segundo essa mesma razão.

A filosofia de KANT se mostra um tanto ingênua nessa parte, ao confiar que o Estado, por ser a conjunção das liberdades individuais, compartilha da mesma razão do indivíduo e por isso estaria eleito naturalmente como propalador da justiça social. A razão do Estado é diferente da razão do indivíduo, sendo inclusive contraposta a ela, e muitas vezes tende a privá-lo da sua liberdade não para proteger a coletividade, mas para proteger o próprio Estado. Ora, o direito natural se apóia na razão do homem e não na razão do Estado: se este tem uma razão própria, evidentemente que não tem o seu fundamento no direito natural.

JEAN JACQUES ROUSSEAU⁽²¹⁾ tinha uma outra concepção do direito natural, que de certo modo acomodava o individualismo em face do pluralismo social.

Partindo da premissa de que o homem é originalmente bom, sendo corrompido pelo meio social, ROUSSEAU preconiza uma sociedade onde os homens concordam em ceder as suas liberdades individuais em prol do Estado a fim de que este administre-as de forma adequada, devolvendo-lhes essa mesma liberdade colmatada às liberdades dos outros.

Ao conceber a idéia do contrato social, ROUSSEAU desloca o centro do poder da razão individual, conforme era entendida no absolutismo, para a razão coletiva, representada pelo consenso social. O povo então assume pela primeira vez seu papel de ator na cena jurídico-política universal. Somente o povo, conscientemente, tinha o poder de delegar as liberdades

⁽²¹⁾ BONAVIDES, Paulo. *Ob. cit.* p. 26; CORREIA, Alexandre. *Ob. cit.* p. 352.

individuais ao Estado e so mediante essa delegação e que poderia interferir nessas liberdades e ainda assim com vistas a preservação das proprias liberdades das pessoas

Com essa conotação e que o absolutismo restou superado na França e muito diminuído na Alemanha e na Inglaterra de modo que o poder, do povo, assumiu a posição de personagem principal

Em oposição aos jusnaturalistas, JOSEPH DE MAISTRE⁽²²⁾ negava a existência do direito *a priori*, fosse ele derivado da razão humana ou do contrato social, acreditando que a ordem jurídica era construída a partir da experiência social. O direito, pois, não era uma elaboração racional do homem abstrata e despegada da realidade. Tampouco derivava de um ato de vontade consciente para estabelecer um contrato social. O direito resulta, segundo DE MAISTRE, da inexorabilidade do homem no meio social. A sociedade não é desejada pelo homem, mas é uma condição de sua natureza: o homem é um ser social.

Os empiristas, liderados por DE MAISTRE, criticavam os jusnaturalistas que pregavam a positividade do direito natural. Diziam eles que a Lei escrita era falsa, porque as regras jurídicas variavam no tempo e no espaço e era impossível identificá-las claramente apenas com a razão humana. Pregavam, em suma, o respeito à consciência nacional, esta sim indestrutível e imodificável, a cujo império todas as pessoas deveriam se curvar. Preconizaram, então, que a gênese jurídica se encontrava na tradição, nos usos e costumes.

SAVIGNY⁽²³⁾ e, antes dele, ADAM MULLER, desenvolveu as ideias empiristas em outros padrões, identificando o fundamento do direito na experiência histórica da sociedade, erigida a partir da tradição e da jurisprudência.

Segundo o pensamento de SAVIGNY, o costume é definitivo para a organização das sociedades mais simples, sendo adaptado à sua evolução pela jurisprudência científica que acompanha as modificações no seio social. O legislador assume a posição de mero reflexo da elaboração científica do direito e representa a expressão da vontade popular.

⁽²²⁾ CORREIA, Alexandre. *Ob cit* p 354

⁽²³⁾ Por todos, LARENZ *ob cit* p 9 e segs

Ao negar ao direito natural a posição de fonte primordial do direito, a escola histórica e seus aulicos buscou a unidade do ordenamento jurídico na própria elaboração do jurisconsulto, seja como formulador da própria ordem jurídica, seja como seu intérprete e aplicador

Atualmente o dualismo entre direito positivo e direito natural está colocado em termos de justiça formal e justiça social, liberdade formal e liberdade substancial, igualdade formal e igualdade material. O aparente retorno às indagações oriundas do fundamento *a priori* do direito justifica-se na medida em que o mundo moderno pelo seu pluralismo característico exige uma maleabilidade muito grande nos conceitos jurídicos, o que não é propiciado pelos esquemas formais de produção do direito

Assim, o recurso a princípio superior e antecedente à própria construção dogmática e extremamente rico em possibilidades de ampliar o leque de opções conferidas ao operador jurídico para dar resposta à demanda das relações sociais multiformes

É quase impossível conceber o ordenamento jurídico, seja qual for sua confissão filosófica, ou mesmo o sistema mais técnico existente, sem um arcabouço principiológico e fundamental que o antecede, donde se retiram a força de validade de todos os comandos normativos. Sem esse poder, a ordenação legal se esvazia e perde contato com a realidade, destituindo-se de seu atributo principal de traçar a conduta da vida em sociedade

O direito natural, portanto, e o conjunto de regras inatas na natureza humana, pelas quais o homem se dirige, a fim de reagir retamente na sua conduta social. Trata-se do fundamento da ordem jurídica, considerando que normas de conduta se originam em direitos inatos, que decorrem da própria vida do homem em sociedade. Independentemente da sua experiência social, sua elaboração é puramente racional e abstrata, apoiando-se somente na lógica dos preceitos jurídicos

Parece que existe um direito natural, consistente numa percepção universal de que o homem em sociedade deve se condicionar segundo certos comportamentos. Entretanto, a forma, o conteúdo e a extensão desses condicionamentos e comportamentos devem ser descritos de maneira objetiva no repositório legal de cada povo, dando origem a um corpo de leis positivas que se transforma constantemente segundo a mudança no meio social

e em consonância com os mecanismos de interpretação voltados a sua aplicação

4. Positivismo jurídico

Das entranhas do jusnaturalismo surgiu o positivismo jurídico. Toda a elaboração racional atribuída a KANT fez com que se concebesse a filosofia de que as regras de conduta inspiradas na natureza do homem fossem delimitadas em programas linguísticos⁽⁷⁴⁾ perfeitamente definidos, de forma a atribuir certeza e segurança no conhecimento, interpretação e aplicação das normas legais, ordenando dessa forma as condutas humanas

A Lei formal foi alçada a condição de veículo definitivo de estabilidade do direito reunindo toda a virtude necessária para se estabelecer os limites de liberdades individuais, os limites de poder do Estado, os meios e os instrumentos de atuação da igualdade, do bem comum e, finalmente, da justiça

A premissa mais que necessária era de que, sendo a Lei fruto da razão humana e sendo a razão humana fundamento do direito natural, o comando legal nada mais era que o reflexo perfeito e irretocável do próprio direito natural materializado, tornado coisa palpável. A norma era despida de qualquer valoração que não se circunscrevesse a seu aspecto externo

O positivismo vê o direito de modo avalorativo sem ideologia sem qualquer preocupação com o conteúdo. Isto porque o conteúdo do direito varia conforma a sociedade (democrática ou totalitária, comunista, socialista ou capitalista). Do ponto de vista do conteúdo, o direito pode disciplinar todas as condutas que não sejam necessárias ou impossíveis, pois é uma técnica voltada a influir na conduta social⁽²⁵⁾

Não há de negar que essa exacerbação formalista foi uma forte reação ao absolutismo estatal e a supremacia da nobreza na sociedade dos séculos XVII e XVIII. O contexto histórico recomendava uma forma de regulação social rígida, na medida em que as comunidades estavam sujeitas aos humores do monarca e as incertezas da jurisprudência. A atuação dos juizes era inçada na multiplicidade de fontes como o direito romano, o direito

⁽²⁴⁾ *ou preceitos de lei*

⁽²⁵⁾ BOBBIO Norberto *Ob cit p 144 e segs*

germânico e o direito canônico, além do direito costumeiro e local, de modo que as controvérsias sociais eram resolvidas de maneira aleatória, impondo grande insegurança.

A necessidade de segurança jurídica, por sua vez, foi emasculada pelo implemento do comércio, pelas grandes navegações do séc. XVIII e pelas transformações econômicas verificadas no dealbar da primeira revolução industrial. O feitiço da sociedade medieval, marcada pelo campesinato, transfigura-se na sociedade proletária e fortemente urbanizada do princípio do século XIX.

O iluminismo de VOLTAIRE e ROUSSEAU, pregando um retorno às luzes da grandeza romana de seu melhor período, exige dos povos uma concentração muito grande na elaboração de um ordenamento correto, lógico, simples, conciso, coeso. A essa necessidade se responde com a idéia de sistema⁽²⁶⁾, considerando que o direito deve formar um conjunto harmonioso de preceitos, coordenados entre si e voltados à realização de um fim determinado.

Em consequência, a codificação do direito positivo é o clímax do pensamento positivista, que teve em AUSTIN e BENTHAM na Inglaterra seus grandes defensores e em PORTALLIS, um dos redatores do Código de NAPOLEÃO, expoente da maior relevância.⁽²⁷⁾

A febre da codificação que varreu a Europa do século XIX e contaminou todo o mundo jurídico de origem romano-germânica, tinha por escopo principal construir um edifício legal marcado pela unidade, pela completitude e pela coerência de suas normas.⁽²⁸⁾

Chegou-se ao ponto de se negar a existência de direito fora das leis formais, partindo-se da premissa de que a Lei representava a vontade do

⁽²⁶⁾ "O contributo inquestionável da *Jurisprudência dos conceitos* foi a elaboração de um sistema *conceptual-abstracto*, que era construído de acordo com o princípio da *subordinação de conceitos* cada vez mais especiais aos de extensão muito ampla (âmbito de aplicação), mas de cada vez mais escasso conteúdo, e que devia permitir atribuir a cada conceito não apenas o seu 'lugar' no seio do sistema no seu conjunto, mas também *subsumir situações de facto concretas às previsões normativas da lei, e assim determinar a situação jurídica* " LARENZ, *ob cit* p 230

⁽²⁷⁾ BOBBIO, Norberto *Ob cit* p 63 e segs e 91 e segs

⁽²⁸⁾ *idem* p 197 e segs

povo e esta tinha a prerrogativa indelegavel de determinar as formas de conduta em sociedade porque sempre visava o bem comum

Os fundamentos de justiça, igualdade e liberdade sucumbiram diante da necessidade urgente de segurança jurídica. O formalismo e a supremacia da Lei imperaram de forma determinante, impedindo que a realidade social permeasse os comandos legais ou mesmo temperasse a aplicação da norma jurídica.

Ao tempo do Código de NAPOLEÃO era proibido nos cursos de direito ensinar os princípios romanistas ou o direito estrangeiro, limitando-se os interpretes a ensinar as leis do código de modo mecânico e repetitivo. Nessas condições erigiu-se a escola da exegese, que se limitava a interpretar as regras do código segundo o próprio código.⁽²⁹⁾

Para o fim de se alcançar a ansiada segurança jurídica era indispensável que o corpo de Lei fosse unitário. Daí ser terminantemente proibida a invocação de outras fontes de direito senão o próprio código, salvo quando a própria regra legal permitisse a pesquisa em outros saberes jurídicos. Era o que acontecia com o art. 4º do código de NAPOLEÃO.⁽³⁰⁾

Ao mesmo tempo em que a Lei positiva era unitária na sua formulação, englobava todo o direito existente, de modo a não se considerar direito aquilo que não estivesse regulado em Lei. A adequação da Lei à realidade, ao seu fundamento histórico ou ao direito natural não era um requisito de validade ou de existência. Apenas a Lei formalmente elaborada, por esse meio adquirindo existência jurídica, obtinha efetividade. Desse modo o ordenamento jurídico positivo era completo.

Fechando a trilogia, a norma positiva tinha que ser absolutamente coerente com as demais regras do ordenamento, de modo a impedir a fuga de seus limites formais. Para tanto, era necessário contornar as antinomias e as lacunas, situações que tendem a negar a coerência do sistema positivo.

⁽²⁹⁾ *E famosa a afirmação de Bugnet, expoente da escola da exegese fundada a partir do Código de NAPOLEÃO: "Eu não conheço o direito civil, eu ensino o código de NAPOLEÃO" (Apud BOBBIO Norberto, Ob. cit. p. 82).*

⁽³⁰⁾ BOBBIO Norberto, Ob. cit. p. 73-74.

Para dar resposta a essa dificuldade, a própria Lei estabelece mecanismos de interpretação e de integração, de forma que o recurso à analogia e aos princípios gerais de direito é perfeitamente possível, adotando-se para um caso não regulado a norma ou o princípio existente que regula um caso semelhante⁽³¹⁾ Quanto aos princípios gerais de direito, na doutrina francesa, referiam-se especificamente a princípios existentes no próprio Código, sendo vedada a indagação acerca de princípios que não fossem expressamente previstos na Lei formal.⁽³²⁾

Os influxos sociais, políticos e econômicos que marcaram o séc. XIX determinaram uma profunda reformulação nos conceitos principais do positivismo jurídico.

A idéia liberal de liberdade total do cidadão mostrou-se perniciosa para as massas proletárias que, a propósito de ampla liberdade eram despidas de proteção jurídica, submetendo-se ao jugo do capitalismo então nascente.

A idéia liberal, avessa a participação popular, vez que preconizava a supremacia da burguesia ascendente, houve que aquiescer ao princípio democrático, facultando o direito de representação de todas as classes por meio de voto. O primitivo voto censitário, que privilegiava certas castas na eleição de representantes, aos poucos e à custa de pressões e lutas revolucionária, foi cedendo espaço ao voto universal, de modo a ampliar o espectro de participação popular do controle do estado e, portanto, na produção da Lei formal.⁽³³⁾

⁽³¹⁾ *“A transposição de uma regra, dada para uma hipótese legal, numa outra semelhante” a ela, quer dizer, que se há-de considerar igual na sua valoração, denomina-se analogia legis, mais apropriada a esse respeito seria a expressão ‘analogia particular’, porque é aplicada ‘analogicamente’ uma norma legal particular a uma situação de facto não regulada por ela. Dela se distingue tradicionalmente a denominada analogia juris, mais exacta é a sua denominação como ‘analogia geral’ Aqui, de várias disposições legais que ligam idêntica consequência jurídica a hipóteses legais diferentes, infere-se um princípio jurídico geral’ que se ajusta tanto à hipótese não regulada na lei como às hipóteses reguladas” (LARENZ, ob cit p 544)*

⁽³²⁾ BOBBIO, Norberto Ob cit p 77

⁽³³⁾ BOAVIDES, Paulo Ob cit p 39

O temperamento do liberalismo com a democracia despertou a consciência social, obrigando a que os ordenamentos legais passassem a contemplar proteção jurídica especial em face dos desvalidos, criando-se uma rede social que serviu para colmatar fundamentos tradicionais de respeito a dignidade da pessoa humana⁽³⁴⁾, como regras jurídicas positivadas

O positivismo radical, cedeu espaço a um positivismo moderado, segundo o qual as regras legais são fixadas em esquemas formais relativamente rígidos mas concebe uma norma jurídica já não mais atrelada a estrutura formal mas voltada a concretização de um ideal de justiça, consubstanciado na igualdade e liberdade substancial em detrimento da pura e simples formalidade⁽³⁵⁾

A filosofia preconizada pelo positivismo, sem dúvida, esta ultrapassada e não responde a necessidade da sociedade contemporânea. Soa irreal se atribui a Lei uma supremacia cega e subserviente, quando se sabe que o poder econômico e principalmente o poder da informação tem condições muito claras de alterar a realidade, criando situações artificiais para favorecer interesses destituídos de senso público e que prejudicam o bem comum

Não obstante, é preciso, para a organização do gênero humano, que as regras de conduta sejam definidas de modo claro e inequívoco, possibilitando o pleno conhecimento de seus comandos

Assim, a igualdade formal não é dispensada, mas não é um fim em si mesma, mas um ponto de partida, de onde se irradiam todos os direitos que hoje protegem o cidadão em face do semelhante, do Estado, da sociedade e dos grupos organizados

Como técnica jurídica, o positivismo também perde força para métodos mais elaborados e muito mais eficazes na identificação e solução das grandes questões jurídicas

⁽³⁴⁾ “So o homem enquanto pessoa em sentido etico tem uma dignidade pode suscitar face ao seu semelhante a pretensão ao respeito e reconhecimento dos seus direitos e ter os correlativos deveres assumir responsabilidades” (LARENZ *ob cit* p 648)

⁽³⁵⁾ BOBBIO Norberto *Ob cit* p 229

A manipulação interpretativa dos preceitos legais, sua análise multidisciplinar, seu cotejo com a realidade experimental, fazem com a concretização do direito se transforme em atividade dinâmica, plasmada na necessidade ocorrente da sociedade, despegada da rigidez formal tão característica do positivismo

A superação da autoridade do legislador como dogma indestrutível do positivismo também é fator de extrema relevância na construção de um ordenamento jurídico mais humano

A ideia de fonte única do direito atribuído ao legislador a supremacia na construção da ordem jurídica, sendo ele o canal por meio do qual a sociedade encaminha seus anseios e obtém suas soluções. A quebra desse dogma faz sobressair a função do judiciário na qualidade de intérprete principal da norma legal e sobreleva ainda sua função criadora da ordem jurídica enquanto agente da construção de um saber jurídico conectado a realidade social sensível

5. Conclusão

O estágio de desenvolvimento social e tecnológico da atualidade nunca foi sonhado pelos ideólogos mais avançados do racionalismo e do positivismo. A estrutura e os fundamentos da sociedade atual são tão peculiares a este momento da história da humanidade, que muitas concepções tidas como universais estão em posição difícil e reclamam radical reformulação

O direito sempre se moveu entre duas grandes ordens de valores: a segurança jurídica e a justiça. Mas a finalidade desses valores era garantir aos indivíduos o acesso e a conservação das riquezas da civilização e estas, por sua vez, tinham por destinação principal assegurar a sobrevivência das pessoas e dos grupos humanos

Sem embargo, hoje em dia o mundo tem excedentes de alimentos nunca vistos. A tecnologia da produção e conservação das fontes proteicas da humanidade atingiu um tal desenvolvimento, que não há mais razões para se temer o perecimento da raça humana pela falta de comida. Entretanto, há regiões do planeta que ainda sofrem com a fome e com a escassez de elementos de subsistência

Na idade media, a sujeição dos vassallos ao poder militar e politico dos suseranos se devia a necessidade de proteger as reservas de alimento do ataque inimigo, assim salvaguardando a sobrevivência da familia e do grupo social. O poder então era fundado na força física e força da acumulação material de riqueza, a qual podia ser medida e contada. Após a Revolução Francesa, acompanhando os avanços da revolução comercial e industrial, o individuo ganhou o poder da livre iniciativa, libertou-se dos grilhões do feudalismo e podia buscar sua sobrevivência de forma independente. O nascimento do individualismo se dava num mundo onde havia muito por se descobrir, sejam novas terras cheias de novidades, sejam novos conhecimentos, cheios de novas esperanças.

Ora, enquanto o homem tinha para onde se expandir fisicamente, o direito acompanhou essa tendência, garantindo a propriedade como direito absoluto, preservando a liberdade do individuo como fundamento de sua existência civica e econômica. Estas eram condições para que o mundo evoluísse.

Agora, a expansão humana já ocupa todo o planeta e as formas de agregar riqueza se diversificaram, na verdade se transfiguraram totalmente. Mesmo a revolução social do principio do século XX não teve resposta para o desenvolvimento tecnologico que se verificou na humanidade nos ultimos 150 anos. A exacerbação do “poder do povo” resultou no genocidio de raças inteiras conflagrando a civilização em duas Grandes Guerras. A esse tempo, o direito foi refem do nacionalismo paranoico e não teve instrumentos para defender a justiça e a ordem, sucumbindo ante o sangue de inocentes.

A experiência traumática da guerra moderna e o estigma tenebroso da destruição do planeta não pela fome, mas pela ação direta da vontade do homem por meio da utilização dos arsenais militares existentes, colocou a humanidade na encruzilhada definitiva entre preservar-se a si propria mediante respeito mutuo e universal, ou desintegrar-se numa detonação atômica.

O medo generalizado da “Guerra Fria” foi o germen que possibilitou a *debacle* dos regimes totalitarios e a superação de desigualdades regionais, buscando-se a integração entre as nações e tratando-se de por em pratica um sistema de cooperação, de modo a proporcionar não mais a simples proteção dos recursos de subsistência, mas efetivar uma correta e equânime distribuição dos recursos existentes entre as diversas populações do mundo.

Ações humanitárias, então, se desenvolvem constantemente, havendo transferências de recursos das regiões mais ricas para as mais pobres, na tentativa de minorar o sofrimento de populações inteiras.

No campo individual, o direito também se apresenta em nítida transformação. A personalidade sofre os mais duros questionamentos, principalmente em razão dos avanços da biotecnologia. Conceitos antes firmes e seguros, como o da identidade da pessoa, o início e o fim da existência ou mesmo o conteúdo dos direitos da personalidade estão totalmente modificados.

Técnicas de fertilização artificial colocam em dúvida o momento do início da vida e com isso, exigem que se solucione a terrível questão de se definir a extensão e a profundidade dos direitos atribuídos ao embrião, seja ele implantado no útero da mãe ou não. A par disso, as questões envolvendo a aquisição e a transmissão de direitos por parte da vida embrionária e a até que ponto a sociedade humana deve se submeter a essas mudanças biológicas, aplicando princípios de direito natural a uma vida que foi produzida artificialmente.

A identidade da pessoa é colocada em dúvida, seja pela real possibilidade de duplicação genética do ser humano pela via da clonagem, seja pela mudança de gênero por meio de cirurgia transexual. Ou ainda, pela forte tendência moderna a se permitir a manifestação sexual não-convencional, admitindo-se como fonte de direitos e obrigações e união estável entre pessoas de mesmo sexo, o que também se reflete no campo do direito de família.

De que forma é possível atualmente, se preconizar um direito à identidade que não é mais um elemento fixo, mas que pode se transformar segundo o poder da ciência? Como o direito criminal poderá ainda exigir a certeza da autoria do delito como requisito para a sua punição, se as pessoas podem se transformar quanto a seu gênero, ou podem simplesmente se duplicar, originando um outro indivíduo, mas geneticamente igual ao primeiro? Como a responsabilidade civil poderá ser individualizada se os sujeitos de direito se modificam a si próprios segundo sua vontade e os recursos da medicina?

O conteúdo dos direitos da personalidade também se modifica, sendo marcante hoje em dia o direito ao trabalho, consagrado como garantia fundamental do indivíduo em várias Constituições, inclusive na brasileira. A

dimensão da personalidade, então, escapa aos limites da própria existência humana (nascimento, vida e morte), mas adquire um componente social importantíssimo, passando a incluir o direito a prover a subsistência, a manifestar-se publicamente, a reunir-se para fins pacíficos mas com conotação reivindicatória, a ter acesso a informação verdadeira e imediata

Ao mesmo tempo em que a personalidade se amplia para a esfera social, o direito de propriedade também se altera. Primeiro quanto a sua concepção, passando de expressão máxima do individualismo, direito absoluto e ilimitado, para um direito de função social implicando em deveres de seu titular na utilização dos bens móveis e imóveis para atingimento do bem comum da sociedade

Mas o conteúdo da propriedade também se fragmenta, sendo que a riqueza não pode ser mais contada ou medida pois é intelectual ou imaterial, não tem seu titular definido pois será pública ou privada, não tem mais depósito em lugar certo, porque está armazenada numa célula de silício no interior de algum computador ao redor do planeta. Com tais contornos, o direito de propriedade já não é mais a base do individualismo, como o foi no século passado. Já não é mais inatacável do ponto de vista social e pode, muitas vezes, ser objeto de luta entre as classes sociais, as quais legitimamente podem questionar não a origem da posse, mas a sua destinação, e daí se lograr a transferência do domínio segundo a função social que deve desempenhar

A autonomia privada, outro fundamento do liberalismo clássico, deixa a sacralidade original e passa a ser mitigada por meio da defesa das grandes massas humanas, submetidas a relações jurídicas coletivas e que por isso tem um perfil uniforme. A defesa de trabalhadores e consumidores e o reconhecimento da hipossuficiência econômica como razão de proteção jurídica consagram os direitos coletivos como a mais atualizada forma de proteção social impedindo a acumulação selvagem de bens econômicos por um só indivíduo ou por um só grupo de indivíduos

O positivismo jurídico já deu sua contribuição à humanidade e deve deixar a cena para o desdobramento de outros modos de encarar o direito

Com efeito, o caráter da supremacia da Lei, o dogma da onipotência do legislador, o culto ao raciocínio lógico-sistemático não servem

mais ao modelo da sociedade atual que se diversifica e se multiplica rapidamente

Os fundamentos de certeza e segurança que ditaram as construções positivistas e reduziram a sua doutrina ao simples exame da Lei, já não mais prevalecem. O homem, do ponto de vista biológico e sociológico não é uno. Não o será o Direito que se destina a regular sua conduta em sociedade

A construção científica rígida e formal do direito deve ceder espaço a uma atitude de constante mutação, de evolução contínua voltada a encontrar o justo equilíbrio do homem em seu meio, haurindo da realidade pulsante os elementos concretos de sua efetividade

A sociedade atual não se contenta com a razão abstrata de enunciados meramente semânticos. O direito, por isso, só se justifica na medida em que interpreta o mundo sensível e, ao mesmo tempo, é permeado por ele, tornando o processo social uma viva pluralidade dos homens

As bases em que se constroem o novo direito são a multiplicidade das relações contínuas entre os contrários, o sentimento de igualdade substancial e liberdade real, verificável de modo imediato e sem intermediários

Ainda que os fatos históricos insistam na recorrente ondulação pendular e repetitiva dos mesmos valores, as civilizações não são as mesmas e a solução que a sociedade da informação apresenta ao problema da igualdade e liberdade universais coloca o direito a serviço da humanidade

BIBLIOGRAFIA.

AMARAL, Francisco. Direito Civil introdução 2ª ed Rio de Janeiro Renovar, 1998

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra, tradução e notas por Marcio Pugliesi, Edson Bini Carlos E Rodrigues São Paulo Icone, 1995

BONAVIDES Paulo. Do estado liberal ao estado social 3ª ed Rio de Janeiro Fundação Getulio Vargas, Serv de publicações, 1972

CORREIA, Alexandre Direito natural Enciclopedia Saraiva do Direito, v 27 Coordenação de Limongi França São Paulo Saraiva, 1977

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio A ciência do direito 2ª ed São Paulo Atlas, 1986

LARENZ, Karl Metodologia da ciência do direito 3ª ed Tradução de Jose Lamego Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

NEUMANN, Franz Estado Democrático e Estado Autoritário Organização e prefácio por Herbert Marcuse, tradução de Luiz Corção Rio de Janeiro Zahar Editores, 1969

REALE, Miguel Lições preliminares de direito 22ª ed São Paulo Saraiva, 1995

_____ O direito como experiência introdução a epistemologia jurídica 2ª ed São Paulo Saraiva, 1992

_____ Filosofia do direito 17ª ed São Paulo Saraiva 1996

_____ Fundamento (Filosofia do direito) Enciclopedia Saraiva do Direito, v 39 Coordenação de Limongi França São Paulo Saraiva, 1977

WIEACKER, Franz História do direito privado moderno 2ª ed Tradução de A M Botelho Hespanha Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian 1980

O TRABALHO DO MENOR

Sebastião Teodoro da Silva^(*)

Questão de grande indagação e controversia, o trabalho do menor e tema que preocupa educadores, sociólogos, psicólogos, operadores do direito e a sociedade em geral. Contudo, com raras exceções, a questão tem sido, *data venia*, abordada sob ângulo equivocado. Partindo-se de experiências reprováveis como o trabalho no corte da cana de açúcar, em carvoarias e em outros ambientes insalubres ou perigosos, tem-se atacado o próprio trabalho em si, como se este fosse algo condenável, a ponto de a Emenda Constitucional 20/98 ter incluído no inciso XXXIII do artigo 7º, da Constituição Federal, a proibição de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

Ora, como se sabe, o trabalho dignifica o homem e não foi por outra razão que a Constituição estabeleceu, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, IV), colocou o exercício de qualquer trabalho como um dos direitos fundamentais do indivíduo (Art. 5º, XIII) e fixou como base da ordem social o primado do trabalho (Art. 193). Dentro desse espírito, não são poucos os pais que procuram iniciar seus filhos no mundo do trabalho, ainda bem cedo, seja para mantê-los ocupados, como também para que se acostumem com a vida, desde crianças (isto sem falar daqueles que para o sustento da família, simplesmente dependem do labor de seus filhos).

Sem dúvida, o que procuram essas famílias, e criar bons hábitos para seus filhos, não sendo incomuns aquelas que distribuem, desde a infância, pequenas tarefas dentro do lar, como, por exemplo, arrumar a mesa, lavar a louça e outras mais. Longe de ser algo condenável, o trabalho do menor, em jornada reduzida, que não prejudique a escola, sob acompanhamento dos pais e profissionais da área educacional e pedagógica, contribui para a formação do homem e do cidadão. Ninguém duvida das experiências bem sucedidas de alguns grupos de teatro, de música, canto, etc. Aliás, como se vê no dia a dia, apesar da regra constitucional em vigor, não são poucas as crianças que

(*) *O autor é Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Cascavel*

começam, desde a mais tenra idade, a trabalhar em publicidade, filmes, novelas, música e no esporte profissional, entre outras atividades.

Será que todas essas formas de trabalho do menor são condenáveis? Ninguém duvida que a participação de uma criança ou adolescente em uma novela, tanto pode ser prejudicial para sua formação pessoal, quanto proveitosa, dependendo do contexto em que é colocada. Logo, o trabalho do menor nem sempre é condenável, desde que bem orientado e lhe sejam reservadas as horas necessárias para estudo, lazer e descanso. O Estado não tem condições de dar assistência em tempo integral e formação profissional a todas as crianças e adolescentes. A iniciativa privada, salvo honrosas exceções, também não irá fazê-lo se não tiver algum retorno. Também não é possível fazer uma lei prevendo todos os casos em que seja aconselhável ou não, o trabalho do menor.

Logo, a melhor solução é deixar ao prudente arbítrio do Juízo da Infância e da Juventude, a decisão sobre a permissão do Trabalho, diante do caso concreto, mediante requerimento do pai, da mãe ou do representante legal.

Assim, proponho que o texto constitucional seja alterado, passando a ter a seguinte redação: Art. 7º, XXXIII – proibição de trabalho a menores de 16 anos, salvo com autorização do Juízo da Infância e da Juventude.

Tal providência, a meu ver, resolverá toda a polêmica sobre tema tão controvertido, pois o Juiz da Infância e da Juventude saberá, com a cooperação do Ministério Público, dos pais e de profissionais da área educacional e pedagógica, encontrar a melhor solução para o caso concreto.

Estado, Neoliberalismo, Globalização e Economia.

Fernando Hoffmann^(*)

“Existe uma ligação necessária, em cada época, entre as estruturas econômicas, o papel do Estado na sociedade e as instituições jurídicas”

Robert SAVY, citado por Vital MOREIRA⁽¹⁾.

1. INTRODUÇÃO

Necessário que sejam estabelecidos os limites e os parâmetros para o desenvolvimento desta investigação científica. Assim, buscar-se-á analisar o modelo econômico adotado pelo Estado no final de um milênio marcado pelo processo de globalização, pela ideologia do neoliberalismo e pela imensa revolução tecnológica

Efetivamente, o segundo milênio do Cristianismo caracterizou-se por uma intensa crise que se abateu sobre a sociedade, em especial no que diz respeito a três aspectos interligados. o jurídico, o econômico e, por fim, o social⁽²⁾ Esta crise acentuou-se no final deste século, por força da irresistível revolução na área da tecnologia, descrevendo o autor RAIMUNDO CINTRA da seguinte forma o fenômeno:

No intervalo de tempo que vai do nascimento à morte de um único indivíduo do nosso tempo, as condições de vida mudaram mais que em um milhão de anos do início da humanidade. Os dez últimos anos que vivemos equivalem, em termos de progresso técnico, à duração de duas gerações

^(*) *Mestrando pela Universidade Federal do Paraná Professor Substituto de Prática Trabalhista da Universidade Federal do Paraná Ex-Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*

⁽¹⁾ MOREIRA, Vital *A ordem econômica do capitalismo* 3ª ed Coimbra Centelha, 1973, p 265

⁽²⁾ Neste sentido, veja-se o artigo de José Augusto RODRIGUES PINTO *Direito do trabalho – globalização e flexibilização*. LTr – Suplemento Trabalhista v 34, n 185 Ed LTr. São Paulo, 1998, p 887-894

passadas Esta vertiginosa transmutação material tem imensas repercussões psíquicas, criando novas formas de pensar e novas formas de ser⁽³⁾

Deve-se registrar que não se pretende proceder apenas a releitura dos temas mencionados no título desta investigação, mas a análise dos efeitos da globalização e do neoliberalismo sobre a economia dos Estados contemporâneos, os quais têm se revelado incapazes de responder aos anseios sociais e de se fortalecerem como Estados-Nações dotados de soberania

Para tanto, serão abordadas noções básicas de globalização e neoliberalismo, a fim de que se procure estabelecer uma relação entre tais figuras, o direito, o Estado e a economia

2. IMPORTÂNCIA DO TEMA

Justifica-se a importância do tema eleito a partir da constatação de que o Estado sofre diretamente os efeitos do “mundo virtualmente globalizado” e do discurso neoliberal, colocando em xeque não só economistas e cientistas políticos, como também os operadores do direito que não se restringem a dogmática jurídica

Com efeito, não são poucas as vozes de juristas que se levantam para apontar a grave crise pela qual passa a ciência jurídica, sendo certo que diversos postulados básicos – verdadeiros dogmas de outrora⁽⁴⁾ – vêm sendo questionados ou, até mesmo, ignorados pelos defensores do acompanhamento do processo globalizante e da ideologia neoliberal

Valida a advertência de Jose Affonso DALLEGRAVE NETO, no sentido de que “não se pode conceber o Direito divorciado do Estado e da Economia Nesse sentido, sustentam com acerto os grandes sociólogos MARX, WEBER e DURKHEIM O estudo isolado da ciência jurídica está fadado ao erro Ao contrário, a contextualização com a ciência econômica e com o modelo de Estado subjacente a cada época histórica explica as nuances do Direito no tempo Não se perca de vista a antiga constatação de que o

⁽³⁾ Citado por Arnaldo SUSSEKIND em artigo intitulado *A globalização da economia e o direito do trabalho* Revista LTr São Paulo ano 61 n° 01 janeiro de 1997 p 40

⁽⁴⁾ *Verbi gratia*, os princípios do direito adquirido do ato jurídico perfeito e da coisa julgada

conceito de direito encerra um discurso de caráter prescritivo, produzido por quem detém o poder”⁽⁵⁾.

3. NEOLIBERALISMO

Antes de se proceder à análise do neoliberalismo e da globalização e seus efeitos, é interessante observar o termo inicial e o momento atual do ciclo histórico que envolve o Estado como forma de organização dos povos.

Num primeiro momento, abandonou-se o “estado de natureza” mencionado por HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU (citando apenas os autores principais) para a formação da sociedade civil e do Estado contemporâneo, verdadeira opção radical e irresistível, tal como constatou Boaventura de Sousa SANTOS⁽⁶⁾.

Mas o que se observa na atualidade é que a tendência é pelo esvaziamento das funções estatais e pela retirada do Estado de diversos espaços onde, alguns anos atrás, sequer imaginava-se sua ausência, notadamente no campo da economia.

Curioso constatar que esquerda e direita alteraram radicalmente o conteúdo de seus discursos pregados ao longo dos tempos: aquela pretendia a abolição do Estado no seu primórdio e hoje prega pela majoração do intervencionismo como forma de salvação da sociedade civil; esta abraçou-se ao Estado em seu primeiro estágio, mas, hodiernamente, cogita de sua rejeição ao segundo plano.

E como o Estado Moderno atingiu o estágio no qual se encontra? Certo é que o neoliberalismo assume grande parte da responsabilidade (culpa, para vários autores, dentre eles alguns partidários da própria filosofia neoliberal). Muito embora não se possa apontar com firmeza

⁽⁵⁾ DALLEGRAVE NETO, José Affonso *Transformações das relações de trabalho à luz do Neoliberalismo Genesis Revista de Direito do Trabalho*, n. 83, novembro de 1999, p. 672

⁽⁶⁾ SANTOS, Boaventura de Sousa *Reinventar a democracia entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo In Os sentidos da democracia políticas do dissenso e hegemonia global Organizadores OLIVEIRA, Francisco de, PAOLI, Maria Célia Petrópolis – RJ Vozes, Brasília NEDIC, 1999, p. 83/84*

e clarividência qual país adota ou adotou o modelo neoliberal, eis que apenas alguns traços são verificados em ações isoladas dos Estados, pode-se afirmar, com PERRY ANDERSON⁽⁷⁾, que foi na década de 80 que o fenômeno em comento obteve o primeiro fôlego em escala mundial, especialmente no Chile, nos Estados Unidos e na Inglaterra.

Trata-se de fenômeno nascido na década de 50, mais especificamente em 1947, com a criação da Sociedade de Mont Pèlerin por FRIEDERICH AUGUST VON HAYEK, que tinha como objetivo o combate ao totalitarismo insito ao socialismo, ao nazismo e ao fascismo em sua famosa obra intitulada CAMINHOS DA SERVIDÃO. Sob o fundamento de que a igualdade proporcionada pelo Estado de bem-estar social minava a liberdade e a concorrência, os integrantes da sociedade passaram a destacar a desigualdade como valor positivo ao Ocidente.

A materialização da ideologia neoliberal não foi rápida, cristalizando-se apenas com a crise do petróleo em 1973, causadora de recessão e inflação. Mascarado o intento de concentração do capital, passou-se a apontar dois culpados: as “poderosas” entidades sindicais que pressionavam por aumentos salariais e o “vetusto” Estado que acumulava despesas sociais. Interessa-nos o marco inicial do neoliberalismo justamente para constatar que se buscava novas diretrizes para o liberalismo global pós-guerra, em especial no que pertine à reconstrução da economia mundial e dos mecanismos que proporcionariam o seu desenvolvimento.

Da crise vivenciada pelo capitalismo após a Segunda Grande Guerra Mundial, nasceram as idéias de rompimento da atividade sindical, deflação, incremento da disciplina orçamentária e estabilidade monetária (com a respectiva redução do déficit público), privatização, redução de despesas sociais, fraca intervenção econômica, desregulamentação de mercados, plena descentralização, restauração de taxa de desemprego, minoração da tributação sobre altas rendas, reconhecimento da democracia como complemento da economia de mercado (não como pré-requisito para a modernização), dentre outras.

⁽⁷⁾ ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. In “*Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*” Organizadores EMIR SADER e PABLO GENTILI Rio de Janeiro Ed Paz e Terra, 1995, p 08/09.

Todos estes aspectos estão diretamente relacionados à figura do Estado. E, quanto à economia, salta aos olhos a inversão de um valor social: o trabalho, pois o capital produtivo cede espaço ao capital especulativo, firmando a desigualdade jamais negada (mas sim pregada) pela ideologia neoliberal.

Na América Latina, como sói acontecer, os reflexos do neoliberalismo demoraram, mas se fizeram aparecer no Consenso de Washington, em reunião realizada em novembro de 1989⁽⁸⁾, na qual foram formuladas as propostas em dez áreas prioritárias, quais sejam disciplina fiscal, priorização dos gastos públicos, reforma tributária, liberalização financeira, regime cambial, liberalização comercial, investimento direto estrangeiro, privatizações, desregulação e propriedade industrial⁽⁹⁾.

Ainda segundo o Consenso, quatro metas deveriam ser atingidas para que os países da América Latina caminhassem rumo à “modernidade”. São elas: redução drástica do Estado, corrosão do conceito de Nação, máximo de abertura às importações e entrada de capital de risco. Sem esquecer que o Estado não deveria intervir na economia e nas relações entre capital e trabalho.

Em artigo veiculado no jornal GAZETA MERCANTIL de 13.08.99 e intitulado Para além do consenso de Washington, Rubens RICÚPERO afirmou que:

⁽⁸⁾ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson *Direito e neoliberalismo no Brasil, hoje Síntese Trabalhista*, v 8, n 100, outubro de 1997, p 144

⁽⁹⁾ Segundo Boaventura de Souza SANTOS, *o Consenso de Washington diz respeito “à organização da economia global, incluindo a produção, os mercados de produtos e serviços, os mercados financeiros, e assenta na liberalização dos mercados, desregulamentação, privatização, minimalismo estatal, controle da inflação, primazia das exportações, cortes nas despesas sociais, redução do déficit público, concentração do poder mercantil nas grandes empresas multinacionais e do poder financeiro nos grandes bancos transnacionais. As grandes inovações institucionais do consenso econômico neoliberal são as novas restrições à regulamentação estatal, os novos direitos internacionais de propriedade para investidores estrangeiros e criadores intelectuais e a subordinação dos Estados nacionais a agências multilaterais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e Organização Mundial do Comércio”* Obra citada, p 97/98

O pensamento atual esforça-se para encontrar um conceito que substitua o 'consenso de Washington', paradigma de desenvolvimento econômico que há doze anos impôs um domínio que não foi questionado. O chamado consenso apoiava-se em três grandes bases. Primeiramente, uma política macroeconômica sadia, ou seja, inflação baixa, contenção ao máximo do déficit orçamentário e contas externas equilibradas. Em segundo lugar, aconselhava-se os países que abrissem suas economias e seguissem o caminho da liberalização comercial e financeira. O terceiro elemento consistia em privatizar e desregular a economia, promovendo o papel do mercado e reduzindo o papel do Estado.

Cedo ou tarde, uma vez aprendida a lição pelas elites, o receituário passou a iluminar as ações dos governantes latino-americanos, em detrimento ao protecionismo, até então em voga. Aspectos sociais como saúde e educação foram relegados ao segundo plano, sendo que as transformações ocorridas nesta área são tidas como reflexos da liberação econômica e do mercado livre. Cortam-se despesas na parte social e arrecada-se com a venda do patrimônio público. Esta é a fórmula "de consenso".

E os efeitos da fórmula? São cinco, segundo José Affonso DALLEGRAVE NETO⁽¹⁰⁾: a globalização da economia, dos meios de comunicação e da mão-de-obra, a financeirização da economia, a perda da soberania nacional e hegemonia dos blocos regionais, a prostração das microempresas e supremacia das macroempresas e, por fim, a reestruturação produtiva.

Disso tudo, interessa-nos justamente concluir que a finalidade perseguida pela ideologia neoliberal revela a ideia da necessidade de um Estado 'mínimo', desmontado e extremamente eficiente em detrimento ao Estado "providência" conhecido pela quase totalidade dos países latino-americanos, mesmo que em sua forma rudimentar.

Sempre lembrado, o autor Perry ANDERSON vaticinou:

Economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando

⁽¹⁰⁾ *Obra citada p. 674*

sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau como qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas⁽¹¹⁾.

E, com EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JUNIOR⁽¹²⁾, pode-se afirmar que, neste contexto de crise do capital, o neoliberalismo surge como reação teórica e política ao estado intervencionista e regulador – Welfare State – e distancia-se do projeto de Estado Moderno, o que o diferencia do liberalismo clássico vivenciado no século passado.

Paradoxalmente, o maior êxito do neoliberalismo, segundo ÓSCAR CORREAS, foi ganhar adeptos entre suas vítimas⁽¹³⁾. Prega o referido autor, ao comentar o sucesso desta ideologia:

“Pero resulta que éstas, por otra parte, conservan sectores de su conciencia con los cuales critican a “los gobiernos que siempre nos han mantenido en la miseria” Pero, al mismo tiempo, también resultan votando a los herederos de esos mismos gobiernos Y, también resulta, con más frecuencia de la deseada, que los presidentes y gobernadores conservan casi intactos sus prestigios en la mayoría de la población Tanto que dan ganas de suscribir aquella gran mentira: “los pueblos tienen los gobiernos que merecen”.

Certo é que, ainda segundo o renomado jurista, um dos grandes lemas do neoliberalismo – “menos Estado e mais sociedade civil” – não é verdadeiro. Com efeito, com “menos Estado”, os neoliberais querem dizer mais liberdade para os cidadãos e com “mais sociedade civil”, maior participação da cidadania. Mas o mundo atual nos mostra que a opinião dos cidadãos comuns, notadamente dos excluídos, é cada vez menos importante.

⁽¹¹⁾ *Obra citada, p 22 23*

⁽¹²⁾ *Os caminhos da globalização alienação e emancipação Edmundo Lima de Arruda Junior Site de Associação dos Magistrados do Trabalho da 4ª Região – AMATRA II*

⁽¹³⁾ *CORREAS, Oscar El neoliberalismo en el imaginario jurídico In Derecho e neoliberalismo elementos para una lectura interdisciplinar Curitiba EDIBEJ, 1996, p 03*

4. GLOBALIZAÇÃO

Em poucas palavras, globalização pode ser conceituada como “a sujeição dos sistemas econômicos nacionais aos interesses universalizados do capital e da atividade econômica, tornados possíveis pela conjugação tecnológica da cibernética, informática e automação”⁽¹⁴⁾. Em uma frase singela, poder-se-ia conceituá-la como um processo estrutural de expansão do capitalismo em escala mundial.

A idéia de globalização pressupõe a adoção de postulados básicos da economia de mercado (concorrência, lucratividade e produtividade em escala universal) que repelem a noção da economia idealizada e centrada no poder público. O papel do Estado resume-se a tratar da sua própria sobrevivência e também a da sociedade, muito embora juristas de renome advirtam para a existência de outras responsabilidades⁽¹⁵⁾.

Não se trata de um instituto de fácil compreensão, seja quanto à sua origem, seja quanto à sua natureza. Envolve fenômenos de aglutinação e fragmentação, sem que o paradoxo signifique oposição. Ao lado da harmonia, tem-se alta tensão entre nações (questões envolvendo soberania), no próprio seio do Estado (readequação das atribuições institucionais conferidas aos Poderes) e entre as classes sociais (manifestada no eterno conflito entre capital e trabalho). Enfim, a globalização não é total: mundializa-se apenas o que interessa. em especial a economia, sem que outras áreas do conhecimento humano sejam compartilhadas por todos os países ou por todos os setores da sociedade.

⁽¹⁴⁾ PINTO, José Augusto Rodrigues *O direito do trabalho e as questões do nosso tempo* São Paulo LTr, 1998, p 26

⁽¹⁵⁾ Para Miguel REALE, por exemplo, “não é possível pensar num Estado evanescente, num Estado fraco, mas, ao contrário, é preciso respeitar a identidade de cada povo, de cada nação, não apenas pela sua língua e pelas suas tradições, mas também pela defesa e salvaguarda de seus próprios interesses. Então, o primeiro personagem que deve cuidar do alcance do equilíbrio é o Estado. Não concebido como uma soberania todo-poderosa, mas, ao contrário, como um centro de poder capaz de atuar como cooperadora e realizadora de uma aliança de caráter internacional. Diante deste pacto tecnológico, as nações devem se compor entre si.” In *A globalização da economia e o direito do trabalho*. In *Revista LTr* N° 61, n° 01 Ed LTr, São Paulo janeiro de 1997, p 11

De outra banda, também não se pode afirmar que a globalização é um fenômeno recente. Sim, o comércio mundial desenvolveu-se de forma acelerada nos últimos anos, fato inegável. Mas, antes da Primeira Guerra Mundial e *mutatis mutandis*, já se havia atingido nível semelhante de exportações.

Muito embora os partidários do materialismo-histórico defendam que tudo não passa de aparência, o termo globalização⁽¹⁶⁾ tem sido utilizado para designação de um novo ciclo de expansão do capitalismo mundial como modo de produção. A par de envolver países, culturas e grupos sociais, não significa harmonização, pois a tendência é pela inclusão de poucos e exclusão de muitos⁽¹⁷⁾.

Com base no artigo de BRUNO PODESTÀ⁽¹⁸⁾, coordenador do Centro de Formação para a Integração Regional do Mercosul, podem ser destacadas as seguintes características mais importantes do processo globalizante

⁽¹⁶⁾ Termo utilizado pelos anglo-saxões, para os franceses, trata-se de mundialização

⁽¹⁷⁾ Neste sentido, veja-se a notícia veiculada no JORNAL DO BRASIL de 16 06 99, de autoria da jornalista Flávia SEKLES e sob o título O lado negro da globalização "À porta de um novo milênio, o Banco Mundial divulgou ontem o último Relatório sobre o desenvolvimento mundial deste século deixando muito claro que na economia global - mesmo quando há crescimento econômico - haverá "ganhadores" e "perdedores", e que o Estado e entidades subnacionais têm um papel importante a exercer na criação de uma rede de serviços para os mais pobres que estão ficando para trás Enquanto alguns países tiveram taxas de crescimento suficientemente altas para diminuir o número de pobres a taxa absoluta de pobreza do mundo está aumentando, de um total de 1,2 bilhão, em 1987 para 1,5 bilhão, hoje Se as atuais tendências de crescimento econômico e de população persistirem, o número de pessoas que vive com menos de US\$ 1 por dia aumentará para 1,9 bilhão em 2015 "O fato é que nós não estamos ganhando a batalha contra a pobreza a pobreza esta aumentando", disse Stiglitz, que representa uma instituição que há 50 anos existe com a missão de combater a pobreza no mundo Segundo outro porta-voz do banco disse ontem ao JORNAL DO BRASIL, o relatório não representa um reconhecimento de fracasso por parte das políticas do banco, mas é um sinal de impaciência " (sem grifos no original)

⁽¹⁸⁾ PODESTÀ, Bruno Globalização, integração e sociedade sob a perspectiva latino-americana In "Globalização e integração regional atitudes sindicais e impactos sociais " Coordenação de Tullo VIGEVANI e Jorge LORENZETTI São Paulo LTr, 1998, p 292

e um processo expansivo que, no campo econômico, vem limitando drasticamente as opções de política do Estado,

conta com o aparecimento ou com o crescimento de grandes unidades econômicas que concentram poder cada vez maior, sendo, em grande parte, incontroláveis,

esta impulsionada sobretudo pelo comércio, apesar de vir acompanhada de mudanças tecnológicas radicais, em especial no campo da telemática,

como processo, esta acentuando a polarização social entre os países apesar de ao mesmo tempo, permitir que alguns deles, em grupo numericamente menor, dinamizem sua economia, aumentando sua riqueza

no interior dos países, a globalização tende a ser socioeconomicamente excludente.

trouxe consigo o aparecimento de uma espécie de *apartheid* tecnológico, apreciável inclusive nos países desenvolvidos, e

não é um processo tão absolutista nem incontestável quanto se pensava em 1990, quando diversos autores expuseram as primeiras teses sobre ele

Com relação ao Estado, interessante destacar sua intensa internacionalização, através de processos de integração regional e tratados de livre comércio, resultando na eliminação ou redução de tarifas, reservas de mercado e incentivos fiscais, como alternativa para acompanhar o processo globalizante

O papel que lhe fora reservado anteriormente no sentido de intervir em quase todos os setores da sociedade, seja através de ações, seja de omissões, não mais existe. Ao Estado não mais é dado intervir diretamente na economia (capitalismo de monopólio). Isto é tarefa para o "mercado". E aqui encontramos um grave problema de identificação. Afinal, quem está por trás do "mercado"? Milhões de pessoas angustiam-se quando o "mercado" esta tenso. Governantes estremeçam com o simples aceno de fuga do capital estrangeiro ditada pelo "mercado". E o retorno da "mão invisível" pregada por ADAM SMITH, do liberalismo clássico (liberdade de empresa e livre

concorrência), só que muito mais “pesada” e com outros contornos. É a impotência do Estado como ente soberano?

5. ESTADO E ECONOMIA

Fora de dúvidas que a complexidade das sociedades na atualidade é bem maior que a verificada quando da criação do Estado e da transição do feudalismo para o capitalismo (separação das esferas pública e privada, dos poderes econômico e político e das funções administrativa e política).

Por outro lado, também é certo que a incursão do Estado no plano econômico não ocorreu por acidentes de percursos históricos ou da mera vontade de líderes governamentais.

Assim como outros tantos paradigmas – democracia e justiça, por exemplo – o Estado também vivencia momento de profunda crise, acelerada pelo avanço desenfreado de certos setores da sociedade civil⁽¹⁹⁾ que acabam por ultrapassar os territórios nacionais na defesa ferrenha de seus interesses particulares.

Não bastasse, a impotência do Estado para solucionar problemas relacionados à saúde, educação, moradia, higiene, justiça, transporte, entre outros, contribuiu em muito para o seu questionamento e descrédito. Nesta linha de raciocínio, interessante destacar o pensamento de Wilson RAMOS FILHO⁽²⁰⁾:

Os três elementos com que os ideólogos capitalistas caracterizam o Estado moderno desde o século XIX, na passagem para o século XXI ficaram bastante abalados: a) estado/nação (no sentido de direção política de um povo); b) integração social (constituição de uma sociedade organizada em torno dos interesses de uma classe dirigente identificada e identificável) e c) soberania nacional (no sentido de uma identidade cultural de um povo que se autodirige, segundo regras consensualmente aceitas.

⁽¹⁹⁾ *Em especial as empresas multinacionais*

⁽²⁰⁾ RAMOS FILHO Wilson *Direito pós-moderno caos criativo e neoliberalismo* In MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et alii *Direito e neoliberalismo elementos para uma leitura interdisciplinar* Curitiba EDIBEJ, 1996, p 83

No mesmo sentido e na mesma obra donde se buscou a passagem acima transcrita, Jacinto Nelson MIRANDA COUTINHO atesta o desmonte do Estado e a desvalorização da cidadania, em artigo intitulado Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal⁽²¹⁾.

Interessantíssimo, também, o registro de DALLEGRAVE NETO⁽²²⁾, ao analisar os ciclos históricos pelos quais passou o Estado, com base na teoria social dos sistemas de LUHMANN⁽²³⁾:

Da teoria sistêmica de NIKLAS LUHMAN depreende-se que, sendo o Direito um subsistema da sociedade global, sua manifestação é sempre cíclica, através de demandas (*input*), respostas (*output*) e retroalimentação (*feedback*). Pode-se explicar as alterações do modelo de Estado sob esta perspectiva sistêmica, considerando o Liberalismo econômico propugnador do estado mínimo e abstencionista como uma resposta (*output*) ao Estado Absoluto e intervencionista que lhe antecedeu. Da mesma forma o Estado do bem-estar-social nasceu de uma reação (*output*) ao Estado liberal que, ao deixar de intervir, propiciou exploração incontida do capital sobre o trabalho. Por sua vez o Estado neoliberal é uma espécie de *feedback*, na medida em que se volta a defender o ideário do estado mínimo.

(21) *"Em primeiro lugar, é espantoso como o cenário da globalização investe maciçamente contra a estrutura de um Estado fundado na base da postura liberal. Por tal viés, o neoliberalismo demonstra desde logo sua face diferente do próprio liberalismo confirmando o acerto do prefixo neo. Na conjuntura liberal-iluminista, por definição, o Estado não se deve imiscuir na vida do cidadão a não ser nos limites do contrato, que, por um aspecto, presta-se a ele em dois sentidos: submeter-lhe enquanto cabresto mas, por outro lado, servir-lhe de base para cumprir um papel essencial à sociedade. isto é, na medida do possível exercer aquilo que a psicanálise definiu como função paterna. A racionalidade liberal despreza o homem, mas assim o faz não só porque tende a admitir despreocupadamente os excluídos, mas porque, operando um desmonte do Estado, furta-lhe a possibilidade de exercer a função paterna, apondo aí o seu próprio "eu", ou seja, o mercado. E assim o faz por uma questão à qual já me referi, qual seja, o fato de que o Estado de Direito vira Estado Providência, Social Mãe, Provedor. Há um nítido deslocamento de lugar e o que tende a restar, para o que sobrar do Estado, são atribuições menores, poucas para irrelevantemente impor o imprescindível limite. Sem ele, já referi, não há desejo"* Obra citada, p. 67/68

(22) Obra citada, p. 673

(23) Luis Sérgio Fernandes de SOUZA também se vale da teoria sistêmica para explicar o fenômeno globalizante. In *Globalização e direitos humanos em busca da racionalidade perdida*. Revista dos Tribunais, v. 757 novembro de 1998, p. 52/64

O Estado do bem-estar-social que tudo prometia e pouco cumpria é deslegitimado para legitimar um Estado neoliberal que tão pouco promete e, por isso, aparenta tudo cumprir. Assim, todos os espaços tradicionalmente públicos e sociais passam a ser ocupados por entidades privadas, dando ensejo ao chamado Terceiro Setor que, segundo o sociólogo RUBENS FERNANDES, é aquele que envolve um conjunto de organizações e iniciativas privadas que visam à produção de bens e serviços públicos.

Fica a indagação, a ser respondida em outra oportunidade, em face dos limites impostos à esta investigação: após o neoliberalismo viria o neofeudalismo?

Voltando ao tema, a doutrina diverge quanto aos fatores que contribuíram para o agravamento da crise do Estado. Há um certo consenso, contudo, quanto às seguintes causas: as decisões políticas e econômicas que cada vez mais são tomadas por redes de empresas transnacionais, não pelos Estados⁽²⁴⁾; o monopólio estatal sobre a economia rende-se à livre concorrência do mercado; a revolução tecnológica cria novas invenções para serem comercializadas em pouco espaço de tempo e em grandes escalas de mercado (até mesmo, em escala mundial), a democracia é mitigada em prol das decisões urgentes, indispensáveis para atração dos capitais voláteis; a relação entre capital e trabalho sofre brusca transformação na linha de produção: o toyotismo é adotado ao invés do fordismo (e também do taylorismo), causando desemprego em massa, considerado pelos críticos do Estado o mal deste fim de século; o capital concentra-se em gigantescos conglomerados internacionais, acentuando o abismo entre os países de Primeiro e Terceiro mundos; a integração regional une Estados para a competição mundial, o que revela que, isoladamente, não mais dão conta de

⁽²⁴⁾ Wilson RAMOS FILHO destaca, a respeito da matéria "Se o principal tipo de conflito no Estado liberal era interindividual, e se no Estado intervencionista era interclassista, com um grande protagonismo dos sindicatos e partidos operários, no quase Estado neoliberal, o principal conflito se dá (a) no campo das classes dominantes interblocos, interempresas, intercorporações, portanto, inclusive em nível supranacional, no caso dos interesses econômicos, ou (b) entre os movimentos sociais tradicionais ou novos movimentos sociais (NMS) e o Estado, fundamentalmente através do executivo, de toda maneira, através de interesses difusos ou pluri-individuais, amalgamados na sociedade civil em face do Estado" *Obra citada*, p. 93/94

suas atribuições institucionais; enfim, o direito tende a tornar-se reflexivo⁽²⁵⁾, ou seja, compete-lhe apenas organizar as regras de convivência social à luz dos postulados básicos do capitalismo⁽²⁶⁾.

Segundo José Eduardo FARIA⁽²⁷⁾, o Estado contemporâneo sofre importantes rupturas institucionais nas estruturas jurídicas e políticas herdadas do Estado liberal do século XIX e do Estado-providência do século XX. São elas:

mundialização da economia, através da internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, com rompimento das fronteiras geográficas clássicas e limitação das políticas, cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais;

desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização das obrigações, a desformalização das responsabilidades, a privatização e a desregulamentação do direito do trabalho,

internacionalização do Estado, com processos de integração formalizados pelos blocos e pelos tratados de livre comércio,

alteração da matriz da produção internacional: a produção de bens e serviços de nível tecnológico equivalentes em diferentes países toma espaço da divisão tradicional entre fornecedores de matéria-prima e fabricantes de manufaturados;

desterritorialização e reorganização do espaço de produção, com a adoção das plantas industriais flexíveis de produção (toyotismo);

⁽²⁵⁾ Neste sentido, veja-se a constatação de André-Noel ROTH, em artigo intitulado *O direito em crise fim do estado moderno?* In *Direito e globalização econômica implicações e perspectivas* Organização de José Eduardo FARIA Malheiros Editores, p 16 e 22 24

⁽²⁶⁾ André-Noel ROTH defende que, se não a principal, uma das principais causas da crise de regulação do Estado consiste no fenômeno da globalização, que causou quatro rupturas na ordem mundial 1 A capacidade estatal de garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial, 2 a mundialização da economia, 3 A internacionalização do Estado e 4 O direito internacional Obra citada, p 18 19

⁽²⁷⁾ FARIA, José Eduardo *Globalização econômica e reforma constitucional* Revista dos Tribunais, v 736 fevereiro de 1997, p 12 39

planejamento de atividades de nível tecnológico em escala mundial, por parte dos conglomerados multinacionais; e

expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza “*lex marçatoria*”, como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociações estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.

Boaventura Souza SANTOS retrata com exatidão o mar turbulento pelo qual singra a nau do Estado, ao explicar o que denomina de “Consenso do Estado fraco”⁽²⁸⁾. Explica o autor que este consenso extrapola os domínios econômico e social, deixando o Estado de ser o retrato da sociedade civil para ser o oposto desta: justamente a causa de fraqueza e da desorganização da sociedade civil. Mesmo quando democrático, o Estado é opressivo, ineficiente e predador, motivo pelo qual seu enfraquecimento constitui pré-requisito para o fortalecimento da sociedade civil.

Fácil é constatar que os instrumentos econômicos (assim como os sociais) tradicionais não dão conta dos problemas enfrentados pelo Estado contemporâneo. Mas quais seriam as alternativas? Nas palavras de André-Noël ROTH: “que papel outorgar ao Estado?”.

Responde-lhe Vital MOREIRA⁽²⁹⁾ com os seguintes argumentos defendidos pelos adeptos da filosofia neoliberal:

“Nesta diferença em relação aos clássicos, o neoliberalismo não faz mais do que considerar a realidade económica contemporânea. Dessa realidade, o neoliberalismo vai tirar as seguintes conseqüências: se há que manter os princípios da concorrência, é à ordem jurídica (:ao estado) que cabe criar as condições dela, manter em funcionamento o mecanismo do mercado, extirpar os factores que os perturbam. Deve o estado velar por que a economia siga os seus trâmites correctos evitando as suas distorções e as factores que as provocam, isto é, criando “uma ordem jurídica que possibilite a concorrência e a proteja de graves falseamentos”. E uma vez que o principal desses factores de destruição da concorrência é o desenvolvimento de situações monopolistas ou a realização de acordos (truste, cartel, sindicato, etc.) tendentes a eliminá-la, uma das principais missões da ordem jurídica e do estado, ao serviço da

⁽²⁸⁾ *Obra citada, p. 98.*

⁽²⁹⁾ *Obra citada, p. 106 107.*

“ordem de concorrência”, é impedir essas situações, dissolvendo os monopólios e tornando nulos aqueles acordos.”

Prossegue o autor português, asseverando que “o estado continua (:deve continuar) a ser apenas um guarda. Um guarda que, ao contrário do estado liberal, tem muito que fazer; mas ter ou não muito que fazer não depende dele, mas de quem tem que guardar. O estado não pode substituir-se à economia, substituindo sua dinâmica interna por uma imposta de fora”.

Entendemos que o jurista lusitano está coberto de razão. Inegável que a economia não consegue se equilibrar sozinha e bastariam alguns reparos no seu curso para atingir o reequilíbrio. Isto funcionou num primeiro estágio de desenvolvimento entre as relações Estado liberal – economia. Contudo, não se tem, na atualidade, a concorrência que havia naqueles tempos⁽³⁰⁾, e se o neoliberalismo tratou de conferir mais tempo de sobrevida ao capitalismo em colapso, não o fez mantendo os mesmos princípios do liberalismo, notadamente no que diz respeito ao princípio da livre concorrência.

Vale dizer o mesmo quanto ao Estado social, quando lhe foi atribuída a responsabilidade pela distribuição da justiça social, momento a partir do qual passou a intervir diretamente na seara econômica⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ *Pequenas unidades econômicas não tinham influência do mercado, ao contrário do que se constata hodiernamente, quando grandes centros econômicos têm ciência da estratégia e da dependência de outros parceiros do cenário econômico mundial*

⁽³¹⁾ *A respeito veja-se o que assinalou HABERMAS desde o último quarto do século XIX assiste-se a duas evoluções tendenciais nos países mais avançados do capitalismo 1) um aumento da atividade intervencionista do Estado que deve garantir a estabilidade do sistema e 2) uma interdependência crescente entre a pesquisa e a técnica que faz com que as ciências representem agora a força produtiva mais importante. Essas duas tendências destroem o tipo de relações mantidas pelo quadro institucional e os subsistemas de atividade racional em relação a um fim, um tipo que – até aquele momento – constituía a originalidade do capitalismo liberal” A intervenção cada vez mais insistente do Estado no domínio econômico “emergiu de uma reação de defesa contra um certo número de disfunções, perigosas para o sistema, que ameaçavam o capitalismo entregue a si mesmo, reação cujo desenvolvimento chocava-se evidentemente com a idéia (própria do capitalismo) de uma sociedade burguesa que se emancipava da dominação e neutralizava as relações de poder” CHÂTELET, François e PISIER-KOUCHNER, Évelyne In *As concepções**

Efetivamente, o Estado social não demonstrou auto-suficiência econômica desejável, ao contrário, assegurou sua própria sobrevivência, sem garantir igualdade e liberdade aos cidadãos comuns que cobram do Estado um posicionamento mais enérgico

6. CONCLUSÃO

O Estado contemporâneo não mais consegue regular a sociedade civil através dos instrumentos jurídicos tradicionais, pois foram reduzidos seus poderes de direção, controle e intervenção. Também sua soberania foi mitigada em face da existência de verdadeiros grupos econômicos transnacionais, que passam a influenciar diretamente nas decisões políticas que devem ser tomadas, além de interferir escandalosamente no processo legislativo das nações.

No que pertine a economia, parece-nos impossível dissociá-la da figura do Estado. Este faz parte daquele e aquela deste, de modo que não se pode separá-los em compartimentos estanques. E mais, um precisa do outro e vice-versa, razão pela qual devem ser admitidas intervenções da economia no Estado e deste naquela⁽³²⁾.

Seguramente, as atribuições institucionais a serem desempenhadas pelo Estado dependem da situação econômica por ele vivida, além de outros elementos, evidentemente. Do mesmo modo, a economia submete-se ao desempenho conjuntural de determinado Estado para seu pleno desenvolvimento. Mesmo no tempo do liberalismo clássico e nitida a interdependência do Estado e da economia.

O problema verificado na atualidade é justamente determinar qual o grau de interferência que deve ser admitido em ambos os domínios. Imensas são as dificuldades para que uma sociedade realmente plural se manifeste no contexto de uma sociedade de mercado em escala mundial. Certo

políticas do século XX. História do pensamento político. Zahar Editores. Rio de Janeiro p. 342

⁽³²⁾ *Pertinente a advertência de Pierre ROSAVI ALLON no sentido de que "O Estado moderno não pode existir em uma palavra sem economia e sociedade de mercado isto e sem afirmação do indivíduo como categoria econômica central. In A crise do Estado-providência. Goiânia Editoras UnB e UFG, 1997, p. 15"*

é que não se trata mais de defender a atividade subsidiária do Estado, como bem elucidou Vital MOREIRA⁽³³⁾

Pode-se constatar, sem medo de errar, que a ciência econômica é uma das áreas do conhecimento que tem se distanciado a passos largos das demais, em especial, do direito.

Assim sendo, se a economia mudou, se o Estado mudou, também deve fazê-lo o direito, mas com muita cautela, para não servir de instrumento de legitimação do discurso neoliberal e de mera operacionalidade da globalização pretendida por alguns poucos. Neste sentido, pontifica Arion Sayão ROMITA⁽³⁴⁾:

Portanto, o Estado-providência não é mais o mesmo. O direito do novo Estado-providência também não pode ser mais o mesmo. 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 ensinar a esses atores sociais a auto-regulação de seus interesses e a criação de meios de composição de suas controvérsias.

É bem verdade que outras soluções são ofertadas pela doutrina, como as de Boaventura de Souza SANTOS⁽³⁵⁾. Edmundo Lima de ARRUDA

⁽³³⁾ “Ora, quando se considere que hoje a participação do estado não é exceção, antes a condição permanente do equilíbrio e desenvolvimento econômico, que o papel do estado não é passivo, antes sobre ele impendem tarefas de transformação econômica e social, quando se reconheça que agora as corporações e os grupos sociais estão também em condições de atentar contra a liberdade do indivíduo, que perante eles está muito menos protegido do que contra o Estado -, se isso é assim, o princípio da subsidiariedade parece ter perdido definitivamente as condições de sua existência” *Obra citada*, p 224/225

⁽³⁴⁾ ROMITA, Arion Sayão *Globalização da economia e direito do trabalho* São Paulo LTr, 1997, p 40

⁽³⁵⁾ *O Estado como novíssimo movimento social*

JUNIOR⁽³⁶⁾ e Tarso GENRO⁽³⁷⁾. Aliás, parece-nos prudente transcrever no corpo deste trabalho a constatação do último autor a respeito do tema:

Mas parece que podemos ir adiante, pois o Estado, tal qual foi constituído pelos modernos, nunca dispôs de mecanismos institucionais para “igualar os desiguais” nem para compensar os “fatores reais de poder”, que constroem as suas instituições formalmente neutras, através das quais inclusive as suas normas “neutras” operam. Hoje, estas instituições do Estado, vencidas por um mundo pautado pela 3ª revolução científico-tecnológica e pela globalização econômica, são objetivamente paralisantes: paralisam o movimento de defesa dos “de baixo”, ou seja, da cidadania que precisa de um Estado forte e ágil, para proteger-se dos superpoderes reais do capital monopolista, que avança a sua regulação em todas as direções; e paralisam também - contraditoriamente - outro movimento, o de avanço dos “de cima” (ou seja, deste mesmo grande capital) que diz precisar menos instituições (públicas) e menos “direitos” (públicos), para impor crescentemente seus regramentos privados

⁽³⁶⁾ “O processo de globalização neoliberal, ao investir contra a ordem democrática, atentando contra o estado de direito constitucional, e ao implementar um modelo de organização política altamente concentradora de renda, acirra a luta de classes. Mas esse processo não tem sido realizado como planejado (mercado ideal como mercado real) para o caso brasileiro. Assim, ao dissolver as bases do Estado-Nação e atirar pós-modernamente à descrença na cidadania, e a não promover a inclusão da maioria da população no contrato de modernização capitalista, acaba por cavar a sua própria sepultura a médio prazo. Dai resultar como mais interessante, ainda que não modelar, a outra possibilidade de modernização capitalista já em curso, como veremos” In *Os caminhos da globalização: alienação e emancipação*. Site da Associação dos Magistrados Trabalhistas da 4ª Região – AMATRA IV.

⁽³⁷⁾ “Ao pensar o Direito e a sua filosofia na ordem ‘globalitária’ “moderna e excludente”, como bem diz Arruda Jr com quem compartilho a sedução de unir Marx a Bobbio - devemos pensar na democratização radical do Estado, única forma de retirá-lo da submissão e da cogência da ‘externalidade’ do capital volátil. Vosso projeto deve ser submeter o Estado à sociedade, através de formas diretas de participação voluntária combinadas com a representação política tradicional. Desenhar outras novas formas institucionais, para um Estado que substancialmente não muda há 200 anos, é a suprema tarefa do jurista, democrático e humanista, nos dias trágicos que o neoliberalismo nos impõe, até agora impunemente” In *Reflexão Preliminar sobre a Influência do Neoliberalismo no Direito*. Site da Associação dos Magistrados Trabalhistas da 4ª Região – AMATRA IV.

Isso ocorre seguramente porque ha dois seculos que não criamos nenhuma instituição democratica As instituições fundamentais do Estado são praticamente as mesmas de duzentos anos atras Enquanto isso, as transformações que se operaram na tecnica, na ciência e na propria economia mundial, construíram um mundo cujas bases materiais se voltam, tanto contra os valores da modernidade e tornando cada vez mais inocuas as tradicionais instituições do Estado, como se voltam contra a realização pratica dos direitos fundamentais, cada vez mais distantes da cotidianidade do homem comum (grifos no original)

As racionalidades formal e material indicam a retomada do Estado social para impedir os efeitos deleterios da globalização da economia e a crise institucional presenciada na atualidade O problema e que o Estado esta cada vez mais fraco, seja por não intervir seja por não controlar segmentos da sociedade que passam a criar normas ao largo do proprio Estado

O capitalismo valeu-se e tem-se valido do direito para garantir sua sobrevivência Por mais que existam pontos contraditorios na ordem juridica formal (direito de greve, por exemplo), não se pode negar que esta constitui a pedra de toque do sistema capitalista, conclusão evidenciada pela constatação de que o direito funda-se na premissa da propriedade privada dos meios de produção como elemento configurador de varios institutos

Se assim e se e verdade que os defensores do neoliberalismo e da globalização como tabua de salvação da sociedade civil contemporânea pressupõem que o Estado possui a maioria dos instrumentos necessarios ao direcionamento da economia no sentido desejado, por certo deve ele conscientizar-se de seu poderio e, na medida do possivel, empregar o direito para tentar equilibrar o fiel da balança, seja para recuperar o espaço perdido, seja para não se resumir ao papel de mero coadjuvante no processo de desenvolvimento da humanidade, assim considerada nos sentidos estrito e amplo

7. BIBLIOGRAFIA PESQUISADA

ANDERSON, Perry Balanço do neoliberalismo In Pos-neoliberalismo as politicas sociais e o estado democratico Organizadores EMIR SADER e PABLO GENTILI Rio de Janeiro Ed Paz e Terra, 1995

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. Os caminhos da globalização: alienação e emancipação. Site da Associação dos Magistrados Trabalhistas da 4ª Região – AMATRA IV.

CHÂTELET, François e PISIER-KOUCHNER, Évelyne. As concepções políticas do século XX: História do pensamento político. Zahar Editores: Rio de Janeiro.

CORREAS, Oscar. El neoliberalismo en el imaginario juridico. In Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Transformações das relações de trabalho à luz do Neoliberalismo. Curitiba: Ed. Genesis, n. 83, novembro de 1999.

FARIA, José Eduardo. In Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas. Malheiros Editores.

FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. Revista dos Tribunais, v. 736. Ed. RT: São Paulo, fevereiro de 1997.

GENRO, Tarso. Reflexão Preliminar sobre s Influência do Neoliberalismo no Direito. Site da Associação dos Magistrados Trabalhistas da 4ª Região – AMATRA IV.

MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et alli. Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Direito e neoliberalismo no Brasil, hoje. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 8, n. 100, outubro de 1997.

MOREIRA, Vital. A ordem econômica do capitalismo. 3ª ed. Coimbra: Centelha, 1973.

OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia. Petrópolis. Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global. RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999.

PINTO, José Augusto Rodrigues, Direito do trabalho – globalização e flexibilização. LTr. Suplemento Trabalhista nº 185/98, São Paulo, 1998, p. 887.

PINTO, José Augusto Rodrigues. O direito do trabalho e as questões do nosso tempo. São Paulo: LTr., 1998.

PODESTÀ, Bruno. Globalização, integração e sociedade sob a perspectiva latino-americana. In "Globalização e integração regional: atitudes sindicais e impactos sociais." Coordenação de Tullo VIGEVANI e Jorge LORENZETTI. São Paulo: LTr., 1998.

REALE, Miguel. A globalização da economia e o direito do trabalho. Revista LTr. N° 61, nº 01. Ed. LTr., São Paulo: janeiro de 1997.

RICÚPERO, Rubens. Para além do consenso de Washington, Gazeta Mercantil, São Paulo, 13.08.99.

ROMITA, Arion Sayão. Globalização da economia e direito do trabalho. São Paulo: LTr., 1997.

ROSANVALLON, Pierre. A crise do Estado-providência. Goiânia: Editoras UnB e UFG, 1997.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo. Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático.. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1995.

SEKLES, Flávia. O lado negro da globalização. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 16.06.99.

SOUZA, Luis Sérgio Fernandes de. Globalização e direitos humanos: em busca da racionalidade perdida. Revista dos Tribunais, v. 757. Ed. RT: São Paulo, novembro de 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo, A globalização da economia e o direito do trabalho. Revista LTr. 61, nº 01. São Paulo: Ed. LTR, Janeiro de 1997.

Acidentes do Trabalho e Estabilidade Provisória

James Josef Szpatowski^()*

O acidente do trabalho é um dos institutos que merece grande destaque na seara jurídica, pois tem implicações nas áreas cível, trabalhista, previdenciária e penal.

Tamanha sua relevância, que o legislador cuidou de inseri-lo na Constituição Federal no capítulo destinado aos direitos sociais, em específico no artigo 7º, XXVIII⁽¹⁾

O objetivo desta análise, contudo, se restringirá às conseqüências sobre o contrato de emprego, este entendido como aquele travado entre empregados e empregadores.

Breve histórico

A relação de trabalho sofreu profundas modificações em nossa evolução social

Inicialmente, a mão-de-obra indígena foi explorada, mas como a formação dos índios era de sedentarismo e espírito nômade, o novo ritmo não foi assimilado, de modo que freqüentemente as doenças os acometiam e, por conseqüência, não mais eram interessantes aos tomadores dos serviços. Surgiu então a escravatura, da qual se aproveitava o trabalho sem custo. Após a independência do Brasil, a imigração européia teve seu momento histórico, quando passou a ser incentivada e desenvolvida a agricultura em nosso país. Por fim, a industrialização foi iniciada e alcançou grande papel na economia brasileira.

^(*) *James Josef Szpatowski, Juiz do Trabalho Substituto na Nona Região*

⁽¹⁾ *Art 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social*

...

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa

Nesta evolução, a legislação relativa aos acidentes do trabalho, da mesma forma teve seu amadurecimento tendo como marco histórico o projeto de lei número 169 de autoria do Deputado Medeiros e Albuquerque. Vários outros projetos foram apresentados, alguns discutidos, outros não, culminando na edição da primeira lei que tratou da infortunística, a Lei 3 724 de 15 de janeiro de 1919.

A partir de então várias questões sofreram modificações, em especial a relativa a responsabilidade indenizatória, ora impondo ao tomador dos serviços a contratação de seguro junto a instituição oficial, ora a instituição privada.

Destaca-se que a obrigatoriedade da contratação de seguro decorrente do acidente do trabalho foi tratada constitucionalmente pela primeira vez na Carta Maior de 1946, em seu artigo 157. A CF/88 tratou da questão no artigo 7º, XXVIII.

Atualmente vigora a Lei 8 213/91, que, em seu capítulo II, trata da questão infortunística. Em virtude das inúmeras alterações legislativas houve-se por bem editar regulamentos da previdência social. O último adveio com a edição do decreto 3 048 de 06 de maio de 1999, republicado no dia seguinte. O decreto regulamenta as Leis 8 212 e 8 213 ambas de 1991.

Conceito e Classificação doutrinária do acidente do trabalho

O conceito de acidente do trabalho vem estampado nos artigos 19 e 20 da Lei 8 213/91⁽²⁾. A lei anterior, qual seja, a 6 367/76 já

(2) Art 19 - Acidente do Trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VIII do artigo 11 desta Lei provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho

*Art 20 - Consideram-se acidente do trabalho nos termos do artigo anterior as seguintes entidades morbosas:
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 do Trabalho e da Previdência Social*

trazia conceito semelhante em seu artigo 2º, de modo que não houve alteração estrutural nesta questão.

Em linhas gerais, os requisitos para a caracterização do acidente do trabalho são os seguintes. nexos de causalidade, isto é, que a enfermidade ou a lesão decorra do exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados indicados no inciso VII do artigo 11⁽³⁾ da Lei uniforme, lesão corporal ou perturbação funcional que implique a morte do segurado, perda ou redução da capacidade laborativa, e que a incapacidade seja temporária ou definitiva

Classificam-se em dois gêneros, quais sejam, acidente do trabalho tipo e doenças ocupacionais, estas divididas em duas espécies, a doença do trabalho e a doença profissional.

O acidente do trabalho tipo ou macrotrauma é aquele que tem o nexos de causalidade imediato, ou seja, decorre de um evento único, instantâneo e imprevisto.

As doenças do trabalho ou mesopatias, são aquelas decorrentes de riscos indiretos. São as condições excepcionais ou especiais do trabalho que determinam a quebra da resistência orgânica com a conseqüente eclosão ou a exacerbação do quadro mórbido e até mesmo o seu agravamento⁽⁴⁾.

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 diretamente, constante da relação mencionada do inciso I

(3) Art 11 - São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas

I - como empregado

VII - como segurado especial o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo

(4) Oliveira, José de Acidentes do Trabalho - Teoria, Prática e Jurisprudência 1997

Já as doenças profissionais ou tecnopatias são aquelas que acometem determinadas categorias em razão das atividades diretas desenvolvidas, ou seja, têm no trabalho sua causa única, porém não imediata. Exemplos típicos são a silicose, a tenossinovite e a tendinite. A doença profissional tem o nexó de causalidade presumido em lei, enquanto a doença do trabalho necessita de comprovação do nexó causal, que pode ser pelo meio pericial, testemunhal, documental e até indiciária.

Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 20 da Lei uniforme, não se consideram como doença do trabalho a doença degenerativa, a inerente a grupo etário, a que não produza incapacidade laborativa e a doença endêmica, salvo se comprovado que seja resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Quanto à relação apresentada no anexo mencionado no artigo 20, cabe elucidar que o rol não é taxativo, mas apenas exemplificativo, como praticamente já se pacificou a jurisprudência, bastando que seja comprovado o nexó de causalidade.

Ademais, neste sentido é o parágrafo 2º do artigo 20 da Lei.

Assim, em razão do teor dos parágrafos do artigo 20, defendemos que a prova pericial é a que melhor evidenciará as condições patológicas do indivíduo em relação às doenças ocupacionais.

Ainda, há os acidentes por equiparação, como exemplos o ato de agressão, imprudência, negligência ou imperícia de terceiro ou colega de trabalho no local e horário de trabalho, o acidente “in itinere” e aquele ocorrido no horário destinado ao descanso e refeição.

Os acidentes “in itinere”, em razão da frequência maior que acontecem, merecem algumas considerações. Será caracterizado quando ocorrido 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 acidentado. A jurisprudência perfilha do raciocínio de que se o acidentado alterar por espontânea própria o trajeto ou percurso, não se configurará o acidente “in itinere”.

Estabilidade provisória - art. 118 da Lei 8.213/91:

Configurado o acidente do trabalho, varias serão as consequências que emergirão

Dentre elas, estara a relacionada ao contrato de emprego, pois o artigo 118⁽⁵⁾ da lei uniforme estabelece que sera garantida uma estabilidade provisoria de no minimo doze meses

A analise da referida norma legal evidencia os elementos necessarios a configuração da estabilidade, quais sejam, acidente do trabalho, qualidade de segurado e cessação do auxilio doença acidentario

Do acidente ja tratamos anteriormente

São segurados habilitados a percepção dos beneficios em comento o empregado, rural ou urbano, exceto o empregado domestico, o trabalhador avulso, o segurado especial e o medico residente

O empregado domestico foi excluido em razão de que o paragrafo unico do artigo 7º da CF/88 não garantiu a esta categoria a aplicação do inciso XXVIII que se refere ao seguro contra acidente do trabalho, este a cargo da instituição oficial (INSS) Sustenta-se que o paragrafo unico do artigo 7º da CF/88 garante ao domestico, porem integração a previdência social de modo que se aplicaria o artigo 201 I da CF/88, cujo teor aponta a cobertura dos eventos de doença invalidez morte - incluidos os resultantes de acidentes do trabalho -, velhice e reclusão Deve-se observar, contudo, que a seguridade social, gênero da qual a previdência social e a especie, sera organizada pelo Poder Publico, nos termos da lei, como preceitua o artigo 194, paragrafo unico da CF/88 Como a lei não garantiu expressamente esse direito, seja pela interpretação restritiva do paragrafo unico do artigo 7º ou do artigo 194, ambos da CF/88, o domestico quedou excluido do amparo infortunistico

A filiação e inscrição do segurado e que vão gerar os direitos e obrigações junto ao INSS, inclusive em relação ao recebimento do beneficio de auxilio doença Assim, os segurados deverão ser inscritos no regime geral

⁽⁵⁾ Art 118 - O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida pelo prazo minimo de doze meses a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa apos a cessação do auxilio doença acidentario independentemente da percepção de auxilio-acidente

da previdência social (RGPS) Os empregados, diretamente na empresa e através do preenchimento dos documentos que os habilitem ao exercício da atividade e os avulsos no sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra através do cadastramento e registro nestas instituições Os demais segurados serão inscritos diretamente no INSS

O ultimo elemento e a cessação do auxilio-doença acidentario

Contudo, antes de analisar a cessação, necessario e abordar o inicio do beneficio

Enquanto o auxilio doença previdenciario depende da carência de doze meses que e o periodo minimo de contribuições mensais, o auxilio doença acidentario independe de carencia

Isto posto, de se considerar que havendo a qualidade de segurado, independentemente do tempo de contribuição, ocorrendo o acidente do trabalho, o empregado estara apto ao recebimento do beneficio acidentario

Entretanto, houvera, ainda a necessidade de afastamento do trabalho por um periodo superior a quinze dias consecutivos, nos termos do artigo 59⁽⁶⁾ da Lei uniforme

Aos empregados o beneficio acidentario sera devido a partir do 16º dia do afastamento, enquanto para os demais segurados a partir do dia da incapacidade

Cumpridos esses requisitos sera concedido ao acidentado o beneficio do auxilio doença acidentario, que somente cessara nas seguintes hipoteses a recuperação e consequente alta medica, encerramento da reabilitação profissional, a recusa ou abandono do tratamento, aposentadoria, ou morte

De se destacar, tambem, que o auxilio-doença acidentario não se confunde com o auxilio-acidente, pois este apenas sera deferido quando do

⁽⁶⁾ Art 59 - O auxilio-doença sera devido ao segurado que havendo cumprido quando for o caso o periodo de carencia exigido nesta Lei ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos

infortúnio restarem seqüelas que, após a consolidação das lesões ou das enfermidades, impliquem na redução definitiva da capacidade laborativa.

Da data da cessação do benefício passará a ser contada a estabilidade provisória de no mínimo doze meses.

Por outro lado, questão que se levanta é a inconstitucionalidade, ou não, do artigo 118 da Lei 8.213/91.

Defende-se que em virtude do inciso I⁽⁷⁾ do artigo 7º da CF/88 exigir lei complementar para a criação de garantia de emprego, o artigo 118 seria inconstitucional.

Porém, a jurisprudência trilha o raciocínio de que apenas nos casos em que a garantia de emprego seja instituída em âmbito geral é que necessária se faz a lei complementar. Tanto assim, que a SDI do C. TST editou a orientação número 105⁽⁸⁾, que faz menção ao julgamento da liminar da ADIn nº 639-DF, que restou indeferida unanimemente pelo Pleno do STF, ao efeito de afastar a apontada inconstitucionalidade.

Ainda, podem ocorrer situações em que os requisitos objetivos acima enumerados não são preenchidos integralmente em virtude de alguma omissão.

Os casos que chegam ao conhecimento do judiciário trabalhista, em sua grande maioria, têm essa característica, seja pela ausência de afastamento superior a quinze dias, falta de emissão de CAT, falta de registro em CTPS ou do próprio reconhecimento da existência do acidente do trabalho.

Várias são as situações que envolvem as demandas trabalhistas.

A que gera maiores discussões são as decorrentes de doenças ocupacionais, pois como não tem o nexos causal imediato como o acidente do

⁽⁷⁾ Art 7º -

l - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos

⁽⁸⁾ 105 - Estabilidade provisória Acidente do Trabalho É constitucional o art 118 da Lei 8.213/91

trabalho tipo, sua caracterização e reconhecimento se tornam mais difíceis. Não em razão da dificuldade de análise do próprio nexa causal, mas pela ausência de afastamento superior a quinze dias consecutivos.

Comum acontecer do funcionário estar acometido de alguma doença profissional ou do trabalho, como DORT⁽⁹⁾, por exemplo, e ao invés de se afastar completamente dos serviços, continuar trabalhando e fazer fisioterapia em outros horários, pois é comum o empregado não querer sofrer a pecha de adoentado ou adjetivo que o valha.

Ao nosso ver, nesses casos, desnecessário será o requisito objetivo de afastamento superior a quinze dias consecutivos. Isto porque o artigo 118 da Lei deve ser interpretado em consonância com o fato de que o legislador fixou o limite temporal apenas para diferenciar acidentes mais e menos graves, garantindo apenas a estes a estabilidade provisória.

As doenças ocupacionais, por terem o nexa causal continuado, podem e geram seqüelas muito graves em relação à capacidade laborativa do empregado, com sintomas insuportáveis já em seu estágio final, quando então aí sim o trabalhador necessariamente se afastaria dos serviços, talvez já com seqüelas definitivas e irreversíveis.

Neste passo, aplica-se o artigo 23⁽¹⁰⁾ da Lei uniforme que considera como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa ou dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro. Ao invés de observar afastamento superior a quinze dias, deve-se observar o tempo que o empregado levaria para se recuperar do infortúnio, normalmente revelado por atestado médico da época, número de dias de fisioterapia ou perícia técnica para aferir a extensão do comprometimento

Cabe aqui ressaltar a importância dos exames admissionais, periódicos e demissionais, que por sinal são obrigatórios, pois o artigo 59 da

⁽⁹⁾ *Doença Ocupacional/Osteomuscular Relativa ao Trabalho*

⁽¹⁰⁾ *Art 23 - Considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro*

Lei, em seu parágrafo único⁽¹¹⁾, aponta que não será devido o auxílio-doença ao segurado já portador da lesão invocada, salvo por motivo de agravamento ou progressão da doença ou lesão.

Importante essa consideração, não apenas para fins de estabilidade provisória, mas, também, em decorrência das demais conseqüências jurídicas emergentes do infortúnio, em especial a responsabilidade penal e civil, até por que a empresa é responsável pela adoção de medidas preventivas e protetivas (art. 19, parágrafo 1º⁽¹²⁾). A omissão pode gerar ao empregador, caso não consiga se desincumbir do ônus da prova, a obrigação de indenizar os danos decorrentes de uma lesão eventualmente adquirida em outra relação laboral.

Outra questão que merece relevo é a decorrente da ausência de registro em CTPS do trabalhador empregado e, por conseqüência, a ausência de inscrição e filiação no RGPS.

O trabalhador empregado é segurado obrigatório da Previdência Social, como define o artigo 11 da Lei 8.213/91. Desta feita, a omissão do empregador em efetivar o devido registro em CTPS não afasta o direito do obreiro. Ao contrário, a omissão enseja a obrigação de reparar os danos daí decorrentes (art. 159 do CC).

Mas, para a Previdência Social tomar conhecimento do infortúnio, é necessária a expedição da comunicação do acidente do trabalho (CAT).

O artigo 22⁽¹³⁾ da Lei impõe à empresa o dever de fazer a comunicação até o primeiro dia útil ao da ocorrência, exceto em caso de

⁽¹¹⁾ Art 59 -...

Parágrafo único Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral da Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão

⁽¹²⁾ Art 19-

Parágrafo primeiro A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador

⁽¹³⁾ Art 22 - *A empresa deverá comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o 1º (primeiro) dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de*

morte, quando a comunicação deve ser imediata, sob pena de aplicação de multa. Da comunicação receberá cópia o acidentado ou dependente, bem como o sindicato da categoria. O parágrafo segundo do artigo 22⁽¹⁴⁾, nos casos de omissão da empresa, faculta a comunicação ao próprio acidentado, à entidade sindical, ao médico que assistiu ou qualquer autoridade pública.

Entretanto, o parágrafo 3º do mesmo artigo⁽¹⁵⁾ é taxativo ao definir que a faculdade mencionada anteriormente não exige a empresa da responsabilidade pela falta da comunicação.

Assim, a falta de registro em CTPS ou ausência de comunicação do acidente do trabalho (CAT) não elidem a responsabilidade indenizatória infortunistica, certo que são deveres da empresa, cuja omissão importa no dever de reparar.

Destaque merece ainda a medida provisória 1.729⁽¹⁶⁾ de 02 de dezembro de 1998, publicada no DOU de 23.12.1998, pois alterou o artigo 118 da Lei, ao efeito de vincular a estabilidade à consolidação das lesões e, também, à existência de seqüelas que impliquem a redução da capacidade laborativa.

Deflui-se da alteração legislativa que, além dos requisitos anteriormente analisados, há mais dois elementos, quais sejam, a consolidação

mediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário-de-contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social

⁽¹⁴⁾..

Parágrafo Segundo Na falta de comunicação por parte da empresa, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, não prevalecendo nestes casos o prazo previsto neste artigo

⁽¹⁵⁾

Parágrafo Terceiro A comunicação a que se refere o parágrafo segundo não exige a empresa de responsabilidade pela falta do cumprimento do disposto neste artigo

⁽¹⁶⁾ Art 118 - O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, desde que, após a consolidação das lesões, resulte seqüela que implique redução da capacidade para o trabalho que exercia habitualmente

das lesões e que após esta reste sequela que reduza a capacidade para o exercício da atividade habitualmente exercida

Consolidação quer dizer que não haja possibilidade de retrocesso ou agravamento na extensão das lesões e sequelas os danos residuais e irreversíveis das lesões já consolidadas

Maiores considerações, entretanto, são despidiendas, pois a medida provisória, ao nosso ver, encontra-se eivada pela tradicional inconstitucionalidade formal, posto que não decorre de motivo de urgência

Salvo legislação posterior que desconhecemos a existência, a medida provisória não foi reeditada ou convertida em lei, pelo que teve vigência restrita no período fixado legalmente

Por oportuno e derradeiro, convem salientar que a análise do acidente do trabalho, no juízo trabalhista, e feita de forma incidental, isto é, sem o amparo da coisa julgada material. A questão relativa a estabilidade provisória, sim, fara coisa julgada material, mas o acidente em si podera ser rediscutido em outras esferas, muitas vezes sob a egide de outros principios, ai sim sob o amparo da coisa julgada material

Bibliografia

Oliveira, Jose de Acidentes do trabalho teoria, pratica e jurisprudência 1997,

Coimbra, J R Feijo Direito previdenciario brasileiro 1999

Salem Neto, Jose Acidentes do trabalho na teoria e na pratica 1998

Tortorello, Jayme Aparecido Acidentes do trabalho teoria e pratica 1996

Monteiro, Antonio Lopes Acidente do trabalho e doença ocupacional conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas/Antonio Lopes Monteiro, Roberto Fleury de Souza Bertagni 1998

Considerações Gerais Sobre o Trabalho do Vendedor-Viajante e Pracista

Alice Monteiro de Barros^()*

Sumário

1. Relação de emprego 2. Remuneração dos Vendedores-viajantes e pracistas. 2.1. Nascimento do direito às comissões. 2.2. Inexecução do negócio por vontade do cliente ou do empregador. 2.3. Comissões - Vendas através de licitação 2.4. Comissões e exclusividade de zona - Comissões e cessação da relação de emprego 2.5. Vendas à prestação - Insolvência do cliente. 2.6. Cláusula *star del credere* 2.7. Lastro ou fiança 2.8. Comissões - Natureza jurídica. Repercussão na remuneração para os efeitos legais 2.9. Pagamento das comissões 2.10. Acumulação de funções 3. Alteração contratual 4. Intervalo. 5. Vendedor viajante e pracista - Serviço Externo - Hora extra. 6. Enquadramento. 7. Cláusula de não-concorrência. 8. Competência da Justiça do Trabalho para dirimir as controvérsias entre vendedor viajante e empregador.

1. RELAÇÃO DE EMPREGO

A contraposição trabalho subordinado e trabalho autônomo exauriu sua função histórica e os atuais fenômenos de transformação dos processos produtivos e das modalidades de atividade humana reclamam também do Direito do Trabalho uma resposta à evolução desta nova realidade. A doutrina mais atenta já sugere uma nova tipologia (trabalho coordenado ou trabalho parasubordinado) com tutela adequada, mas inferior àquela instituída para o trabalho subordinado e superior àquela prevista para o trabalho autônomo. Enquanto continuam as discussões sobre esse terceiro gênero, a dicotomia codicista trabalho subordinado e trabalho autônomo ainda persiste no nosso ordenamento jurídico, levando a jurisprudência a se apegar a critérios práticos para definir a relação concreta.

^(*)Doutora em Direito pela UFMG, Juíza Togada do TRT 3ª Região, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG, Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto de Direito Social Cesarino Júnior

No campo da ciência jurídica, ao lado de casos típicos, em relação aos quais não há dúvida sobre o enquadramento, existem figuras intermediárias que se situam nas chamadas “zonas grises”, cuja tipificação apresenta-se difícil, ensejando certa complexidade. Esse fato ocorre, muitas vezes, quando se torna necessário realizar o enquadramento do vendedor como trabalhador subordinado regido pelo Direito do Trabalho ou como representante comercial autônomo.

Não há no Direito do Trabalho Brasileiro lei que defina o vendedor- empregado e o representante comercial⁽¹⁾. A subordinação jurídica é reconhecida, universalmente, como elemento descritivo da relação de emprego, apresentando-se como traço que distingue o empregado-viajante ou praticista do representante comercial autônomo, cujas funções são análogas às do primeiro. O conteúdo da subordinação varia de intensidade, segundo a natureza da prestação de serviços e fins da empresa. E, em se tratando de distinguir esses dois trabalhadores, nem sempre é fácil a missão. Isto porque a Lei 4.886/67 (com as alterações advindas da Lei 8.420/92), que disciplina o trabalho do representante comercial autônomo, dificulta ainda mais esse enquadramento, quando estabelece, para o representante comercial, além do serviço de natureza não eventual (art. 1º), certos elementos, a que os tribunais se apegavam para caracterizar a subordinação jurídica, entre os quais: a fixação e restrição de zona de trabalho, a proibição de autorizar descontos, a obrigação de fornecer informações detalhadas sobre o andamento do negócio e a observância às instruções do representado (art. 27, 28 e 29). Assim, restam como critérios favoráveis à subordinação, a obrigatoriedade de comparecimento à empresa em determinado lapso de tempo, a obediência a métodos de venda, rota de viagem, cota mínima de produção, ausência de apreciável margem de escolha dos clientes e de organização própria, como também risco a cargo do dador de trabalho

A doutrina oferece alguns critérios que poderão auxiliar o intérprete na aferição da subordinação jurídica. Marly Cardone, em excelente

⁽¹⁾ *Representante comercial Relação de emprego Não há lei a priori que defina o vendedor como representante comercial ou como empregado É do exame de cada caso e das condições em que se presta o serviço que depende o enquadramento do vendedor em uma ou outra categoria Somente o exame das condições em que se desenvolve a atividade é que definirá qual a condição prevalecente (TRT - 12ª Reg - 2ª T - Ac n 9357/2000 - Rel Juiz Dilnei Ângelo Buléssimo - DJSC 28 9 2000, p 81 - Revista do Direito Trabalhista, Brasília Editora Consulex, outubro/2000, p 60*

monografia sobre o tema⁽²⁾, fornece uma classificação de circunstâncias que compreendem três espécies de elementos, os quais podem ser sintetizados da seguinte forma.

Elementos de *certeza*

1 Colocação a disposição da empresa da energia de trabalho durante um certo lapso de tempo, diário, semanal ou mensal, com o correspondente controle pela empresa

2 Obrigação de comparecer pessoalmente a empresa, diária, semanal ou mensalmente

3 Obediência a métodos de venda da empresa

4 Fixação de período para viagem pela empresa

5 Recebimento de instruções sobre o aproveitamento da zona

6 Obediência a regulamento da empresa

Elementos de *indício*

1 Recebimento de quantia fixa mensal

2 Utilização de material da empresa, pastas, talões de pedidos, lapís etc

3 Uso de papel timbrado da empresa

4 Obrigação de mínimo de produção

5 Recebimento de ajuda de custo

6 Obrigação de prestar pessoalmente os trabalhos

⁽²⁾ Cardone Marly A *Viajantes e Pracistas no Direito do Trabalho São Paulo LTr 1998 p 32*

Elementos *excludentes*:

1. Existência de escritório de vendedor e admissão de auxiliares.
2. Substituição constante do vendedor por outra pessoa na prestação do serviço.
3. Pagamento de Imposto sobre Serviços.
4. Registro no Conselho Regional dos Representantes Comerciais.
5. Utilização do tempo segundo diretrizes fixadas pelo próprio vendedor, sem qualquer ingerência da empresa contratante.

Esclarece a citada autora que os elementos de certeza devem ser encontrados simultaneamente para se concluir pela existência da subordinação jurídica, enquanto os elementos de indício, basta que exista um deles para que o julgador fique alerta e procure os elementos de certeza ou as excludentes e defina a natureza da relação de trabalho⁽³⁾.

Também na tentativa de auxiliar o intérprete, Rubens Requião aponta como características do trabalho autônomo a organização própria, o encargo dos riscos, a liberdade de itinerário e de emprego de tempo, os ônus pessoais de despesas, a inscrição nos registros peculiares e o pagamento de impostos e taxas pelo exercício da profissão⁽⁴⁾. Esclarece o autor que os dois últimos fatos são elementos formais que não afetam a substância da relação.

A jurisprudência, em geral, com apoio no princípio da primazia da realidade, não tem considerado o simples registro no Conselho Regional dos Representantes Comerciais e o recolhimento de contribuições sociais na

⁽³⁾ Cardone, *Marly A Op cit p 33 34*

⁽⁴⁾ REQUIÃO, Rubens *Representação Comercial – Sua distinção da relação de emprego Revista LTr 34/553, ano 1970, p 560 Os critérios distintivos apresentados pelo autor assemelham-se aos apontados por Giuseppe Giordano, na obra Il contratto di agenzia, p 83*

condição de autônomo como excludentes da relação de emprego⁽⁵⁾, tampouco a ausência deste registro como elemento de certeza da relação de emprego⁽⁶⁾. A formalidade do registro no CORE e o recolhimento da contribuição social na condição de autônomo geram uma presunção de autonomia da relação jurídica, podendo, entretanto, ser invalidada por prova em sentido contrário⁽⁷⁾. Já a falta desta formalidade, associada a outros elementos, fortalece o reconhecimento do liame empregatício⁽⁸⁾. Entre esses elementos, favoráveis à

⁽⁵⁾ *Vendedor* “Não é pelo simples fato de um representante comercial estar registrado no respectivo Conselho Regional que se caracteriza seu trabalho independente. Se o representante está sujeito à produção mínima, a controle de atividades, a relatórios e a outras exigências que fazem configurar o trabalho subordinado, aí se torna ele um empregado” (Eduardo Gabriel Saad, “CLT Comentada”, 25ª edição) Recurso a que se nega provimento TRT 6ª Reg RO 5 961/96 – AC 1ª T, 7 1 97 – Rel Juiz Joaquim Pereira da Costa Filho 61-07/959 (In “Revista LTr”, n 61, 1997, pág 1 728)

⁽⁶⁾ *Relação de emprego versus representação comercial* Provado que o trabalho era realizado com ampla autonomia, o simples fato de o prestador de serviço não ser registrado no órgão de classe competente não transmuda a relação havida. O princípio do contrato realidade não vigora apenas em benefício do trabalhador, já que a realidade é um fenômeno único, não havendo que se falar em vínculo de emprego, portanto (TRT 3ª R – RO 898/00 – 1ª T – Relª Juíza Beatriz Nazareth T de Souza – DJMG 14 07 2000) Revista Síntese Trabalhista Set 2000 p 82

⁽⁷⁾ *Relação de emprego provada* O registro do Conselho Regional de Representantes não o faz autônomo. “O registro do Conselho Regional dos Representantes Comerciais e o recolhimento como autônomo das contribuições de previdência não excluem, de plano, a relação de emprego – Prevalência das condições efetivas de prestação de serviço. É empregado o Inspetor de Vendas e Cobrança que presta contas à Tesouraria da firma e trabalha em regime de subordinação, recebendo da empresa as despesas de viagem” (TRT 6ª Reg RO 2 523/82, Ac 23 2 83, Rel Juiz José Guedes Corrêa Gondim Filho, in “Rev LTr”, n 47/83, pág 1 244)

⁽⁸⁾ *Relação de emprego* Caracterização. Se o reclamante se diz típico empregado e a reclamada, em contraposição, o diz autêntico representante autônomo, deve-se verificar a presença dos requisitos formais e materiais que sinalizem o trabalhador autônomo. Na hipótese em exame, a reclamada não logrou provar o registro do reclamante no Conselho Regional dos Representantes Comerciais, um dos requisitos formais (Lei nº 4 886/65, arts 2ª, 5ª e 6ª). Por outro lado, das próprias cláusulas do contrato de representação comercial, acostado aos autos, exsurge a ingerência da reclamada na atividade do reclamante – rotinas traçadas periodicamente, exigência de relatórios pormenorizados, modelo padrão de relatórios e remuneração fixa – limitando-o a tal ponto que o tornou mero colaborador da atividade da reclamada. Não se pode ignorar a relação de emprego que se evidencia (TRT 17ª R – RO

subordinação e de acordo com o caso concreto, que o justifique, temos a obrigação de o vendedor cumprir as instruções do empregador sobre o desenvolvimento da atividade, como plano detalhado de trabalho, com exigência de comparecimento à empresa ou de informações periódicas, rota de viagem, sujeição a controles e inspeções, não incidência de risco. O conteúdo da subordinação nesta relação de emprego é atenuado, embora presente.

Outro aspecto objeto de discussão entre os doutrinadores diz respeito à representação do empregador pelo vendedor empregado, a qual não define a relação de emprego, pois esta poderá existir com ou sem a representação.

2. REMUNERAÇÃO DOS VENDEDORES VIAJANTES E PRACISTAS

2.1. Nascimento do direito às comissões

É disciplinada pela Lei n. 3.207, de 18 de julho de 1957, a situação dos empregados, vendedores viajantes, que executam suas atividades deslocando-se de cidade em cidade ou para países diferentes e a dos chamados “pracistas”, que se encarregam de vender os produtos da empresa numa única e determinada praça, onde está domiciliado. A par da Lei 3.207 de 1957 existem também dispositivos da CLT que tratam da temática, como o art. 62, a e o art. 651 § 1º.

Os vendedores, sejam eles pracistas ou viajantes, em regra, recebem salário a base de comissões, quer como forma exclusiva de remuneração (comissionista puro), quer sob a forma de salário composto, isto é, um fixo acrescido de comissões. Na hipótese de ser o vendedor comissionista puro, quando as comissões mensais não alcançarem o mínimo legal ou convencional, o credor do trabalho deverá assegurar-lhe esta importância de acordo com o comando constitucional (art. 7º, VII). Essa obrigação é uma decorrência do fato de que o risco do empreendimento econômico deverá ser suportado pelo empregador.

Dispõe o art. 466 da CLT que o pagamento das comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem. E

1.610.1999 – Rel. Juiz José Carlos Ritz – DJTES 16/06/2000) Revista Síntese Trabalhista Out 2000, p. 78

o § 1º deste mesmo artigo prevê que nas transações realizadas por prestações sucessivas, é exigível o pagamento das percentagens e comissões que lhes disserem respeito, proporcionalmente à respectiva liquidação.

Esse artigo despertou divergência quanto à interpretação: uns entendiam que o termo “últimada a transação” significava a conclusão do negócio, com a aceitação da proposta e outros entendiam que a expressão pressupõe a completa execução, inclusive com pagamento feito pelo comprador. Com o advento da Lei 3.207, seu art. 3º dispôs que a transação será considerada aceita se o empregador não recusar a proposta, por escrito, dentro de dez dias, contados da data da proposta, em se tratando de vendas realizadas no mesmo Estado. Este prazo alonga-se para 90 dias quando se trata de venda efetivada em outro Estado ou no estrangeiro, podendo o referido prazo ser prorrogado por tempo determinado, mediante comunicação escrita do empregador ao empregado. Este artigo 3º da Lei 3.207 aplica-se às vendas à vista.

2.2. Inexecução do negócio por vontade do cliente ou do empregador

Verifica-se, portanto, que o direito à comissão surge ou com a aceitação expressa do negócio ou, de forma tácita, a expiração do prazo previsto para o empregador recusar a proposta. Logo, aceita a proposta, de uma ou de outra forma, nasce o direito do empregado às comissões, independentemente de o cliente cancelá-la⁽⁹⁾, devolvendo a mercadoria, que lhe foi entregue com defeito ou outro motivo qualquer e deixando de efetivar o pagamento. Da mesma forma, se por motivo alheio à vontade do empregado, o empregador deixa de entregar a mercadoria, ainda assim fará jus às comissões, pois já houve dispêndio de energia

⁽⁹⁾ “Comissões sobre vendas canceladas’ Deve-se adotar a interpretação favorável ao empregado no sentido de que não pode o vendedor sujeitar-se ao fato de o cliente não aceitar as mercadorias que lhe foram enviadas, devendo o empregador arcar com tal risco’ Ac TST 3ª T RR 3118/85, Rel Min Ranor Barbosa, DJ 16 5 1986 In Dicionário de Decisões Trabalhistas Calheiros Bonfim, 21ª edição

Estorno de comissões Se a transação foi concluída pela aceitação do comprador e vendedor o empregado faz jus à comissão resultante do seu trabalho, regularmente cumprido Se fato posterior ocorre, prejudicando aquele negócio, cabe ao empregador suportar os ônus decorrentes, característicos do risco inerente à atividade empresarial (TRT 3ª R. – RO 13 837/99 – 4ª T – Rel Juz Marcus Moura Ferreira – DJMG 18 03 2000) Revista Síntese Trabalhista, maio de 2000, p 79

do trabalhador, insuscetível de restituição, situando-se o desfazimento do negócio na esfera do risco do empreendimento econômico, o qual deverá ser suportado pelo empregador, na forma do art. 2º da CLT. A própria Lei 3.207 determina que “a inexecução voluntária do negócio pelo empregador não prejudicará a percepção das comissões e percentagens devidas”. O referido preceito corrobora a assertiva segundo a qual o direito às comissões nasce com a aceitação do negócio.

2.3. Comissões - Vendas através de licitação

A jurisprudência⁽¹⁰⁾ tem entendido que a participação do vendedor, na fase preparatória da licitação, que levaria o empregador a participar da concorrência pública não gera o direito às comissões caso este último vença a licitação e realize a venda a ente público. Isto porque, além de a lei de licitações proibir a intermediação, a venda é resultado da vitória da proposta apresentada, de acordo com a decisão do órgão licitador, não intervindo aqui a capacidade de convencimento do vendedor.

2.4. Comissões e exclusividade de zona – Comissões e cessação da relação de emprego

Dispõe o art. 2º da Lei 3.207 que na hipótese de lhe ter sido reservada, com exclusividade e expressamente, uma zona de trabalho, o vendedor terá direito às comissões sobre as vendas ali realizadas diretamente pelo empregador ou por um preposto da empresa. O fundamento desta garantia consiste em assegurar a “subsistência do contrato de trabalho do vendedor, não permitindo que os proventos do empregado sejam reduzidos por concorrência do próprio empregador, pois que, neste caso, o empregado seria forçado a demitir-se; caracteriza a despedida indireta, pois é óbvio que o empregador agindo dessa maneira, estaria obrigando o empregado a demitir-se”⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Não gera direito à comissão do vendedor negócio efetuado com os entes públicos, eis que havidos mediante licitação, visto que, neste procedimento, inexistente por consequência dos princípios e mandamentos constitucionais a intermediação entre a empresa e a administração pública TST RR 127 228/94 – 3ª T AC 1542 DJ 9 8 96, p 27337 Rel Min José Luiz Vasconcellos

⁽¹¹⁾ Cardone, Marly Op cit. p. 74

A terminação das relações de trabalho não prejudica a percepção das comissões e percentagens devidas, como se infere do art. 6º da Lei 3.207⁽¹²⁾, que tutela o direito adquirido do empregado advindo da aceitação da proposta de venda pela empresa, ainda que posteriormente à cessação da relação laboral. O contrato continua com “efeito residual”, “deixando rastro jurídico”. É o fenômeno da eficácia retardada do contrato⁽¹³⁾.

2.5. Vendas à prestação – Insolvência do cliente

Nas transações em que a empresa se obriga por prestações sucessivas, o pagamento das comissões e percentagens será exigível de acordo com a ordem de recebimento das mesmas (art. 5º da Lei nº 3.207). O dispositivo deixa claro que se o cliente paga a primeira prestação e deixa de quitar a segunda, as comissões só serão exigíveis depois de quitada esta última, o que significa assumir o empregado o risco de empreendimento juntamente com o empregador. E mais, verificada a insolvência do comprador, cabe ao empregador estornar a comissão que houver pago ao empregado (art. 70 da Lei nº 3.207). A lei teve em mira impedir que o vendedor, “na ganância de receber altos salários não se interessasse em conhecer a real situação econômica e financeira do cliente e entabulasse o negócio”⁽¹⁴⁾. Entretanto, não nos parece justo, mesmo quando aja de boa-fé, e com as cautelas necessárias, deixe o vendedor de auferir as comissões pelas vendas aceitas antes da falência do cliente. Melhor teria sido que o legislador brasileiro seguisse o exemplo da lei argentina quando determina “que não será responsável o viajante, salvo o caso de dolo ou culpa grave de sua parte, pela insolvência do cliente (art. 12 da Lei nº 14.546).

2.6. Cláusula *star del credere*

⁽¹²⁾ *Comissionista Vendas ajustadas durante o contrato Finalização após a cessação da relação de emprego Comissões por vendas Mesmo após a cessação da relação de emprego, o empregado comissionista faz jus às comissões resultantes de vendas ajustadas no curso do contrato, ainda que finalizadas posteriormente* AC TRT-2ª Reg, 2ª T RO 02910052278 Rel Juz Antônio Pereira dos Santos DJSP 24 2 93 p 141 Repertório IOB de Jurisprudência 7/93, p 119

⁽¹³⁾ Catharino, José Martins *Compêndio de Direito do Trabalho Vol II, p 494*

⁽¹⁴⁾ Cardone, Marly *Op cit p 89*

Esta cláusula tem origem no direito italiano e é utilizada nos contratos de comissão mercantil; através da sua inserção o comissário fica constituído responsável solidário ao comitente. Atualmente a cláusula em questão perdeu essa característica e constitui uma garantia parcial nos contratos de comissão mercantil.

Indaga-se sobre a possibilidade de ser estipulada esta cláusula nos contratos de trabalho. A doutrina⁽¹⁵⁾ ressalta a dificuldade de aplicá-la ao Direito do Trabalho, considerando que o inadimplemento da obrigação pelo freguês ou sua mora, situa-se na esfera de risco do empreendimento, o qual será suportado pelo empregador, devendo ser aplicado ao vendedor empregado a regra insculpida no art. 462 da CLT, isto é, responderá o empregado pelos danos ocasionados dolosamente, ou, se previamente ajustado, na hipótese de ter ocasionado dano ao empregador culposamente.

Saliente-se, entretanto, que na hipótese de insolvência do cliente o vendedor perderá as comissões, caso a venda tenha sido a prestação, mas não se torna devedor solidário.

2.7. Lastro ou fiança

O lastro ou fiança consiste em um fundo de reserva feito através de numerário do empregado em favor do empregador, para garantir a liquidez das vendas, dos estornos ou de adiantamentos⁽¹⁶⁾. O fundo de reserva, na prática, constitui-se de desconto mensal feito no salário do empregado, o que encontra obstáculo no art. 462 da CLT ou então de um valor global pago pelo empregado ao empregador, o que também é ilegal, por transferir para o trabalhador o risco do empreendimento econômico; ademais, cumpre lembrar que a própria Lei nº 3.207 já assegura ao empregador os meios de se precaver na hipótese de insolvência do cliente, isto é, procede-se ao estorno das comissões que houver pago.

2.8. Comissões – Natureza jurídica. Repercussão na remuneração para os efeitos legais

⁽¹⁵⁾ *Catharino, José Martins Compêndio de Direito do Trabalho, v 2, São Paulo Editora Jurídica e Universitária. 1972. p 492*

⁽¹⁶⁾ *Cardone, Marly Op cit p 81*

As comissões constituem salário variável pago por unidade de obra ou de serviço sendo esta sua natureza jurídica. Como retribuem apenas trabalho, o repouso semanal atinente a elas deverá ser calculado à parte, tomando-se como parâmetro a regra alusiva ao tarefeiro (art. 7º, C, da Lei 605/49); isto é, apura-se o valor das comissões recebidas durante a semana, no horário normal de trabalho, e divide-se pelos dias de serviço efetivamente prestados; o divisor desta operação equivale a um dia de repouso. As comissões acrescidas do repouso, dada a sua feição retributiva, incorporam-se ao cálculo das férias (art. 142, § 3º da CLT), pela média percebida pelo empregado nos doze meses que precederam à concessão. Elas integrarão também o cálculo do aviso prévio, de acordo com a média dos últimos doze meses de serviço (art. 487, § 3º da CLT), da indenização (art. 478, § 4º); também com base nessa média, elas se incorporarão ao cálculo da gratificação natalina, na forma do art. 2º do Decreto nº 57.155 de 3 de novembro de 1965. As comissões incluem-se ainda no cálculo das horas extras, de acordo com o Enunciado 340 do TST.

O citado Enunciado 340 do TST parte do pressuposto de que o comissionista já teria sido remunerado pelas horas acaso trabalhadas, com as comissões que auferiu, pelas vendas que realizou no período extraordinário; em sendo assim, fará jus apenas ao adicional de 50% ou outro previsto em instrumento normativo.

2.9. Pagamento das comissões

O pagamento das comissões e percentagens deverá ser efetuado mensalmente, expedindo a empresa, no fim de cada mês, a conta respectiva com as cópias das faturas correspondentes aos negócios concluídos (art. 4º da Lei 3.207 de 1957). Fica, contudo, ressalvada às partes interessadas fixar outra época para o pagamento das comissões e percentagens, o que, no entanto, não poderá exceder de um trimestre, contado da aceitação do negócio, sendo sempre obrigatória a expedição pela empresa da conta referida neste artigo (art. 4º, § único da Lei 3.207 e art. 459 da CLT).

2.10 Acumulação de funções

O empregado que acumula as funções de vendedor viajante ou pracista com as de inspeção e fiscalização fará jus ao pagamento adicional de 1/10 (um décimo) da remuneração que lhe é atribuída (art. 8º da Lei nº 3.207).

3. ALTERAÇÃO CONTRATUAL

A regra geral inserida no art. 468 da CLT veda a alteração contratual, mesmo bilateral, quando for capaz de ocasionar prejuízos ao empregado e considera nula a cláusula infringente. O mesmo diploma legal, no art. 469, impõe restrições ao empregador no que tange à transferência dos empregados. As restrições impostas nestes preceitos poderão ser aplicadas ao empregado vendedor viajante ou praticista, porém adaptando-as às disposições contidas na Lei 3.207, a qual abre exceção à regra da inalterabilidade das condições contratuais. Esta legislação especial autoriza a empresa, de acordo com as suas necessidades, a ampliar ou restringir a zona de trabalho do empregado, respeitados os dispositivos desta lei quanto à irredutibilidade de salário (art. 2º, § 1º). Sempre que, por conveniência da empresa empregadora, for o viajante transferido de zona de trabalho, com redução de vantagens, ser-lhe-á assegurado, como mínimo de remuneração, um salário correspondente à média dos 12 (doze) últimos meses, anteriores à transferência (art. 2º, § 2º da Lei 3.207). Cada parcela mensal deverá ser devidamente atualizada com correção monetária, para que seja posteriormente somada e obtida a citada média⁽¹⁷⁾.

Alteração contratual lesiva, muito comum entre os que recebem salário à base de comissões, consiste na redução do percentual ajustado a esse título, fato que constitui, sem dúvida, flagrante alteração do contrato de trabalho. Ocorre que o empregado deverá se insurgir contra essa alteração dentro do quinquídio prescricional, se o contrato estiver em vigor, ou em dois anos na hipótese de ter havido ruptura do contrato, sob pena de prescrição total, considerando que o percentual não é fixado por lei, dependendo do consenso das partes. Logo, a redução do percentual está jungida ao terreno da livre contratualidade a ensejar prescrição total, na forma da jurisprudência predominante (Precedente n. 175 da SDI do TST).

4. INTERVALO

O empregado vendedor-viajante não poderá permanecer em viagem por tempo superior a seis meses consecutivos. Em seguida a cada viagem haverá um intervalo para descanso, calculado na base de três dias por

⁽¹⁷⁾ Cardone, *Marly Op cit*, p 108

mês de viagem realizada, não podendo, porém, ultrapassar o limite de quinze dias (art. 9º da Lei n. 3207).

5. VENDEDOR VIAJANTE E PRACISTA – SERVIÇO EXTERNO – HORA EXTRA

Os empregados vendedores viajantes e pracistas exercem suas funções externamente, fora do estabelecimento empresarial, dificultando o controle direto sobre o tempo que o empregado, efetivamente, encontra-se à disposição do empregador. E, exatamente, em face dessa peculiaridade, o art. 62, I da CLT, considera não abrangidos pelo regime previsto no capítulo sobre jornada de trabalho os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na CTPS e no registro de empregados. A exclusão só se justifica se a atividade for insuscetível de fixação de horário; portanto, se o caso concreto situar-se nesta hipótese, não serão devidas horas extras.

6. ENQUADRAMENTO

O empregado vendedor-viajante ou pracista pertence à categoria diferenciada, como aliás já se pronunciou o C. TST⁽¹⁸⁾.

7. CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA

A inserção da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho é polêmica, pois se de um lado ela é necessária à proteção dos legítimos interesses da empresa, “numa época em que o capital intelectual importa mais do que o segredo de fabricação”, dada a intensa concorrência a que são submetidas as empresas, de outro lado ela poderá infringir a liberdade de trabalho. ofício ou profissão assegurada em preceito constitucional.

⁽¹⁸⁾ *Categoria diferenciada Vendedor externo Negociação coletiva Aplicação A Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, após calorosos debates, pacificou o entendimento, sob a forma da Orientação Jurisprudencial n 55, de que o empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa para a qual prestou serviços não foi representada pelo órgão de classe de sua categoria Recurso conhecido e provido (TST – 1ª T – RR-361848/97-0 – Rel Min Ronaldo L Leal – DJ 01 09 2000, pág 349) Revista do Direito Trabalhista, outubro 2000, p 63*

Prevê o art 482, c, da CLT, que o empregado devera se abster de realizar negociação habitual por conta propria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência a empresa para a qual trabalha, ou for prejudicial ao serviço A pratica dessa falta implica justa causa para a dispensa⁽¹⁹⁾

Como se vê do dispositivo legal citado, a concorrência desleal traduz violação ao dever de fidelidade, constituído por obrigação de não fazer, sendo uma consequência do principio da boa-fé Se a lei proíbe a negociação habitual sem permissão do empregador, quando constituir ato de concorrência a empresa, evidentemente que ela torna possível a inserção da clausula de não-concorrência durante o periodo de vigência do contrato Apos o termino da relação de emprego, a persistência dessa clausula so se justifica em casos excepcionais, isto e, quando necessaria a proteção dos legitimos interesses do empregador, e ainda assim, por um determinado periodo, durante o qual dever-se-a assegurar ao trabalhador uma indenização Não cremos, tampouco, possa a referida clausula, nessas condições, cercear a liberdade de exercicio de qualquer trabalho, oficio ou profissão inserida no art 5, XIII da Constituição de 1988, pois a inserção da clausula devera permitir ao empregado a possibilidade de exercer a atividade que lhe e propria, considerando sua experiência e formação, desde que junto a estabelecimentos empresariais insuscetíveis de ocasionar concorrência danosa ao ex-empregador

A legislação estrangeira vem autorizando a inserção da clausula de não concorrência no contrato de trabalho, mas com limitações E assim e que o art 2125 do Codigo Civil Italiano autoriza a estipulação do *patto di non concorrenza*, o qual limita o desenvolvimento da atividade do empregado, por periodo sucessivo a cessação do contrato Essa clausula sera nula se não for ajustada por escrito com uma contraprestação em favor do empregado e se o vinculo não for contido entre determinados limites de objeto, tempo e lugar A duração do vinculo não podera ser superior a cinco anos, se se tratar de empregado dirigente e a três anos nos outros casos Se for pactuada uma

⁽¹⁹⁾ *Justa causa Concorrência desleal Caracteriza-se a pratica de concorrência desleal prevista na alinea c do art 482 da CLT a prestação de serviços para os quais foi contratado pela empresa a clientes desta de forma autonoma com orçamentos inferiores aos por ela apresentados mesmo que fora do horario contratual de trabalho (TRT – 15 Reg – 5 T – Ac n 9248/2000 – Rel.^a Olga A J Gomieri – DJSP 13 3 2000 pag 93) Revista do Direito Trabalhista abril 2 000 p 55*

duração superior, ela será reduzida na medida citada. Na Espanha, o Estatuto do Trabalhador, no art. 21, também prevê a possibilidade de se ajustar cláusula de não-concorrência para vigor após a cessação do contrato de trabalho. Essa cláusula não poderá ter duração superior a dois anos para os técnicos e a seis meses para os demais trabalhadores e só será válida se concorrerem os seguintes requisitos: que o empresário tenha um efetivo interesse industrial ou comercial nele e que se conceda ao empregado uma compensação econômica adequada. Em Portugal, a cláusula de não concorrência está prevista no art. 36/2 da Lei do Contrato de Trabalho, devendo ser estipulada por escrito, durante o período máximo de três anos e desde que haja risco efetivo para o empregador. Na França, decisão da Corte de Cassação, de 12 de janeiro de 2000, admitiu a possibilidade da cláusula de não-concorrência poder suspender toda a atividade de ex-empregado em empresa concorrente, desde que necessária à proteção dos legítimos interesses da empresa e não obste o empregado de assumir outro emprego, de acordo com sua formação e experiência profissional⁽²⁰⁾. São requisitos de validade da cláusula de não-concorrência: a necessária proteção dos legítimos interesses das empresas e a possibilidade de se permitir ao empregado sua recolocação. O primeiro requisito poderá ser comprovado, observando-se o setor para o qual trabalha o empregado e o risco que ele constitui. É necessário que os juízes examinem se a empresa tem interesse de se prevenir de uma concorrência e se ela tem concorrentes perigosos, capazes de recrutar o empregado. Não basta, portanto, o estado de concorrência no setor. Por outro lado, o risco irá depender da função que o empregado exerce na empresa, sendo três os indicadores: contato com clientela, acesso às informações específicas sobre a empresa, aquisição de *know how* à empresa. O primeiro desse indicador diz respeito, em geral, aos empregados que exercem atividade comercial, cuja função os coloca em contato com cliente, devendo-se verificar a natureza do laço que existe entre eles. Cumpre verificar também se o empregado tem acesso a informações capazes de arruinar a empresa e se o acesso se dá a um *know how* da empresa, ou seja, a particularidade de técnica ou relatos de outras técnicas utilizadas por ela.

Os autores franceses criticam o acórdão citado, alegando que ele desprezou um dado importante antes utilizado pela jurisprudência, o qual consiste em limitar no tempo e no espaço a inserção da cláusula de não-

⁽²⁰⁾ *GALLUDA, Natacha Les critères de validité des clauses de non-concurrence em droit du travail Droit Social, n 06, jun 99*

concorrência. A decisão da Corte de dezembro de 1997 condicionou a validade da cláusula à possibilidade de se permitir ao empregado a sua recolocação, atenta à liberdade de trabalho. Para isso, é necessário que os juízes apreciem a possibilidade de o empregado encontrar nova colocação, tendo em vista sua formação e experiência. Outros indicadores complementares também devem ser analisados como tempo-espaço, salário, idade do empregado, situação familiar, isto é, número de filhos em idade escolar.

Percebe-se que a doutrina brasileira⁽²¹⁾, cujo ponto de vista aderimos, tende a aceitar a aplicação da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho, por aplicação subsidiária da legislação estrangeira, como autoriza o art. 8º da CLT, em situações excepcionais, sendo ideal a previsão em convenção coletiva, com limitações relativas ao objeto, tempo e espaço. A inserção dessa cláusula nos contratos de trabalho deverá ser analisada dentro de um contexto de razoabilidade, em face dos interesses e liberdade que estão em jogo.

8. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR AS CONTROVÉRSIAS ENTRE VENDEDOR VIAJANTE E EMPREGADOR

À luz do art. 651, § 1º da CLT, com a nova redação dada pela Lei 9.861 de 27 de outubro de 1999, “quando for parte no dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Vara da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Vara de localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima”.

⁽²¹⁾ LEITE, Carlos Henrique Bezerra *Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho Repertório IOB de Jurisprudência Trabalhista 1º Quinzena de julho de 1999, n 13/99 Caderno 2, p 287* BELTRAN, Ari Possidonio *A cláusula de não-concorrência no direito do trabalho Revista do advogado São Paulo 1999, p 63-68*

Cidadania e Direitos Humanos^(*)

Álvaro Lazzarini^(**)

SUMÁRIO:

1. Considerações iniciais 2. Cidadania 3. Direitos Humanos Fundamentais 3.1 Proteção às vítimas. Considerações 4. O Poder Judiciário como instrumento de defesa da Cidadania e dos Direitos Humanos Fundamentais. 5. Conclusão.

1. Considerações iniciais.

Na Encíclica “Divini Redemptoris” – escrevi anteriormente⁽¹⁾ -, Pio XI assentou que “A sociedade fez-se para o homem e não o homem para a sociedade”. Em outras palavras, como observou Monsenhor Guerry⁽²⁾ -, Arcebispo de Cambrai, “segundo a doutrina social da igreja, a sociedade está ao serviço da pessoa humana para respeitar a sua dignidade, permitir-lhe atingir o seu fim e conseguir o seu completo desenvolvimento humano”, salientando, em seguida, que a máxima de Pio XI é audaciosa, mas ela “não quer dizer que a sociedade se encontre subordinada à utilidade egoística do indivíduo, quer antes dizer, porém, que o homem é um ser social por natureza e só em sociedade pode aperfeiçoar as suas faculdades, graças à proteção que esta diligência para a sua vida física, intelectual, moral, familiar e social.” Por outras palavras – continuou Monsenhor Guerry -, “o homem é uma pessoa humana que realizará a sua plena autonomia na sua união com os outros e na sua colaboração com os restantes membros da sociedade”. O homem tem a sua dignidade, porque, antes de tudo foi criado à imagem e semelhança de Deus,

^(*) Roteiro sobre o tema para palestra de abertura do ‘Curso de Direitos Humanos’, organizado pela Escola Paulista da Magistratura São Paulo, Auditório do Gabinete Unificado dos Desembargadores, 16 de outubro de 2000

^(**) Álvaro Lazzarini é desembargador, 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, professor de Direito Administrativo, Sócio Colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo e Membro do Instituto Pimenta Bueno – Associação dos Constitucionalistas da universidade de São Paulo

⁽¹⁾ LAZZARINI, Álvaro Estudos de Direito Administrativo, 2ª ed., 1999 Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p 181-182

⁽²⁾ GUERRY, Monsenhor A Doutrina Social Igreja, Livraria Sampedro Ed., Lisboa, Portugal, p 55-56

como salientado na Bíblia, na passagem da Criação (Gênesis, I, 27). Daí por Pio XI disse ser o homem responsável pelos seus atos e destino, capaz de governar-se por si mesmo, encontrando aí a sua mais alta dignidade⁽³⁾. Porém, – como registrei –, ao que se verifica e o aponta Monsenhor Guerry, “o homem moderno pretende abster-se de Deus. Repudia o princípio divino da sua dignidade. Para ele o valor supremo já não é Deus, mas o homem. O resultado é o ‘drama do humanismo ateu’, cuja história foi escrita em trechos expressivos. Estamos atualmente preocupados em verificar experimentalmente, que, onde não existe Deus, não existe homem também (...). De fato - insistiu Monsenhor Guerry⁽⁴⁾ -, já não há homem porque já não há nada que seja superior ao homem”. Mas – e assim ponderei –, “é do homem em sociedade que devemos tratar. Pio XII já dissera que, para os homens, é “exigência legítima o serem considerados e tratados, não como objetos mas como sujeitos da vida social, especialmente no Estado e na economia nacional”⁽⁵⁾

2. Cidadania

Adverte Milena Petters Melo⁽⁶⁾ que “A cidadania tem sido um dos temas mais frequentes da retórica política e do discurso das ciências sociais no Brasil. A ampliação do debate, no entanto, não trouxe univocidade ao termo. Contrariamente, quanto mais se fala em cidadania, tanto maior torna-se a ambigüidade da expressão. Já advertia Hegel, ‘a maneira mais comum de iludir-se a si mesmo e de iludir os outros consiste em supor no conhecer algo já conhecido e deixá-lo como tal’. A reflexão com vistas a uma nova praxis pressupõe a elucidação dos conceitos abarcados pelo conceito de cidadania, por isso, para que não se torne este conceito como de todo conhecido e sua discussão como pronta e pacífica, é que se passa ao seu enfrentamento”. Temos, assim, de lembrar que o homem em sociedade deve ser considerado um cidadão, ou seja, na lição de Juan Blasco Quintana⁽⁷⁾,

⁽³⁾ **PIO XII**, apud Monsenhor Guerry, *ob. Cit.*, p. 57

⁽⁴⁾ **GUERRY**, **MONSENHOR** *Obra cit.*, p. 59

⁽⁵⁾ **PIO XII**, apud Monsenhor Guerry, *Obra cit.*, p. 76

⁽⁶⁾ **MELO**, Milena Petters, et alii *Cidadania Subsídios Teóricos para uma Nova Praxis*, “Direitos Humanos como Educação para a Justiça” Organizador Reinaldo Pereira e Silva, Editora LTr, São Paulo, 1988, p. 77 e seguintes

⁽⁷⁾ **QUINTANA**, Juan Blasco, *Dicionário de Ciências Sociais*, Coordenação Geral de Benedito Silva, Editora da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1986, verbete “Cidadão”, p. 177

aquele que “é o natural ou morador de uma cidade, o habitante das cidades antigas ou Estados modernos, que é sujeito de direitos políticos e que ao exercê-los intervém no governo do país. O fato de ser cidadão propicia a cidadania, que é a condição jurídica que podem ostentar as pessoas físicas e morais, e que por expressar o vínculo entre o Estado e seus membros implica de um lado, submissão à autoridade, e de outro, o exercício de direito. O cidadão é membro ativo de uma sociedade política independente. A cidadania se diferencia da nacionalidade porque esta supõe a mera qualidade de pertencer a uma nação, enquanto que o conceito de cidadania pressupõe a condição de ser membro ativo do Estado para tomar parte em suas funções. A nacionalidade é um fato natural e a cidadania obedece a uma espécie de contrato. (...) A cidadania é portanto uma qualidade e um direito do cidadão que, como tal, possui a condição jurídica que ostentam as pessoas individuais ou coletivas com relação ao Estado a que pertencem, e que importa em submissão à autoridade e às leis vigentes e no livre exercício de certos direitos. Os meios de adquirir a cidadania variam de país a país e exigem requisitos diversos, de acordo com as legislações nacionais (...) Hoje – prossegue Juan Blasco Quintana – Os autores discutem se o estudo do cidadão como tal é problema de direito público ou privado. Não há dúvida de que as instituições que têm caráter marcadamente público transcendem também a ordem particular; e ao contrário, qualquer questão que se realize no âmbito do direito privado acaba repercutindo na ordem geral e social; donde a dificuldade de se separar claramente as duas ordens. (...) A condição de cidadão – conclui Juan Blasco Quintana – confere portanto ao indivíduo um *status* particular no sistema sócio-político”.

A cidadania pode ser, assim, definida “como o estatuto oriundo do relacionamento existente entre uma pessoa natural e uma sociedade política, conhecida como o estado, pelo qual a pessoa deve a este obediência e a sociedade lhe deve proteção”. Esta a lição de Oscar Svarlien⁽⁸⁾, que, em seguida, acrescenta que “Cidadania não deve ser confundida com domicílio, nem cidadão com habitante. O indivíduo pode ser cidadão de um estado sem ser habitante do mesmo, ou pode ser habitante sem ser cidadão”, embora “Em ciência política e em sociologia, o termo cidadania é usado num sentido um pouco mais amplo”.

⁽⁸⁾ SVARLIEN, Oscar *Dicionário de Ciências Sociais, Coordenação Geral de Benedicto Silva, Editora da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1986, verbete “Cidadania”, p 177*

Bem por isso, cuidando do estado atual da questão do direito dos cidadãos aos serviços públicos, por exemplo, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes⁽⁹⁾ ensinam que “Em uma primeira aproximação ao tema, cujo escasso tratamento na doutrina tradicional já sem si mesmo suficientemente expressivo, é fácil constatar que todo ele aparece dominado por umas idéias prévias em extremo, simples. Como já vimos – continuam os festejados mestres espanhóis -, os textos constitucionais não são parcos em declarações relativas a prestações administrativas aos cidadãos, porém, tais declarações costumam carecer da precisão necessária para servir de base para um compromisso efetivo, possibilitando uma atitude de exigência do cidadão frente à Administração. No plano constitucional (...) não se definem, pois, nem obrigações propriamente tais dos entes públicos, nem direitos subjetivos do cidadão com relação a tais prestações, senão ‘determinações de fins do Estado’, próprias do Estado Social de Direito”.

Lavrando uma “Teoria Geral dos Procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública”, José Alfredo de Oliveira Baracho⁽¹⁰⁾, ilustre Professor de Minas Gerais, salientou que “A concepção moderna cidadania tem provocado diversos estudos que procuram examinar atualmente, o seu conteúdo. Este entendimento está ligado as diversas formas de participação política e também na própria Administração Pública. Constituições como a da Espanha e da Itália têm dedicado às instituições participativas. As teorias constitucionais clássicas, ao lado da teoria jus administrativista, têm sido examinadas frente às mudanças sociais e institucionais dos tempos de hoje. O controle da atividade administrativa pelo cidadão, pode operar-se por diversos instrumentos públicos, que percorrem várias instâncias decisórias”.

No Brasil, digo eu, por exemplo, há preocupações da defesa da cidadania quando, cuidando dos usuários de serviços públicos, o Código de Defesa do Consumidos, Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, no seu artigo 22, *caput* e seu parágrafo único, respectivamente, estabeleceu que “Os

⁽⁹⁾ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón *Curso de Direito Administrativo*, tradução de Arnaldo Setti e colaboração de Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues, Editora revista dos Tribunais, São paulo, 1ªed, 1991, p 789 e seguintes

⁽¹⁰⁾ OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de *Teoria dos procedimentos de Exercício da Cidadania perante a Administração Pública*, “RBEP”, Belo Horizonte, Separata do n 85, 1997, p 7

órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”, certo que “Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”⁽¹¹⁾. Devemos, bem por isso, reconhecer um direito público subjetivo do cidadão aos serviços públicos, mesmo porque numa sociedade livre, há de estar garantida a convivência pacífica de todos os cidadãos, de tal modo que o exercício dos direitos de cada um não se transforme em abuso e não ofenda, não impeça e não perturbe o exercício dos direitos alheios.

A busca do bem comum, tenho presente, é missão primordial do Estado e de ninguém mais do que o Estado. porque, para tal mister ele se constituiu, a fim de, através de uma legislação adequada, instituições e serviços capazes de controlar, ajudar e regular as atividades privadas e individuais da vida nacional, possa regular as atividades privadas e individuais da vida nacional, possa cumprir a sua precípua missão de tudo fazer para convergir à realização dos ideais do bem comum, na plena realização da cidadania.

Daí poder ser afirmado que a segurança das pessoa e dos bens é o elemento básico das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana, como decorre do artigo 12 da bicentenária “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, como ainda da verdadeira “cláusula pétrea” contida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que impõe a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à propriedade nas condições que explicita nos seus incisos, que cuidam “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

“A democracia – afirma José Alfredo de Oliveira Baracho⁽¹²⁾ – implica a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos

⁽¹¹⁾ Sobre *SERVIÇOS PÚBLICOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO*, conferir nossa monografia publicada na Revista “A Força Policial”, órgão de informação da Polícia Militar do Estado de São Paulo, *Imprensa Oficial do Estado de São Paulo*, São Paulo, Ano 1998, abr/maio/junho, n 18, p 05

⁽¹²⁾ OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de *Teoria Geral da Cidadania*, Editora Sarava, São Paulo, p 63

diversos segmentos do ordenamento jurídico global. O direito constitucional moderno inclui a garantia dos direitos fundamentais, que se efetiva por meio de ações constitucionais típicas, que se concretizam, também, por intermédio das ações, processos e procedimentos, que tornam possível a participação da cidadania, em seus diversos aspectos e conseqüências. A completa proteção da cidadania depende de prática institucionais, constitucionais, jurídicas, processuais e políticas, que protegem o ser humano nas mais variadas situações e posições.”

Observo, contudo, com Vera Regina Pereira de Andrade⁽¹³⁾, “Na perspectiva em que se insere, o saber jurídico tem esgotada sua operacionalidade e possibilidades de eficácia no encaminhamento da problemática da cidadania e de suas formas emergentes de positivação; ou seja, torna-se impotente para operar uma efetiva função social, capaz de contribuir no repensa da cidadania e de suas passagens potenciais do instituinte ou do instituído. Dessa forma, no contexto estrutural de crise, por que passa também a cultura jurídica dominante, o discurso jurídico da cidadania é um discurso em crise: “A crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer; neste interregno, surge uma grande variedade de sintomas mórbidos”. (...) Parece então fundamental reivindicar simultaneamente através da constituição de uma nova teoria jurídica que, suplantando o nível puramente teórico, articule teorias e práxis, (conhecimento e realidade) mediante uma postura dialética sobre o Direito, a partir de seu próprio interior: as relações de força na sociedade. No mesmo movimento, parece ser fundamental promover-se o diálogo do saber jurídico com os demais saberes, de formar a superar a clausura monológica a que o condenam o positivismo e o liberalismo. Uma teoria crítica das relações sociais, que promova a articulação das complexas relações teoria/praxis, parece ser uma possibilidade de superação das construções dogmáticas, mantenedoras do *status* que é um caminho para a construção de um saber jurídico comprometido com a transformação democrática da sociedade e o encaminhamento de efetivas soluções para os problemas nacionais dentre os quais a cidadania ocupa destacado lugar”.

Falar, portanto, em cidadania, como sustenta Milena Petters Melo⁽¹⁴⁾, “é reafirmar o direito pela plena realização do indivíduo, do cidadão,

⁽¹³⁾ PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina *CIDADANIA Do Direito aos Direitos Humanos*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1993 p 136

⁽¹⁴⁾ MELO, Milena Petters, *et alli*, *Obra e ed Cites*, p 79 e 81

dos entes coletivos e de sua emancipação nos espaços definidos no interior da sociedade. Os conceitos de cidadania, democracia e direitos humanos estão intimamente ligados, um remete ao outro, seus conteúdos interpenetram-se a cidadania não é constatável sem a realização dos Direitos Humanos, da mesma forma que os Direitos Humanos não se concretizam sem o exercício da democracia”, razão de poder-se ‘afirmar, portanto, que a realização plena dos direitos de cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacional assegurados. No âmbito do direito constitucional positivo, a cidadania, em sua forma integral, pressupõe o exercício de todos os direitos fundamentais e garantias que caracterizam o Estado Democrático de Direito’ observado que a expressão ‘direitos fundamentais’ no seu estudo em exame ‘é utilizado para designar os direitos humanos positivados, institucionalizados que encontraram reconhecimento no direito positivo dos Estados’

3. Direitos humanos fundamentais.

Locução desgastada pelo seu mau uso⁽¹⁵⁾, com fins político-ideológicos, normalmente associados a proteção de marginais em detrimento a proteção das suas vítimas e dos Encarregados da Aplicação da Lei, os denominados “Direitos Humanos” ao contrário, têm significado que transcende a tudo isto, sendo oportuno desde logo, trazer a colação a posição de Alexandre de Moraes⁽¹⁶⁾ no sentido de que “O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais”

Christophe Swinarski, em sua obra *Direito Internacional Humanitário*⁽¹⁷⁾, lembra que Os Direitos Humanos, como se sabe, como

⁽¹⁵⁾ *Os marginais por exemplo dizem que os Direitos Humanos são os Direitos dos Vãos ou seja de marginalidade. O povo o direito tem dado também tal conotação quando critica os defensores dos Direitos Humanos dizendo que eles se preocupam com os bandidos e não com as suas vítimas*

⁽¹⁶⁾ MORAES Alexandre de *Direitos Humanos Fundamentais e Democracia* Editorial ATLAS Direito Editora ATLAS São Paulo p 5

⁽¹⁷⁾ SWINARSKI Christophe *Direito Internacional Humanitário Nucleo de Estudos da Violência – Universidade de São Paulo/Editora Revista dos Tribunais São Paulo 1990 p 87 e seguintes*

ramo autônomo do Direito Internacional Público com seus próprios instrumentos, seus próprios órgãos e seus próprios procedimentos de aplicação, nasceram na normativa internacional a partir da Carta das Nações Unidas de 1945. O seu primeiro catálogo metódico é enunciado na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948”, havendo, porém, um diferencial entre o que se denomina de “Direitos Humanos” e o que se denomina de “Direito internacional Humanitário”, porque, “O Direito Internacional Humanitário é um direito de exceção, de urgência, que intervém em caso de ruptura da ordem jurídica internacional (e quando interno no caso do conflito não-internacional), enquanto os Direitos Humanos – embora alguns deles sejam inderrogáveis em qualquer circunstância – aplicam-se, principalmente, em tempos de paz”. O citado autor, aliás, já tinha anotado que “Na primeira época da coexistência do ‘novo’ direito dos Direitos Humanos com o ‘velho’ Direito Humanitário encontram-se algumas controvérsias sobre a localização respectiva de ambos os ramos no direito internacional, assim como sobre suas inter-relações. Os Direitos Humanos apareciam como o sistema representativo, por excelência, das novas idéias da comunidade internacional e como um conceito jurídico que deveria fundamentar a possibilidade de conseguir os outros objetivos da Carta, entendida como no sistema universal da segurança coletiva e da paz”.

Mas, há também, um “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que, conforme o Comitê Internacional da Cruz Vermelha Internacional⁽¹⁸⁾, “pode ser dividido, para os objetivos do presente Manual, em instrumentos com força legal (por exemplo, direito dos tratados) e instrumentos sem força legal (diretrizes, princípios, códigos de conduta, etc)”. E, em “Pontos de Destaque do Capítulo”, registrou-se que “O direito internacional de direitos humanos e o direito internacional humanitário têm importância direta para a prática de aplicação da lei”, sendo que “As práticas de aplicação da lei devem ser vistas como práticas do Estado, estando, dessa forma, de total acordo com as obrigações de um Estado perante o direito internacional”, ressaltando-se que “A promoção e a proteção das liberdades e direitos humanos são da responsabilidade tanto coletiva quanto individual no que diz respeito à aplicação da lei”.

⁽¹⁸⁾ *COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, Para Servir e Proteger – Direitos humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança, Capítulo 4 – Aplicação da Lei nos Estados Democráticos, Manual (sem indicação de Editora e ano), p 6*

Lembre-se, a propósito, que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) organização imparcial, neutra e independente, possui a missão exclusivamente humanitária de proteger a vida e a dignidade das vítimas da guerra e da violência interna, assim como prestar-lhes assistência ou, em outras palavras, não está engajado em facções político-ideológicas que deturpam o significado da locução “Direitos Humanos”

Ha e deve haver, ao certo, uma relatividade dos Direitos Humanos, observando Alexandre de Moraes⁽¹⁹⁾ com apoio na própria “declaração dos direitos Humanos das Nações Unidas”, artigo 28, que “Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites aos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concórdância ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros realizando uma redução do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua”

3.1. Proteção as vítimas. Considerações.

Reconheço, porém, que, conforme o atesta o Comitê Internacional da Cruz Vermelha⁽²⁰⁾, “Considerando os inúmeros instrumentos que estipulam os direitos e a situação dos suspeitos e acusados, o fato de que haja somente um instrumento protegendo as vítimas da criminalidade e do abuso de poder nos oferece uma visão desconsolante das prioridades em questão. Não parece justo que seus direitos e situação sejam protegidos tão precariamente quando comparados aos níveis de proteção oferecidos aos infratores. A proteção as vítimas do crime é muito limitada, quando

⁽¹⁹⁾ MORAES Alexandre de Direitos Humanos Fundamentais Coleção TEMAS JURÍDICOS v. 3 Edições Atlas São Paulo 1998 p. 46

⁽²⁰⁾ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA Obra cit. Capítulo 13 p. 205

comparada ao número de instrumentos destinados à proteção dos direitos dos suspeitos e pessoas acusadas nas áreas de captura, detenção, prevenção e detecção do crime (...) Somente uns poucos dispositivos de tratados criam obrigações aos Estados Partes com respeito ao tratamento das vítimas do crime e do abuso do poder”, sustentando-se, no entanto, que os Encarregados da aplicação da Lei (leia-se, os agentes policiais) devem ser “convencidos de que o bem-estar das vítimas deveria ser da mais alta privacidade. Não se pode desfazer o crime cometido, porém, o auxílio e a assistência adequados fazem com que as consequências negativas do crime para com as vítimas sejam definitivamente limitadas”.

4. O Poder Judiciário como instrumento de defesa da cidadania e dos direitos humanos fundamentais.

Cuidando do “Direito, Cidadania e Justiça”, Oscar Vilhena Vieira⁽²¹⁾ sustenta que “Para que os indivíduos possam efetivamente fruir esses direitos, é necessário que o Estado seja estruturado de uma forma específica voltada a limitar o seu poder judiciário todas as vezes que se virem ameaçados em seus direitos. Toda ordem estatal, todas as suas autoridades e decisões, inclusive as legais, devem estar submetidas a esses direitos. Nesse sentido, a idéia de Estado de Direito se torna um elemento essencial à consolidação, aprofundamento e sobrevivência do regime democrático. A democracia é essa normalidade, pois fora dela não há como se falar em garantias de direitos. Pressupõe um ambiente estruturado com base numa racionalidade legal, dotado de instituições jurídicas que respondam a uma ética própria do espaço público. Toda vez que esse sistema for colocado em xeque a democracia estará em risco”.

Na estrutura do Estado brasileiro, como é cediço, cabe, em especial, ao poder Judiciário a garantia da cidadania e dos Direitos Humanos, lembrando Alexandre de Moraes⁽²²⁾ que “A Constituição Federal reconhece em situações excepcionais e gravíssimas a possibilidade de restrição ou supressão temporária de direitos e garantias fundamentais, prevendo-se

⁽²¹⁾ VIEIRA Oscar Vilhena *A violação dos Direitos Humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil, Ensaio sobre “Direito, Cidadania e Justiça, coordenação de Beatriz Di Giorgi et alii, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p 191*

⁽²²⁾ MORAES, Alexandre de *Direitos Humanos Fundamentais, ed Cit P 47.*

sempre, porém, responsabilização do agente público em caso de utilização dessas medidas de forma injustificada e arbitrária”

O agente público, em especial aquele a que se incumbiu a aplicação da lei (entenda-se ao agentes de polícia), assim, ha de ser responsabilizado perante um Poder autônomo e independente, evitando-se, deste modo, ser ele, também, julgado precipitadamente, no fragor dos acontecimentos, num verdadeiro linchamento, que violara, ao certo, também, os seus *Direitos Humanos*, cidadão que também e

Todos sabemos e Alexandre de Moraes⁽²³⁾, citando diversos autores, afirma que “O Poder Judiciário e um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como um poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito pois como afirma Sanchez Viamonte (Manual del derecho político Buenos Aires Bibliografico Argentino, (s d), p 212), sua função não consiste somente em administrar a Justiça pura e simplesmente, sendo mais, pois seu mister e ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar os direitos humanos fundamentais e, mais especificamente, os principios da legalidade e igualdade sem os quais os demais tornariam-se (sic) vazios

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado de direito democrático sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, ‘a chave do Poder Judiciário se acha no conceito de independência’ (Poder Judiciário Tradução Juarez Tavares, São Paulo Revista dos Tribunais, 1995, p 87) Bandires – também citado por Alexandre de Moraes – afirma que a independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito a tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um Tribunal independente e imparcial (Poder Judicial y Constitucion Barcelona Bosch Casa Editorial, 1987 P 12) () Dessa forma ponderou Alexandre de Moraes competência ao Poder Judiciário garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos humanos fundamentais sem que possa a lei excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de direito (CF, art 5º, XXXV)”

⁽²³⁾ *MORAES Alexandre de Direitos Humanos Fundamentais ed Cit p 51*

5. CONCLUSÃO

Podemos a partir dos fundamentos doutrinários retro elencados, concluir que

5 1 – A dignidade humana decorre do preceito bíblico de que o homem foi feito a imagem e semelhança de Deus. O homem, porém, tem violado o princípio divino de sua dignidade. Para ele o valor supremo não é mais Deus e sim o próprio homem.

5 1-1 – Mas, de qualquer modo, a sociedade fez-se para o homem e não o homem para a sociedade, o que, no entanto, não quer dizer que a sociedade se encontra subordinada à atividade egoística do homem, pois, este há de colaborar com os demais homens da sociedade em que vive.

5 2 – O homem e o cidadão que vive em uma determinada sociedade. O fato de ser cidadão propicia a cidadania. Esta é a condição jurídica que podem ostentar as pessoas físicas e morais, e que por expressar o vínculo entre o Estado e seus membros implica de um lado, submissão à autoridade, e de outro o exercício de direito. O cidadão é membro ativo de uma sociedade política independente.

5 2 1 – Pode-se afirmar que a realização plena dos direitos de cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados.

5 3 – Tais Direitos Humanos, nacional e internacional assegurados, são Direitos Humanos Fundamentais, como tal considerados os positivados, isto é, institucionalizados por um Estado.

5 3 1 – É válida a posição de Alexandre de Moraes no sentido de que “O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana fundamentais”.

5 3 2 – Os “Direitos Humanos” atualmente, não se confundem com o “Direito Internacional Humanitário”. Há, realmente, um diferencial entre o que se denomina de “Direitos Humanos” e o que se denomina de “Direito Internacional Humanitário”, porque, o “Direito Internacional

Humanitário” intervém em caso de violação da ordem internacional ou na hipótese de conflito interno não-internacional; os “Direitos Humanos”, por sua vez, aplicam-se, principalmente, em tempos de paz.

6 – O Poder Judiciário é um dos principais, senão o principal, instrumentos de defesa da cidadania e dos Direitos Humanos Fundamentais, contra os desmandos do Estado

6.1 – Daí por que, em tempos que procuram desacreditá-lo, minimizando as suas prerrogativas e de seus juizes, urge que as forças vivas da cidadania, assim também ameaçada, se unam em defesa do Poder Judiciário e, portanto, dos Direitos Humanos Fundamentais dos cidadãos.

O Jogo: Um Paradigma para a Execução

Mônica Sette Lopes^(*)

Como registro da passagem de meu pai, de Geórgia e da Nonga (que lhes faz companhia).

1. OS PORQUÊS DO JOGO

A experiência profissional de mais de um ano de trabalho exclusivo no julgamento de recursos interpostos de decisões proferidas em execuções trabalhistas (mais especificamente, no julgamento de agravos de petição - art. 897, *a* e § 1º da CLT) constitui a justificativa *espiritual* para o desejo de desenvolver o tema da execução, como se segue.

A justificativa *racional* assenta-se na necessidade de *problematizar* os aspectos ligados à execução para além da singela interpretação dos cânones legais em que ela se baseia. A proposta, portanto, não será, propriamente, a de oferecer respostas, mas a de introduzir, francamente, alguns dos ângulos tormentosos que envolvem a prática da execução.

Quando se analisa o processo e suas várias etapas, usualmente, se é levado à convicção, quase exauriente, de que a sentença constitui um momento fundamental da atuação do Estado porque nela se expressa a conclusão sobre “a manifestação de vontade da lei”⁽¹⁾. Este ato processual é enfatizado como expressão máxima da maneira como o juiz *sente* e como compatibiliza dados diversos que são, em sua essência específica, *fato* e *norma jurídica*. Dogmaticamente, esta sensação de definitividade explicita-se, por amostragem, no art. 463 do CPC, segundo o qual, ao publicar a sentença, “o juiz cumpre e acaba seu ofício jurisdicional”, como se nada mais dele se pudesse exigir a partir dali, como se não houvesse mais direito a ser dito.

(*) Juíza da 12ª Vara da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG Doutora em Filosofia do Direito pela FDUFG

(1) THEODORO JÚNIOR, Humberto *Processo de conhecimento Rio de Janeiro Forense* 1978, v. 2, p. 636

É verdade que, do ponto de vista técnico, a sentença põe fim à demanda e consagra a impossibilidade de o juiz vir a manifestar outro entendimento sobre a questão decidida e sobre o modo como traduziu a realidade para o processo⁽²⁾

No entanto, o pedestal em que foi posta a sentença, com sua grandeza, ruí com facilidade se se entender que o momento culminante do processo se dá com sua publicação. Ainda que a ela seja dado esse lugar de honra na composição do quadro processual - porque com ela se define o litígio, se estabelece a cena completa em que o fato vivenciado pelas partes encontra, subsumido, seu reflexo na norma jurídica -, constitui, mesmo depois de atingida pela autoridade da coisa julgada, um mero ponto de passagem que se abre para o lado negro do processo, o vazio sem fim do misterioso destino: a execução.

Em tempos em que a eficácia do sistema de solução de conflitos a cargo do Estado é posta em cheque, não se pode tratar o processo de execução exclusivamente a partir de paradigmas teóricos ou pelas possibilidades abstratas que ele concede, com o uso da técnica jurídica e dos padrões normativos inseridos nas normas processuais. A lei, tampouco, pode ser enxergada como um vetor transparente da segurança sem o confronto com o problema, com o cenário do conflito que ela visa a apaziguar e do conjunto das soluções que de sua interpretação se originaram. Em última e definitiva análise, a ineficácia é da própria lei - produto do Estado *ordem-jurídica*⁽³⁾ - como mecanismo deflagrador desta segurança social possível⁽⁴⁾.

A posição de posterioridade no processo e mesmo em relação ao quadro completo em que se organizam o CPC, o CPP ou a CLT faz com que a

⁽²⁾ Não se cuida aqui, naturalmente, da decisão a ser proferida em embargos de declaração interpostos da sentença porque a possibilidade de reexame, em linha de estreitos pressupostos, foi aberta pela própria ordem jurídica

⁽³⁾ Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de *Direito público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas* 2 ed rev e aum Belo Horizonte Del Rey, 1996

⁽⁴⁾ Cf. a posição de Antonio Hespanha para quem os sintomas mais evidentes da crise da lei estão a) na sua generalizada desobediência por parte dos cidadãos, b) na não aplicação (ou aplicação seletiva) da lei, por parte dos órgãos de poder e c) na ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei - HESPANHA, Antonio M *Lei e justiça história e prospectiva de um paradigma* In HESPANHA, Antonio *Justiça e linguística história e prospectiva* Lisboa Calouste Gulbenkian, 1993, p 10

execução seja relevada a um segundo plano, como uma preocupação menor, comezinha. A desimportância que equivocadamente se atribui ao processo de execução implica em superficialidade de análise e poderá ser vista dos bancos escolares até a preferência dos juízes. A situação agrava-se no que tange à esfera obrigacional porque, em geral, estar-se-á às voltas com a necessidade de raciocinar matematicamente, com o que não estão afeitos os que operam com técnica jurídica, para os quais, em sua grande maioria, basta o domínio do verbo, da *palavra*, que constitui, em essência, a forma de expressão do fenômeno jurídico.

Não há dúvida de que, *pitagoricamente* falando, o ideal de justiça seria que toda a realidade pudesse ser convertida em padrões que se submetessem apenas à análise da lógica matemática, em que as leis não encontrassem modelos outros de interpretação. A justiça, num prisma idealizado, utópico, ficcional deveria ser interna e totalmente ponderável sob bases de regular aritmética, partindo da rigidez formal de um modelo normativo⁽⁵⁾, como um ideal de máxima segurança e de mínima interpretação, desdobrando as palavras de *Carlos Campos*.

O estigma tecnológico, entretanto, ainda não logrou converter a realidade - multifacetária, ambígua, difusa - em dados virtualmente traduzíveis em números.

Esta multiplicidade alcança naturalmente a execução em que fatores que vão desde a emocionalidade não ultrapassada pela força estatalizante da coisa julgada até a ameaça alienação da casa de morada da família para a garantia de débitos, passando pelos mais rudimentares percalços técnicos, comprem o malévolos papel de dificultar a plena realização do direito

Para outorgar uma maior visibilidade à questão devem-se conhecer os meandros que envolvem a execução e traduzi-los com tal clareza que permita definir, pela experiência, as faces do problema e, conseqüentemente, os modos de resolvê-lo.

⁽⁵⁾ Cf a subdivisão dos modelos normativos de acordo com o grau de discricionariedade criadora que se outorga ao juiz, LOPES, Mônica Sette *A equidade e os poderes do juiz* Belo Horizonte Del Rey, 1993, p 109 et seq e CANARIS, Claus-Wilhelm *O pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito* Trad A Menezes Cordeiro Lisboa Calouste Gulbenkian, 1989

A prática colore as manifestações jurídicas com tons que não foram, necessariamente, visualizados no momento da elaboração da norma e terminam por criar contextos marginais, em que corpos de regras *não-jurídicas* são não apenas aceitas como, muitas vezes, usadas como subterfúgio para afastar a configuração dos modos de incidência previstos na regra. Estas práticas devem ser trazidas para as investigações que tenham por objetivo conhecer o direito, como ele funciona, como ele se organiza.

Castanheira Neves enfatizando que “o *logos* é constitutivo da *praxis*”, sustenta que “qualquer prática refletida - i. é, que não se confunda com o *habitus* inconsciente e antes convoque a razão numa autoconsciência crítica - assume uma pré-compreensão de sentido que, convertida em enunciação sistemática pela mediação do problema, se faz teoria. E se essa compreensão, na sua intencionalidade regulativa, depara com as condições históricas (histórico-sociais) em que se encontrará simultaneamente a possibilidade e a resistência à sua realização, é na dialética entre aquele regulativo, assumido pela liberdade, e estas condições impostas pela realidade, que se forja, afinal a prática de que a história dará testemunho”⁽⁶⁾.

No que concerne ao conhecimento da trama que envolve a construção de um direito mais eficiente e sua teorização numa autoconsciência crítica, os canais desta diversidade prática são muitos e podem se situar em esferas que se distanciam das bases pura e destacadamente jurídicas, os quais, exatamente por este distanciamento, merecem reflexão.

Um bom exemplo de fonte para este exame está em um livro, recentemente editado, de autoria de *Drauzio Varella*⁽⁷⁾, médico que durante alguns anos frequentou Complexo do Carandiru - presídio imenso na cidade de São Paulo - para implantar medidas de profilaxia em relação à AIDS.

Poder-se-ia argumentar que a técnica de que ele se vale não tem qualquer nexos com a técnica jurídica e que, por isto, sua experiência não guarda significação para o Direito como ciência, para o Direito como modo de solução dos conflitos na esfera da sociedade.

⁽⁶⁾ NEVES, A. *Castanheira A imagem do homem no universo prático In Digesta Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros Coimbra Coimbra, 1995, v 1, p 311-2*

⁽⁷⁾ VARELLA, *Drauzio Estação Carandiru São Paulo Companhia das Letras, 1999*

Não é isto o que ocorre.

Os seus olhos leigos em relação ao direito possibilitam uma visão sem preconceitos da prática da execução das penas, uma apreensão de quadros variados da realidade pela dispersão das histórias narradas, dando um testemunho acurado de situações que se realizam no quadro efetivo da vida.

Vê-se ali que os detentos criam no espaço territorial que ocupam um mundo de regras próprias, um universo todo peculiar que corresponde a uma parcela da realidade com a qual nem a vida externa, nem as construções jurídico-conceituais têm qualquer contato. Quando a vida exterior (família, droga, relacionamentos, experiência pregressa) penetra na cadeia com seu colorido particular ganha modelagem própria e passa a ser interpretada e compreendida com base em valores que ali peculiarmente se compuseram. Aquele grupo social tem sua própria noção de direito e esta versão residual se insere e influi tremendamente no modo como se dará a execução da pena.

O caráter imprescritível de certos crimes e comportamentos indesejados, na versão dos detentos, a atribuição de valoração diversa para os crimes (os ladrões são mais respeitados do que os traficantes e estes mais do que os estupradores), a força da palavra empenhada (“mais força do que um exército”); as fábricas internas (de faca, de *marialouca*, a pinga destilada clandestinamente, de túneis); o organizadíssimo sistema de limpeza das acomodações e áreas de trânsito; a realidade implacável da entrada das drogas, principalmente do *crack*; os ratos, as doenças, o trânsito da alma humana entre bondade e degradação; o infimo segundo que leva alguém a derivar sua vida para fora da margem segura da legalidade — tudo isto são relatos trazidos no livro.

O aspecto, contudo, que causa maior perplexidade é a absoluta falta de controle, por parte da Administração, quanto aos rumos e à organização interna de todos os procedimentos ligados ao cumprimento das penas. Ultrapassados os umbrais da entrada, a execução da sanção penal, oriunda da condenação, foge inteiramente do controle do Estado. Os seus modos de realização submetem-se a uma ordem internamente composta e concretamente formulada por um compromisso tácito assimilado pela comunidade. Assim, as decisões sobre o local onde cada preso ficará, sobre divisão das celas, sobre quem distribuirá os alimentos ou cuidará da limpeza-faxina, em seus vários turnos, sobre os deslocamentos de presos entre os

diversos pavilhões e dentro deles, sobre a imposição de incomunicabilidade com presos não são tomadas pelo sistema administrativo mas por eles próprios, num intrincado esquema de divisão de poder que demonstra o descontrolo e, mais uma vez, a inoperância do Estado.

Por outro lado, este mesmo modo de imposição de poder implica na criação de um sistema de regras *não-jurídicas*, marginais, pelo qual se impõe uma sanção direta, de execução imediata, sem recurso possível que vai desde a morte até as lesões corporais, passando pelo ostracismo compulsório:

“Na prisão, a violência que explode em ciclos invade a vida dos guardas. Nos acertos de contas entre a malandragem, quando um grupo decide dar cabo de alguém, os funcionários têm ordem de não interferir. Morra aquele que tiver coragem de morrer; paciência, trabalham desarmados:

- Nessa hora não dá, doutor, é como querer apartar briga de cachorro louco.⁽⁸⁾”

Os acertos de conta são incontroláveis e percorrem um mundo obumbrado no qual *ninguém-sabe-ninguém-viu*, que remonta ao sistema de castigo e vingança que constitui, precisamente, aquilo que o direito visa a eliminar.

Depois de ler o livro, fica a impressão de que toda a teoria em torno da sanção, como elemento integrante da norma jurídica, deve ser revista e constitui uma ilusão difundida, mas estranha à vida real.

Não se pode desconsiderar a constatação de que cada grupo social faz, numa certa medida, a construção de seu arcabouço específico de realidade jurídica relevante⁽⁹⁾. A própria consciência dos detentos em relação à tipificação da conduta ilícita em que incorreram, geralmente pela expressa menção do artigo do Código Penal em que ela é descrita, pode constituir um

⁽⁸⁾ VARELLA, 1999, p 115

⁽⁹⁾ Cf neste sentido, como exemplo, ROULAND, Norbert *Introduction historique au droit Paris PUF, 1998, p 213* O autor traça um panorama da forma como o direito é percebido sob diversos pontos de vista, a partir de pesquisa dos alunos de primeiro ano da faculdade em que leciona, que tomou como referência o direito tratado pelas revistas ditas femininas (*Marie Claire, Cosmopolitan etc.*)

exemplo de uma certa dispersão desta consciência leiga. No entanto, quando se fala em execução, em modos de fazer cumprir-se regularmente a sanção, estar-se-a na zona nebulosa em que a realidade não encontra ressonância no padrão frio e sem nuances da norma. Há a criação de um *universo paralelo* da vida que se impõe a organização formal da lei.

O destaque que pode ser dado a esta faixa arestosa que se extrai do tratamento, quase literário, da execução das penas não constitui uma representação da realidade que esteja afastada dos demais modos como se da a execução de sentença e de títulos extrajudiciais, ou seja, dos procedimentos reais que levam a efetividade da sanção que, independentemente da corrente de pensamento jurídico por que se opte, constitui dado importante para a compreensão da essência do paradigma jurídico. Quando a realidade deixa a capa do processo em que a sanção estatal se expôs de forma definida na sentença e encontra sua substância no fluxo múltiplo da vida, o direito perde sua transparência formal.

Estes fenômenos são graves e desagregadores na esfera penal (vejam-se os casos de Carandiru e das Febem's). Na execução civil e/ou trabalhista, tampouco, a realidade pode ser vista sob uma ótica que se resume ao quadro estanque dos processos. A fragilidade da Justiça, no que concerne as obrigações, traz uma insatisfação imensa no contexto das relações privadas e a sensação de impunidade que fermenta o clamor da praça pública pela melhoria do sistema de controle jurisdicional do Estado.

Há a evasão do crédito, a transferência dos bens, a utilização das vias impugnatorias legítimas como um meio de protelar o fim do processo. Há a recalcitrância de quem não aceita a condenação. Há a transferência de bens com simulação. Há a inviabilidade total dos modos de executar empresas e sócios-gerentes que desaparecem no mundo sem deixar qualquer vestígio que possa ser transformado em pecúnia. Há os erros de cálculo - prejudiciais ao credor ou ao devedor - que se convertem em verdade imutável pela displicência das partes com acompanhamento do processo. Há a constatação da absoluta impossibilidade de arcar com a execução que culmina em muitos casos com a tristeza de se ter que analisar a penhora de quinquilharias domésticas sem nenhum valor material mas cheias de ressonâncias emocionais.

Composta esta cena ampla e fácil concluir que o maior problema do direito não é enunciar, com tons de juridicidade, os elementos

de vida que, valorados pela regra jurídica, passarão a compor a ordem jurídica e a constituir representação de um determinado sentido tutelar com o estigma da exigibilidade. O grande dilema é o dos meios disponíveis para obter-se efetivamente a observância da conduta devida, quando a adesão a seus pressupostos de conduta não se tenha dado espontaneamente.

Norberto Bobbio, cuidando dos direitos fundamentais, insiste em que se deva recordar que “o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições”⁽¹⁰⁾.

Se esta é uma constatação que se faz notar em relação aos direitos sociais e/ou fundamentais, sob o prisma de sua materialização, não será elemento estranho quando se queiram avaliar os desdobramentos gerais do paradigma legal. a partir desta face, pouco desvendada da realidade operacional do direito, que é o modo como se opera a exigência do cumprimento da norma e da aplicação da sanção.

2. AS CORRELAÇÕES COM O JOGO

Se o desejo de problematizar as contingências da realidade que envolvem a execução se deveu à experiência na atividade de julgar, a definição do modo como fazê-lo e do que abordar deveu-se a uma necessidade de expor o tema numa linguagem que fosse além da mera dogmática ou da dissensão de interpretação que ocorre em torno das questões formais discutidas nos processos.

François Ost e Michel van de Kerchove coordenaram a edição de um livro, de cujo título se tomou o nome dado a este trabalho - *Le jeu: un paradigme pour le droit* (O jogo: um paradigma para o direito)⁽¹¹⁾. Ali vários autores, além dos organizadores, procuram analisar se é possível o

⁽¹⁰⁾ BOBBIO, Norberto *Sobre os fundamentos dos direitos dos homens* In *A era dos direitos* Trad Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro Campus 1995 p 24

⁽¹¹⁾ OST, François KERCHOVE, Michel van de (Coord) *Le jeu un paradigme pour le droit* Paris LGDJ, 1992

estabelecimento de correlação entre o direito e o jogo, assimilação que tem suas raízes no caráter lúdico que por vezes preside a direção do pensamento pós-moderno⁽¹²⁾.

A regra interna do jogo da execução deve enfrentar uma realidade mais abrangente que *não está no autos, mas que está no mundo*, ultrapassando o espectro puramente normativo. Ainda que, sob o prisma de sua construção conceitual, ao direito não importe a aceitação da sanção, já que ela incide de forma incondicionada, até à força da coisa julgada, a sua não assimilação concreta pelo destinatário é um tormentoso fenômeno que o Estado não tem meios efetivos para conter.

A idéia de jogo e a noção de antagonismo de interesses exprime-se na relação processual, em um esquema de propulsão de ações que muitas vezes envolve mais do que as próprias partes, porque as decisões do *juiz* geralmente provocam respostas de autor e de réu que exercem marcada influência no desdobramento do processo. Assim, independentemente do suposto material que esteja por detrás do objeto do litígio (relações comerciais, de família, de consumo, de posse e propriedade, conflitos entre capital e trabalho) haverá sempre a possibilidade de equiparação e de reprodução do conflito que se opera no *jogo*.

No artigo final, como conclusão, os autores apontam os tópicos dicotômicos que devem ser considerados para o estabelecimento de correlações analógico-dialéticas entre o direito e o jogo: *estratégia e representação; cooperação e conflito; realidade e ficção. regulação e indeterminação; o interno e o externo*⁽¹³⁾

A análise proposta partirá da disputa ambivalente entre estes tópicos, com a observação de que eles não podem ser analisados como pólos isolados. Na verdade, há o estabelecimento de uma interação e os suportes adotados interferem com reciprocidade em cada um deles.

⁽¹²⁾ Cf DE TRAZEGNIES GRANDA, *Fernando Posmodernidad y derecho Bogotá Temis, 1993* e HESPANHA, *Antonio Manuel Panorama histórico da cultura jurídica européia 2 ed Lisboa Calouste Gulbenkian, 1998, p 200-13*

⁽¹³⁾ OST, *KERCHOVE, 1992, p 249-50*

3. ESTRATEGIA E REPRESENTAÇÃO

O jogo constitui a representação de algo ou um ponto de vista simbólico em relação a uma faixa da realidade e pode ser apreendido como estratégia ou luta por alguma coisa, do ponto de vista utilitário ou instrumental⁽¹⁴⁾, sem que haja uma dissociação ou uma contraposição entre estes dois espectros de análise

A execução representa o momento em que a força de retenção do Estado substitui o *fazer-se justiça pelas próprias mãos*, a valoração livre do *olho por olho dente por dente*. A decisão ou o título que se executa, por isto, deve traduzir o modo mais adequado para restabelecer o equilíbrio entre as partes e/ou entre elas e a coletividade. Tudo isto baseia-se na simbologia de que a lei contém a realidade e de que sanção, por seu reverso, poderá difundir a rejeição a um comportamento pela ordem social. O simbolismo ganha, com isto, uma mão dupla a exigir que o processo de execução funcione de modo a revelar esta representação de forma adequada, não apenas porque significa o êxito na repressão de um comportamento não aceito, como porque embute a construção de um modelo que tem um tom paradigmático, exemplar.

A luta por alguma coisa e entrevista na forma como a substituição se realiza e como o Estado responde as necessidades de controle eficaz das relações conflituosas na sociedade

Por isto o sucesso do jogo será obtido sob um ângulo interno entre vencedor e perdedor ou a partir do confronto da habilidade dos jogadores com os resultados obtidos

Seria preciso que o objetivo almejado pelas partes ou a estratégia composta a partir do padrão normativo abstrato chegasse a um resultado ótimo ou, mais ainda, que a posição dos envolvidos se situasse em igual medida, dirigida a uma mesma direção. No entanto, cada um dos *jogadores* tem um objetivo, concebido segundo suas próprias contingências pessoais, e até o juiz, com representante da voz do Estado, fala segundo seu ponto de vista e compõe um quadro de estratégias, tomado da interpretação da lei, que pode não lograr o resultado ideal. Ele, na verdade, leva sua própria

⁽¹⁴⁾ OST KERCHOVE 1992 p 250-1

personalidade para o processo e a condução firme antevendo a jogada de cada parte e os seus objetivos - reais e velados - situa-se como essencial.

A execução revela a peculiaridade do caso. O ideal seria que se desse uma descrição neutra do desfecho do conflito sintetizado na sentença: *Fulano* foi condenado a pagar a *Ciclano* o equivalente a um valor determinado de dinheiro referente a tais e tais parcelas, aceita a condenação e faz o depósito no prazo de 48 horas que se segue à citação para a execução. O ideal seria que esta posição juridicamente definida bastasse como pólo deflagrador da ação ou omissão no sentido de seu cumprimento.

As estratégias, contudo, não se voltam explicitamente para este resultado unívoco. Elas reproduzem, na verdade, a representação da realidade possível no processo e esta representação nem sempre alcança todos os elementos accidentais e móveis que interferem diretamente na concretização da execução.

Estes elementos que a conformam internamente são também eles representativos - ou ficcionais - na medida em que não se pode, por exemplo, fazer dinheiro imediatamente ou que não se consegue definir valores precisos que quantifiquem uma situação de dano relevante na realidade de fato.

Bert van Roermund situa com clareza o papel da representação no direito, destacando a ocorrência do que ele chama de uma *eleição radical*, em que o representacionismo leva a um duplo sentido, em que se acentuam, por um lado, o reforço de sua possibilidade e, por outro lado, a possibilidade de sua contradição: “ou bem o jurista reforça a auto-representação de direito positivo, dissimulando-a atrás de uma *realidade* que, *a priori*, dá a ele razão e não o deixa ser surpreendido, ou bem se impõe a tarefa de explicitar esta *auto-representação*, relatando em cada oportunidade possível a custa de quem e de que se fala, regula e decide juridicamente”⁽¹⁵⁾.

Aqui revela-se o pólo de dissensão entre os jogadores, assim considerados aqueles que estão envolvidos na execução.

⁽¹⁵⁾ ROERMUND, Bert van. *Derecho, relato y realidad Trad Hans Lindahl Madrid Tecnos. 1997, p 123*

A medida da lei em cada execução é marcada pela peculiaridade do caso, no que reside a importância da consciência de que ao juiz cabe definir a estratégia que levará de forma mais adequada ao resultado final indicado pela sentença que se executa ou pelo teor do título extrajudicial. Ele é, em última análise, quem define as cartas, quem direciona o jogo.

Estas peculiaridades envolvem nuances materiais e processuais, assim como dados da realidade contingente e/ou superveniente das partes.

A CLT traz um exemplo contundente desta situação.

Até a edição da Lei 8.432, de 11.06.92, o único momento processual em que se poderia impugnar a execução (cálculo, penhora etc.) era aquele a que se refere o art. 884 da CLT, em que está disciplinada a apresentação de embargos à execução pelas partes. Uma modificação, ao que tudo indica visando a uma celeridade maior, introduziu nova situação segundo a qual, na forma do §2º do art. 879 da CLT, após elaborada a conta de liquidação “o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão”.

Se o juiz aquiesce na utilização da faculdade que lhe é outorgada e se as partes apresentam a impugnação, caberá a ele se posicionar e homologar a conta como lhe parecer mais acertado. No entanto, como o art. 884/CLT não foi revogado, a parte deverá, no prazo de 5 dias contados da penhora, apresentar embargos renovando a impugnação que não tiver sido acatada. Por outro lado, se a parte não houver se manifestado, a possibilidade de apresentação de embargos continuará aberta, sendo porém o entendimento dominante no sentido de que a discussão dos cálculos estaria fulminada pela preclusão. A antinomia, nesta situação, reside na existência formal de dois canais quase simultâneos de impugnação, o que funciona como um estratagema para o credor que tenha o interesse em protelar a execução, já que terá sempre escondida na cartola a alegação de não observância da ampla defesa e do contraditório.

O resultado útil da absorção da faculdade de concessão de prazo preclusivo é nenhum porque para o ritmo processual não há qualquer contribuição pela pouca utilidade da via impugnatória, condicionada sempre à renovação em embargos, pela inexistência de recurso cabível contra a decisão homologatória do cálculo.

A opção do juiz pode significar um desgaste ainda maior para o fluxo do processo, sendo que a estratégia tende a não atingir o fim utilitário presumivelmente objetivado.

Nesta como em outras situações, a argúcia do técnico-advogado costuma converter instrumentos abstratamente fornecidos pela ordem jurídica para a defesa e a segurança das partes em meios de protelar e de frustrar a execução, assim como a inabilidade instrumental de alguns termina por abrir um amplo flanco para que estes estratagemas espúrios atinjam plenamente seu objetivo. Para solucionar o impasse não bastará ao juiz simplesmente aplicar multa, porque muitas vezes esta é exatamente a centelha de controvérsia, a *deixa* que faltava para imprimir um ritmo mais lento ao processo com a profusão de impugnações.

Muitas vezes o reconhecimento de uma nulidade causa uma *frustração muito maior à parte que a alegou do que a negativa de sua existência* e esta artimanha deve ser atentamente observada pelas partes que contra ela se insurgem e pelo juiz. Certa feita, veio uma carta precatória de São Paulo, com longa argüição de nulidade pelo fato de a memória de cálculo não ter acompanhado a citação. A superação da argüição seria possível a partir da possibilidade de manusear os autos por advogado constituído em Belo Horizonte, pela impugnação já feita aos cálculos e por outras peculiaridades menores que o tempo se encarregou de apagar da memória. No entanto, decidindo os embargos, pela insistência da alegação, pareceu mais adequado acolher a nulidade e determinar que nova citação se fizesse, agora regularmente acompanhada da memória descritiva dos cálculos. Um mês após publicada a *primeira decisão de embargos, voltou a carta precatória regularmente cumprida e novos embargos*: a peça não conseguiu esconder a amargura de haver perdido o único ponto que, configurando suposta ofensa à Constituição, poderia ser um caminho para veicular o conhecimento de recurso de revista pelo TST e sobretudo o agravo de instrumento que certamente seria interposto do não recebimento daquele.

A sensação, em hipóteses como esta, é de que a marca da estratégia que leva à construção jogo e à trama das partes no sentido de uma vitória envolve variáveis múltiplas que exigem atenção de tantos quantos devem se posicionar no processo. A idéia de propiciar o resultado útil do processo que sustenta o deferimento de *liminares* deve também acompanhar as escolhas feitas por aqueles que têm a intenção de levar o processo a bom êxito.

A definição da estratégia, portanto, revela um outro polo de interesse na comparação com o jogo, que é a dimensão de cooperação e conflito

4. COOPERAÇÃO E CONFLITO

A execução faz traduzir-se a mesma dificuldade que se dá na aceitação espontânea da lei, na adesão sem pressões ao sentido de regulamentação prevista pelo Estado

Esta contingência reforça a imposição das idéias de cooperação e conflito que constituem ponto angustiante do procedimento executorio e se associam as noções de lealdade e artimanha. No processo pode-se revelar o assentimento das partes com a direção dada ou um absoluto antagonismo que pode até impossibilitar se atinja o resultado final

No que concerne a *práxis* de incidência das normas jurídicas, a maior parte das situações de vida é presumivelmente de aceitação, de espontânea adesão. No entanto, como ruptura, e o conflito que se oferece como ponto para necessário estudo, porque é ele que põe o direito em movimento e que traz a incidência da sanção. São as hipóteses de resistência e de descumprimento - ou que representem a dúvida sobre a regularidade de cumprimento, uma vez que nem todas as ações são julgadas procedentes - que ganham relevância como dado de representatividade de conflito, de não cooperação, porque elas e que exigem a mobilização do aparato do Estado e, procedentes ou procedentes em parte, trazem a necessidade da execução

Ela, por sua vez, envolve a aceitação da interpretação da decisão da qualidade e da quantidade da sanção, que, em última análise, coincide com a aceitação da própria lei. Este enfrentamento constitui a base que estabeleceu a diferença entre as idéias de cooperação e de instigação do conflito

No Direito do Trabalho, os credores - geralmente os empregadores - em grande parte dos casos, não estão satisfeitos com a materialidade das previsões de tutela legal do trabalho subordinado trazidos nas normas jurídicas, o que se reflete na dificuldade de se executar as sentenças. As alegações são de que o custo da mão de obra é muito alto e de que os ônus e obrigações a eles atribuídos são prejudiciais ao pleno desenvolvimento da atividade produtiva. A dispersão e a variedade das

obrigações trabalhistas, como se o aumento de desdobramentos representasse sempre aumento de segurança do empregado. simbolizam, na verdade, o conflito básico entre capital e trabalho, que remonta, com variadas acepções, aos primórdios do homem. A presunção de conhecimento da lei, em que se deve incluir a presunção de conhecimento das normas coletivas, constitui uma *ficção* notadamente para as empresas de pequeno porte, quando se considera esta pluralidade normativa

A cooperação viria naturalmente se se pudesse acreditar que a esta presunção de conhecimento da norma - aí incluídos os efeitos da sentença - correspondesse sua efetiva aceitação

Em todos os casos a ideia de profilaxia, de prevenção do conflito, de antevista das repercussões da prática constitui o modo como mais objetivamente se pode lograr a cooperação e, por conseguinte, afastar a incidência da sanção ou a imposição compulsória da execução, a partir da conduta básica que afasta a dissensão

Por outro lado, a execução processar-se-ia de modo mais fácil se houvesse uma desemocionalização do processo, fulcrada na difusão da ideia de que o direito constitui um recurso da técnica, cujo conhecimento deve ser francamente facilitado

Os momentos na execução passam por estes influxos, na ambivalência de *aceitação-cooperação* e *rejeição-conflito* e como ressaltam *Ost* e *van de Kerchove* há a intuição de uma dialética entre consenso e dissensão “Numa perspectiva normativa e crítica, pode-se admitir a ideia de que todo o processo de legitimação racional das normas jurídicas supõe necessariamente uma dialética entre os momentos de consenso, que traduzem um acordo estável sobre a hierarquia de valores, e de momentos de dissensão, que traduzem o questionamento por grupos determinados das hierarquias estabelecidas (*par tel ou tel groupe des hierarchies établies*)”⁽¹⁶⁾

Na execução esse dissensão pode ter duas raízes: uma discordância ressaltada pela vontade de dilatar a margem de aplicação da sanção ou uma discordância efetiva pela não aceitação da própria regra fundamental do jogo. A não aceitação da sentença ou de uma determinada

⁽¹⁶⁾ OST KERCHOVE 1992 p 253-5

decisão pode decorrer da substância mesma do caso ou de algum aspecto contingencial que se traduza para qualquer das partes em ruptura no curso do conflito.

Entre tantos exemplos concretos, pode-se citar o daquela empresa, que normalmente paga de modo imediato suas execuções e num processo específico faz de tudo para tumultuar e protelar. A razão desta conduta discrepante é o fato de, naquele processo, não haver sido recebido seu recurso ordinário porque houve omissão na impugnação oportuna do valor da causa, estranhamente fixado abaixo do limite de alçada. A sua insatisfação está ressaltada no fato de a liquidação haver chegado a ordem de R\$80.000,00, valor absolutamente incompatível com os limites fixados na peça inicial. Assim, ainda que não haja um erro no processo que possa ser objeto de revisão, o *ânimo* do credor está inexoravelmente marcado pela insatisfação e não haverá, definitivamente, qualquer cooperação.

Às vezes móveis personalíssimos, inerentes à relação concretamente havida entre as partes, sustentam o conflito judicial que, na verdade, é a representação do estrangulamento da relação sob o prisma psicológico e/ou sociológico. As separações judiciais e os divórcios são exemplos disto, quando o embate ultrapassa a linha emocional dos agentes e se sedimenta nas folhas dos autos.

Um outro exemplo é o do erro de cálculo que pode levar quem deve a pagar mais do que deve ou que é credor a receber menos do que seu crédito. Descoberto o equívoco, geralmente quando já se tenham esgotado todas as vias impugnatórias, constituirá um grave empecilho à concretização da execução.

Nas situações em que o credor esteja em efetiva dificuldade financeira, impedido pela fragilidade de seus fundos de cumprir com a execução, a falta de cooperação do devedor poderá constituir um meio de agravar a situação de ambas as partes e tornar interminável o processo.

Nestes casos, não haverá cooperação e o conflito será reproduzido na execução pela não aceitação da sentença e, conseqüentemente, da execução em que a sanção se materializa.

A situação, ainda que pouco razoável, é real.

Se a noção de cooperação constitui objetivo do direito⁽¹⁷⁾, a de conflito é a justificativa de sua existência, já que as normas jurídicas existem para afastá-lo.

Os fatores que podem levar ao exacerbamento do conflito ou à assimilação da cooperação são variados e, em regra, vêm de fora do processo, da peculiar situação e ânimo das partes em relação à controvérsia.

Nesta etapa, impõe-se outro contingenciamento que pode ser feito entre *realidade e ficção*.

5. REALIDADE E FICÇÃO

Seria a execução uma realidade pura, uma realidade virtual, uma ficção completa?

Tudo se resume à perspectiva do enfoque e cada uma destas possibilidades tem sua cota de participação devidamente reservada.

O direito é uma realidade porque as normas jurídicas tendem à materialização de seus efeitos. No entanto, é artificial, ficcional já pelo fato de que a sua construção é caracterizada pela heteronomia, só remotamente traduzindo a vontade autônoma e concreta dos destinatários, mesmo que se teorizem com idéias como a de contrato social e a de representatividade dos que são encarregados de editar as leis e de, *ultima ratio*, aplicá-las nos conflitos concretos.

Por isto, as noções de *realidade* e de *ficção* contingenciam-se em relação à execução, que, como se tem acentuado, configura o momento em que a exigência de cumprimento da sanção se faz mais translúcida. Ainda que o monopólio de aplicação da sanção não esteja em todos os casos nas mãos do Estado e que as próprias partes, sobretudo nas questões obrigacionais, possam estabelecê-las e fazê-las cumprir extrajudicialmente, é no processo que ela mais agudamente se realiza e se deixa visualizar.

⁽¹⁷⁾ Sobre a tendência do direito a uma idéia de cooperação, cf. D'AGOSTINO, Francesco *La sanzione nell'esperienza giuridica* Torino G. Giappichelli, 1993, p. 79-81

Aceitando a idéia de que se deva ver nas divisões, como a que se segue, um caráter estreitamente metodológico ou didático, toma-se a discriminação trazida em *Ascensão*, como uma referência para o que se desenvolverá. Para ele as sanções se dividiriam em *a) compulsória*, que é aquela que atua sobre o infrator para tentar compeli-lo a uma conduta por ele não adotada espontaneamente, sem prejuízo da exigência daquela conduta (p. ex, a prisão por dívida de alimentos, a prisão do depositário infiel, multa diária até reintegração do empregado ou entrega de guias, sanção cominatória, os juros de mora); *b) reconstitutiva*, que tem como objetivo reposição ou restauração natural da situação (p. ex., uso da força nas possessórias, pagamento da prestação devida); *c) compensatória*, quando a reconstituição não é possível, ou não é equitativa ou não é atingível, ou não é suficiente, fixando-se então uma indenização (p. ex., indenização em vez de reintegração do empregado, indenização de perdas e danos e/ou lucros cessantes); *d) preventiva*, cujo objetivo é prevenir violações futuras (p. ex., a advertência trabalhista e administrativa, a liberdade condicional ou vigiada) e, finalmente, *e) punitiva*, de que o principal exemplo é o da *pena* propriamente dita, de índole criminal, além da sanção disciplinar - suspensão, dispensa motivada⁽¹⁸⁾.

Quando se retoma certa tradição da sanção que envolve um grau de visibilidade maior, notadamente a partir de uma direta incidência sobre o corpo do agente até mesmo no que concerne às dívidas, o moderno sistema de execução se assemelha a um *faz de conta*. A construção de um arcabouço de reparação ou de substituição reinstaura a idéia de *ficção* pela implantação na realidade de uma assimilação: *faz de conta* que o pagamento de *x-dinheiros* é suficiente para reparar o dano causado pela clínica de cirurgia plástica que deixou a jovem mulher morrer, se esvaindo em sangue, porque não dispunha do equipamento necessário para tentar com mais proficiência salvar-lhe a vida após a lipoaspiração; *faz de conta* que a condenação do Estado em *x-dinheiros* é suficiente para tornar compreensível a necessidade de sacrificar animais porque o sistema de saúde pública não consegue evitar a disseminação da *leishmaniose*; *faz de conta* que a possibilidade de prisão vai fazer o pai inescrupuloso cumprir a obrigação de pagar alimentos a seus filhos

Assim, retomando a divisão trazida, na sanção *compulsória* estar-se-á quase sempre e simultaneamente às voltas com a versão

⁽¹⁸⁾ ASCENÇÃO, José de Oliveira *O direito — introdução e teoria geral uma perspectiva luso-brasileira* 8 ed rev (Portugal) Rio de Janeiro Renovar 1994, p 49-58

reconstitutiva, porque não houvera como afastar o cumprimento da parte principal da obrigação, de que aquela primeira constitui um reforço acessório

Na execução de sanção *compensatoria* delinea-se a *ficção plena* decorrente da impossibilidade de reversão do quadro ou de reimplantação do objeto real desejado (a *não-morte*, o *não-acidente*, a *não-lesão corporal* etc) Aqui o caráter plenamente substitutivo enseja um reforço do conflito, quanto a sua definição qualitativa e quantitativa e a representação da realidade, que se desejava, será uma porta sempre aberta para o dissenso

A sanção *preventiva* tem seu resultado projetado para o futuro, ou seja, para a não renovação do ato que a originou e, por isto, a sua realização faz-se de modo diferido

A sanção *punitiva* guarda sua máxima expressão na pena e atrai a afirmativa de Foucault de que a prisão tem um papel mais simbólico e exemplar do que econômico, penal ou corretivo “A prisão e a imagem da sociedade, sua imagem invertida, uma imagem transformada em ameaça A prisão emite dois discursos aqui está o que a sociedade é, não posso ser criticado porque faço unicamente aquilo que fazem diariamente na fábrica, na escola etc Eu sou, portanto, inocente, sou apenas uma expressão de um consenso social () A melhor prova de que não está na prisão e que eu existo como instituição particular separada das demais, destinada apenas a quem cometeu uma falta contra a lei”⁽¹⁹⁾

A vigilância controle e correção constituem características do chamado *panoptismo* que é

‘uma forma que se exerce sobre os indivíduos por meio de vigilância individual e contínua, como controle de castigo e recompensa e como correção, isto é, como método de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas’⁽²⁰⁾

A ideia do *panoptismo* identificada, hoje, em diversas formas de controle difuso — p ex, as fotos que ilustram as multas de trânsito por excesso de velocidade em algumas vias de acesso da cidade — não se revela

⁽¹⁹⁾ FOUCAULT Michel *La verdad y las formas jurídicas* 4 ed Barcelona GEDISA 1995 p 137

⁽²⁰⁾ FOUCAULT 1995 p 117

na noção de cumprimento de penas, tal como descrito no livro de *Drauzio Varella* a que se referiu. Em relação ao sistema penitenciário, a noção que se olhe ali é, ao contrário, da mais absoluta ausência de vigilância.

A sanção afastou-se do corpo, mas aquilo que a lei impõe como realidade jurídico-processual, na forma de mecanismo destinado à realização da sanção prefigurada na sentença constitui direto da experiência uma ponderação ficcional.

O crédito só se realiza se o devedor tem condições de pagá-lo. A sentença, então, passa a representar apenas uma satisfação ética (*Kant*) e isto muda toda a feição de tessitura a ela outorgada pela ordem jurídica, porque ela vem significar uma aspiração volátil e distante.

Não se pode desprezar o fato de que a ordem jurídica é farta em instrumentos para tornar real a execução. Entre outras assim se situam as figuras da *fraude contra credores*, da *fraude à execução*, além de todos os mecanismos que vão da *antecipação de tutela* às *cautelares inominadas*, passando pelo *arresto*, pelo *seqüestro*, pela *busca e apreensão*, pelos *alimentos provisionais* etc.

Por outro lado, existe a possibilidade de se rechaçarem construções conceituais básicas - como a da higidez das pessoas jurídicas - quando a personalidade distinta daquela que detém os sócios funcionar, em abuso de direito, como mera capa protetora. A chamada teoria da *desconsideração da personalidade jurídica* põe-se a serviço da viabilização da execução.

Há ainda aquelas situações especiais em que a tutela para a garantia de execução constitui um obstáculo, mesmo que provisório, à sua concretização em outras esferas (assim na *alienação fiduciária em garantia*, nas *garantias cedulares* etc.).

Mesmo as realidades matemáticas que se situam como suporte para a execução (anos de condenação, liquidação de sentença — por cálculo, por artigos, por arbitramento —, estabelecimento de valor para a indenização) transitam neste espaço entre realidade e ficção. Não se saberá, na grande maioria dos casos, se os modelos em que se compuseram as sanções que se executam abrangem a efetiva extensão da realidade que a norma jurídica deveria conter.

Do mesmo modo os instrumentos, de que se vale a ordem jurídica na representação dos resultados fluem entre tais e duvidosas angulações. Alguém pode acreditar que a alienação de bens na praça poderia conduzir ao resultado querido?

Sabe-se da experiência, que os valores pelos quais os bens são alienados estão sempre longe de sua cotação de mercado e, muitas vezes, até o valor de avaliação e dela dissonante. Por outro lado, o valor proposto para a arrematação chega a ser risível. No entanto, o juiz é levado a acata-lo muitas vezes porque sabe que não há qualquer possibilidade de uma reversão da situação e isto pode significar o dilação da execução a limites absolutamente imprevisíveis.

Um outro ponto de choque entre realidade e ficção que alcança a base estrutural do direito, hoje, no Brasil, é a questão da execução contra o Estado e seus órgãos, notadamente os da administração direta. Sabe-se pelo conhecimento da evolução histórica do Estado e do próprio direito que um ponto de grande propulsão foi aquele em que o Estado e seus agentes passaram a ser passíveis de responsabilização. O Estado passa então, a ser sujeito de *direitos* e de *deveres*.

A questão é que, ainda que se fale em evolução da responsabilidade do Estado ou que se reconheça que a ele também se dirija a ordem no sentido do cumprimento das sentenças condenatorias, vigora o princípio do *ganha-mais-não-leva*. O rito previsto especialmente para a execução em obediência ao art. 100 da CF/88 funciona com uma fonte de escape, de fuga e o cumprimento da norma jurídica individual se perde no esvaio do tempo e das esperanças. Os precatórios não são atendidos no prazo de vigência dos orçamentos em que são inscritos e a pena se converte em um fingimento da existência de direito. A ordem jurídica, neste caso, sequer prevê uma sanção que guarde equipolência com a situação: a intervenção no Estado ou no Município (arts. 34 e 35 da CF/88) não se impõe com tranquilidade por seus inúmeros inconvenientes práticos e políticos, que levam a uma interpretação cheia de detalhamentos, de nuances.

Por outro lado, a ineficiência do controle dos agentes estatais a que incumbe o acompanhamento dos casos faz com que erros graves de conta e/ou de procedimento aumentem muitas vezes o débito provando a inutilidade de todos os mecanismos impostos pela ordem jurídica para controle

(intervenção obrigatória do Ministério Público, prazos elastecidos, recursos necessários).

Os exemplos são muitos e todos em execuções em que já se haviam esgotado toda a linha de possibilidade impugnatória: incidência de percentual de 84,32% devido a partir de março de 1990 sobre salários de março de 1998; incidência de índice de correção monetária 1.000 vezes maior: incidência de percentual de reajuste na data-base sobre parâmetros impróprios⁽²¹⁾.

Estas circunstâncias fazem impor-se como realidade uma contingência que é dispar em relação ao próprio processo e, também elas, ressaltam o digladiar de *regulação e indeterminação*.

6. REGULAÇÃO E INDETERMINAÇÃO

Todo o jogo combina uma gama de regulação e um lastro de fantasia correspondente à indeterminação. Por isto vem a postura de *Ost e van de Kerchove* no sentido de que

“Nem verdadeiramente produto do acaso, da estrutura ou da vontade do jogador, o jogo é um espaço potencial de criatividade a qual traduz o efeito de intencionalidade dos jogadores sobre a rigidez das convenções; inversamente, como campo de regulação, ele reflete desvio de vontades (*l'inflechissement des volontés*) sob a ação de normas coletivas em boa medida indomáveis (*pour une bonne part non maîtrisables*).”⁽²²⁾

⁽²¹⁾ Esta decisão foi assim ementada “ERRO DE CÁLCULO Havendo nos cálculos de liquidação flagrantes erros de conta (especialmente a utilização dos salários do mês de abril de 1989 para a incidência de índice de reajuste na data-base aplicável tomando por referência o salário de maio de 1988) deve ser mantida a decisão de origem que determinou a adequação do ajustamento aos estreitos limites da coisa julgada” — TRT — 3ª Reg — 5ª T — AP 2615/98, em que foram partes MAURA DE SOUZA DELFIM E OUTROS e HOSPITAL ODILON BEHRENS, Rel. Mônica Sette Lopes, publicado no DJ — MG, de 26 06 99, atualmente pendente de julgamento de agravo de instrumento pelo não recebimento de recurso de revista interposto pelos Reclamantes

⁽²²⁾ OST, KERCHOVE, 1992, p. 259

A indeterminação vem não só do fato do imponderável compreendido no modo como as partes vão responder ao estímulo para impugnar e se manifestar no processo, como da impossibilidade de prever a maneira pela qual o juiz vai estabelecer o ritmo dos accertamentos necessários para controle do fluxo processual

Na dialética do processo, o estabelecimento do próximo passo flutua entre a noção de regulamentação (alinhada pela expressa previsão da norma jurídica) e a de indeterminação (concedida pela criatividade das partes e do juiz na interpretação da norma e no contingenciamento múltiplo que os fatos trazidos aos autos podem imprimir no seu percurso)

A regulamentação não evita a indeterminação, porque ela não vai ao ponto extremo de impedir o fluxo dos fatos e a própria manifestação da personalidade das partes, dos advogados, do juiz, no estabelecimento dos modos de condução do processo. Às vezes, até mesmo a dificuldade operacional de um oficial de justiça em conduzir uma citação pode trazer para o processo um desdobramento que influenciara todos os atos posteriores

Quando se ensina o funcionamento do processo de execução parte-se de um esquema lógico e concatenado, fundado na razoabilidade de um quadro de fases destacadas: liquidação, penhora, impugnação e alienação dos bens que garantem a execução. Numa mesa de bar, no calor suado dos domingos de manhã, quando se solucionam os problemas da humanidade, poder-se-á defender o rigor destes passos, o seu acerto, a sua coerência

A criatividade humana, porém, não permite se entenda que o ritmo seja absolutamente linear

O processo do trabalho tem como característica um certo automatismo da execução que flui independentemente da necessidade de as partes a requererem. No entanto, nem esta possibilidade de mover-se por sua própria propulsão serve como elemento para excluir toda a possibilidade de variação e mudança na execução trabalhista

Ainda que o juiz possa *de ofício* dispor sobre o andamento da execução e, claramente, dirigi-la, não estará nunca isento da possibilidade de a criatividade da parte e a composição de um quadro estratégico específico vir a impor uma atenta análise, discricionária quase, do proveito de uma determinada decisão

7. O INTERNO E O EXTERNO

O conceito de efetividade pela realização do paradigma tempo-consumação constitui um dos dados mais relevantes no que tange ao conflito entre o *interno* e o *externo* na execução, porque e aqui que ele e mensurado, qualitativamente, na resposta que e dada pelo Estado a sociedade

O direito como conjunto de regras não se restringe aos codigos E a questão fundamental são exatamente os mecanismos de que dispõe o juiz para conferir a esta realidade *exogena* efeitos juridicos

Ost e van de Kerchove insistem em distinguir

“Visto como um conjunto de prerrogativas (*ensemble de prerrogatives*), o direito não se restringe, tampouco, ao catalogo das prerrogativas consagradas sob a forma de direitos subjetivos, aqui ainda atua, a margem da juridicidade oficial, uma faixa muito ativa de interesses, os quais reconhecidos como *legitimos* pelo juiz exercerão ou efeitos criadores de direitos, como ao contrario como nas teorias de abuso do direito um papel de controle e de limitação dos direitos subjetivos”⁽²³⁾

Os autores acrescentam a isto a indagação sobre se não seria mais adequado reconhecer que os *direitos subjetivos* estariam dentro e forma, e seriam juridicos e meta (ou infra-) juridicos (*dedans et dehors juridiques et méta- (ou infra-) juridiques*)⁽²⁴⁾

Os elementos externos podem ser absorvidos pelo processo de execução com sua conotação jurídica numa gama ampla de possibilidades que vão da declaração de litigância de ma-fe, na forma dos arts 600 e 601 do CPC, ate aquelas situações em que a análise dos riscos leve as partes a composição por meio da qual se definam, definitivamente, os parâmetros a serem considerados

No Processo do Trabalho, a transação constitui um meio sempre incentivado de por fim ao conflito, o que certamente abrange as execuções Neste sentido, e consideravel o volume de processos de execução nos quais se

(23) *OST KERCHOVE* 1992 p 264-7

(24) *OST KERCHOVE* 1992 p 264-7

convocam audiências com vistas a tentativa de conciliação, com resultados gerais bastante positivos

Naturalmente não é esta uma posição ideal e também ela revela um pluralismo na emissão jurídica, pela ênfase com a qual a situação concreta se sobrepõe a versão jurídica abstrata conformada como objeto da sentença condenatória e que deveria ser atendida ou compulsoriamente exigida pela simples força de sua incidência

A dialética influencia o fluxo do embate na dificuldade sobre como transferir para o interno os aspectos externos que têm relevância. Da mesma maneira como é tormentosa a dúvida sobre a adequada apreensão da realidade vivenciada pelas partes e sua perfeita tradução na prova que, no processo de conhecimento, leva a formação da convicção do juiz, no processo de execução joga-se com a incerteza quanto a realidade que se invade com vistas a fazer cumprir a sentença ou a exigir o atendimento ao título extrajudicial

Como trazer para o processo a certeza de que o socio-gerente da empresa desaparecida tem seu iate ancorado em Angra dos Reis?

Os fatos só têm relevância no processo quando se consignam como certezas, como dados de prova, firmemente compostos. Por isto haverá uma luta constante entre aqueles que querem introjetar a realidade externa e aquelas que não permitem que a realidade seja efetivamente conhecida

Se se compara com o jogo, a execução tem como vários olhares do direito, uma torcida, uma *claque* que quer um ou outro resultado e as vezes não aceita a solução tecnicamente correta como valoração do jogo, tendo como problema predominante o do conhecimento e apropriação dos dados externos relevantes

A convivência dicotômica entre o *interno* e o *externo* na execução, por outro lado, reforça a necessidade de se disseminar o conhecimento real de como ela se efetiva, como único vetor de reformas que, partindo do domínio inteiro da realidade, cheguem a apresentar soluções que realmente se traduzam como resultados afirmativos

A execução, portanto, é um jogo cujas dificuldades devem ser reconhecidas publicamente, ainda que disto resulte um agravamento da

inverossimilhança da eficácia do direito. Este é o grande confronto a que se obriga a chamada comunidade dos operadores do direito. O compartilhamento das dificuldades, a partir de seu contexto real, pode tornar menos vazia de significado palavras como *impunidade*. A sensação de ineficiência fez com que esta palavra se transformasse num jargão, num bordão que, naturalmente, pelo uso excessivo, tem seu sentido desgastado e não consegue absorver todo o repositório das contingências específicas que explicam, ainda que não justifiquem, as dificuldades na prática corrente do processo. Na verdade, a origem desta frustração pode ser sentida, precisamente, neste conflito entre o *interno* e o *externo*.

Não há dúvida de que o ideal de justiça operada pelo poder estatal responsável por esta faixa de poder-dever (a *jurisdição*) seria a realização da expectativa externa de segurança na aplicação dos mecanismos internos que lhe cabem. No entanto, o dado real a ser considerado é que estes dois ângulos, afetos à realidade jurídica, são substancialmente diversos. Ainda que se procurem meios de assemelhá-los⁽²⁶⁾, partindo até de pontos principiológicos que sustentam a linha de tutela erigida na norma jurídica, o fato é que a tradução dos embates da vida real (externa) nos modelos formais (internos) erigidos pela ordem jurídica em todos os níveis de sua estrutura hierárquica não é fácil.

8. CONCLUSÃO

Pode-se, portanto, após a apreensão de cada um destes variados tópicos firmar não uma conclusão, mas apropriar-se da mesma dúvida de *Norbert Rouland*

“Frequentemente considerados como acessórios do direito conhecido (*droit savant*), os atos da prática constituem o que os homens retêm do direito. O que se passa quando um sistema jurídico lhes é trazido ou imposto do exterior”⁽²⁷⁾.

O conhecimento detalhado da prática do direito constitui um dado do exterior essencial para que se possam estabelecer os modos como ele

⁽²⁶⁾ Cf. KAUFMAN, Arthur. *Analogia y "Naturaleza de la Cosa"* Trad. de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

⁽²⁷⁾ ROULAND, 1998, p. 235.

opera e a partir daí compor uma teorização geral, com vistas a torná-lo mais apto aos fins pretendidos.

Canaris, em obra em que discute a efetividade do concreto como modo de apreender a realidade jurídica, insiste em partir de uma indagação kantiana e em concluir também com ela: “Talvez isso seja correto como teoria, mas não serve para a prática”⁽²⁸⁾.

Um dos grandes dilemas do direito é exatamente que as respostas conceituais a ele dadas pelas teorias, com sua magnitude e ajustamento, não encontram ressonância na prática.

O objetivo desta exposição terá sido apenas mostrar a fragilidade do que deveria ser o grande momento da prática jurídica: aquele em que sanção, materializada na sentença, se torna realidade pela execução forçada.

O que é magnificamente descrito na teoria e na abstração das normas, não funciona na prática. Neste jogo, perde o direito e perde a sociedade.

9. BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito — introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 8. ed. rev. (Portugal) Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BOBBIO, Norberto. Sobre os fundamentos dos direitos dos homens. In: *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Trad. Daniela Brückner e José Luis de Castro. Madrid: Civitas, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhem. *O pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

⁽²⁸⁾ CANARIS, Claus-Wilhem *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Trad. Daniela Bruckner e José Luis de Castro. Madrid: Civitas, 1995

D'AGOSTINO, Francesco. *La sanzione nell'esperienza giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 1993.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Posmodernidad y derecho*. Bogotá: Temis, 1993.

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. 4. ed. Barcelona: GEDISA, 1995.

HESPANHA, Antonio Manuel. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, Antonio Manuel (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 10.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y "Naturaleza de la Cosa"*. Trad. de Enrique Barros Bourie. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

NEVES, A. Castanheira. A imagem do homem no universo prático. In: *Digesta: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, 3 v.

OST, François, KERCHOVE, Michel van de (Coord.) *Le jeu: un paradigme pour le droit*. Paris: LGDJ, 1992.

ROERMUND, Bert van. *Derecho, relato y realidad*. Trad. Hans Lindahl. Madrid: Tecnos, 1997.

ROULAND, Norbert. *Introduction historique au droit*. Paris: PUF, 1998, p. 235.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2.

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

A Educação Compulsória e a Idade Mínima para Admissão no Emprego

Lelio Bentes Corrêa^()*

Desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1988, que elevou a idade mínima para admissão ao trabalho no Brasil para dezesseis anos, o tema vem sendo debatido sob a ótica da adequação de tal comando a realidade nacional. Questiona-se da viabilidade de estabelecer tal patamar para ingresso no mercado do trabalho em um país desigual, onde a miséria assola parcela significativa da população. Dados do IBGE de 1999 indicam que 3,8 milhões de adolescentes entre 15 e 17 anos trabalham no país, a grande maioria contribuindo com parcela significativa do orçamento familiar.

O debate em questão tem sido marcado pela preocupação predominantemente trabalhista e pela visão do trabalho como alternativa de inclusão social do adolescente desfavorecido economicamente e, por vezes, como uma consequência inevitável da pobreza. Tal enfoque, no entanto, revela-se insuficiente e desatualizado. O trabalho não é a única, nem a melhor alternativa de inclusão social do adolescente. Ao contrário, o trabalho precoce exclui, na medida em que compete com a educação e interfere no processo de aquisição das competências básicas para o mundo contemporâneo.

Recentemente o Primeiro-Ministro italiano sentenciou, em evento realizado para comemorar os excelentes resultados alcançados pelo programa de qualificação profissional daquele país: “no mundo globalizado um país sem mão-de-obra qualificada e um país sem condições de competitividade”. Dados recentes divulgados pela Organização das Nações Unidas demonstram que os países que mais se desenvolveram nos últimos anos foram exatamente os que mais investiram em educação, com especial destaque para a China.

Optar pelo tratamento da questão sob a ótica do trabalho em detrimento da educação, significa optar pelo atraso, sucumbir ante as dificuldades do momento e renunciar ao futuro. É urgente a revisão do eixo

^(*) *Lelio Bentes Corrêa* 35 e Subprocurador-Geral do Trabalho e Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Essex, Reino Unido

sobre o qual se norteia o debate do tema em questão. É fundamental voltar a atenção para a importância da educação no projeto de construção de uma Sociedade moderna, justa e igualitária e do impacto positivo da Emenda Constitucional nº 20 nesse processo.

As normas internacionais consagram a importância da educação como ferramenta para o desenvolvimento das potencialidades da criança e do adolescente à sua plenitude, impondo aos Estados o dever de fixar idade mínima para admissão no emprego compatível com tal premissa. Assim é que a Convenção dos Direitos da Criança (art. 32, § 2º), o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 10, § 3º), o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 7º, § 1º) e a Convenção nº 138, da Organização Internacional do Trabalho (art. 2º), soam uníssonas na proteção do direito de crianças e adolescentes à educação. Este último diploma estabelece o princípio de que nenhum trabalho será permitido antes da idade legalmente prevista para o término educação compulsória, assegurando, ainda aos que ultrapassaram tal idade mas ainda não concluíram o ensino obrigatório, o direito a exercer trabalhos de natureza leve e compatíveis com a frequência escolar (art. 7º, § 2º).

Fica clara, assim, a opção do Direito Internacional pelo tratamento da educação como ferramenta para o desenvolvimento da criança e do adolescente, pelo menos até que tenha adquirido a maturidade e as competências básicas necessárias ao ingresso no mundo do trabalho. Antes da idade mínima para admissão no emprego, qualquer trabalho deverá ser considerado incompatível com o processo de desenvolvimento da criança e do adolescente, salvo se inserido em processo de educação vocacional ou técnica ou de aprendizagem, observada idade mínima compatível (Convenção 138 da OIT, art. 6º).

Nesse contexto, a consagração, na norma jurídica mais importante do país – a Constituição da República – da idade mínima de dezesseis anos para admissão no emprego (salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze), implica o reconhecimento dos efeitos danosos ao desenvolvimento da criança e do adolescente de qualquer trabalho realizado antes de tal idade. Mais do que isso, implica a consagração da educação como ferramenta adequada ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades. E como tal, a educação deverá ser gratuita e compulsória, máxime em face da

notória impossibilidade do sistema de aprendizagem nacional absorver tamanho contingente de adolescentes.

A opção pela idade mínima de dezesseis anos para admissão no emprego implica, para o Estado brasileiro, a obrigação de proporcionar educação gratuita e compulsória para todas as crianças e adolescentes na faixa etária correspondente. Do contrário, estar-se-ia condenando tal parcela da população ao limbo. De nada serviria a elevação da idade mínima para admissão no emprego se o tempo equivalente não fosse destinado ao “completo desenvolvimento” da personalidade e potencialidades do adolescente, por meio da educação.

Tais considerações ganham ainda maior relevância no momento em que, por convocação do Ministro do Trabalho, representantes dos trabalhadores e dos empregadores reúnem-se com o governo para debater a idade mínima a ser declarada à OIT, para fins de registro da ratificação, já autorizada pelo Congresso Nacional, da Convenção 138. É fundamental que, em momento de tamanha relevância, a posição comum dos representantes da sociedade brasileira reflita o seu compromisso com o Brasil que idealizamos e lutamos por construir, livre da submissão e resignação passiva diante das dificuldades que o momento oferece.

O Futuro do Estado

Luiz Fernando Coelho^()*

Sumário:

1. A dimensão política da transmodernidade. 2. O pluralismo jurídico sistêmico. 3. O pluralismo jurídico alternativista. 4. O pluralismo jurídico transnacional. 5. Empresa Estado e nova ordem mundial.

1. A dimensão política da transmodernidade.

Transmodernidade é o novo significante engendrado para aludir aos tempo atuais. Ele traz em seu bojo a implicação dialética de alguns fatores que estão a produzir importantes modificações no modo ocidental de encarar o direito, o Estado e a justiça. Refiro-me à globalização, ao avassalador domínio da informação em todos os setores da experiência quotidiana, à generalizada imposição do modo de produção capitalista, fator este conjugado com a aceitação quase unânime da ideologia neoliberal, e à idéia do fim da história. Esta, particularmente, impregna a transmodernidade de uma convicção de que nada mais pode ser inventado ou criado em matéria de filosofia política e social, jurídica por extensão; ou seja, de que não existem alternativas para além do capitalismo e do neoliberalismo, os quais constituem a melhor garantia do Estado de Direito e da democracia

Os embates ideológicos do fim da história se concentram portanto na preservação dessas formas de organização social, e se completa com a defesa intransigente dos direitos humanos, da preservação ambiental e da busca de melhor qualidade de vida para todos.

A transmodernidade pode ser estudada sob três aspectos, político, jurídico e diquelógico. O primeiro trata das transformações do Estado, o segundo das transformações no direito, e o terceiro diz respeito às mudanças nos critérios de justiça. entendendo-se por *diquelogia* a teoria da justiça.

^(*) Professor de Hermenêutica Jurídica na Universidade Paranaense – UNIPAR – de Umuarama e de Lógica Jurídica na Faculdade de Direito de Marília.

Neste ensaio tratarei da dimensão política.

O processo que conduziu à transmodernidade levou à afirmação do Estado moderno como o ente mítico que, tendo ocupado o lugar dos velhos fantasmas da Idade Média, passou a deter o monopólio da criação jurídica. Paralelamente, desenvolveu-se uma ideologia que procura arrancar o homem, a sociedade e o próprio Estado, do contexto social-histórico para alçá-los a uma condição de não historicidade: o Estado, instrumento e símbolo da dominação social real, sai de si mesmo para coisificar-se num imaginário, o Estado como ente metafísico, para depois retomar sua própria idéia como algo legítimo em si mesmo, dispensando os critérios externos que o justificavam perante a sociedade, para autoinstituir-se como entidade por si mesma legítima e triunfante em sua tarefa de ocupação de todos os espaços normativos da sociedade alienada.

Na era da transmodernidade, esse processo de autolegitimação se apresenta extremamente sofisticado, pois o Estado democrático e liberal se impõe como a forma final e triunfante da organização política da sociedade e passa a anular, senão cooptar, os ideais transformadores e as energias socializantes ainda presentes na mesma sociedade. O fim da história, trazendo em seu bojo o fim da filosofia, oculta a aceitação da estrutura social real que se esconde sob a idéia do Estado, da democracia ocidental e do liberalismo econômico, pois doravante nada mais existe que deva ser legitimado pela filosofia.

Na verdade, o fim da utopia comunista, dos fascismos e de todos os tipos de autoritarismo, favorece a aceitação dos vencedores nessa luta ideológica como portadores de valores e modelos que devem ser imitados, esquecendo-se de que a imposição forçada do capitalismo foi um dos fatores que mais contribuíram para os pronunciamentos e golpes de Estado que levaram às ditaduras militares na América Latina. Mas o fato é que a contemporaneidade aceita como algo definitivo a organização política centrada em Estados nacionais que se exigem sejam democráticos e de direito, e que adotem os princípios da economia de mercado, a defesa intransigente da propriedade privada e da livre iniciativa, retirando-se o Estado as poucos da atividade produtora; ao mesmo tempo, exige-se que sua economia possibilite o acesso pela população aos bens de consumo e à informação global. Nesse contexto, a democracia liberal é apresentada como a forma ideal final de um processo, mas omitindo-se que ela foi construída e se mantém à custa da fome

e da miséria da grande maioria das populações dos países ainda situados na periferia do mundo industrializado

Entretanto, a imposição global desse paradigma político final impõe uma adaptação do direito positivo às novas exigências, o que revela algumas situações paradoxais

O primeiro paradoxo consiste no fato de que a diminuição da esfera pública mediante a retirada do Estado legislador de consideráveis espaços de normatividade, deveria teoricamente importar no aumento dos espaços da autonomia individual, entretanto, o que se verifica é uma crescente diminuição dessa autonomia, eis que os indivíduos estão cada vez mais ligados a cláusulas e formas contratuais atípicas, com tendência à substituição do velho acordo dos contratos privados, baseados no princípio da autonomia da vontade, por contratos de adesão, os quais tendem a generalizar-se no mundo global

O paradoxo justamente reside em que a retirada do Estado deveria importar no aumento da esfera de liberdade do indivíduo, mas o que efetivamente se verifica não é a progressiva anulação do *jus imperii* do Estado, mas a transferência de grande parcela do poder normativo a organizações cuja natureza jurídica não está ainda suficientemente caracterizada, mas cuja normatividade vem aos poucos sendo dotada de muito maior eficácia. Essa nova normatividade descaracteriza os produtos do imaginário jurídico tomados como referencial da legitimidade, pois, com sua absorção pela técnica, o mesmo imaginário passa a ser desnecessário para justificar uma dominação consentida. Surge assim um novo *idealtypus* de dominação legítima, aquela que prescindir da legitimidade para se manter e reproduzir

Ademais, a transmodernidade maximiza o paradoxo entre legitimidade e legalidade, pois patrocina uma transição paradigmática para novas formas de juridicidade, as quais não mais se legitimam, em face das tensões inexauríveis da história contemporânea

Finalmente, o panorama político da transmodernidade é por uma terceira vez paradoxal, quando se constata que, apesar da extrema sofisticação de seus fatores, ou talvez até mesmo em função deles, está-se construindo uma sociedade cada vez mais estandardizada pela informação cujos indivíduos são destituídos de qualquer ambição dirigida a valores transcendentais eis que

voltados para o imediatismo da posse de bens materiais e do uso dos instrumentos de um hedonismo materialista que só o dinheiro consegue proporcionar

A teoria política da transmodernidade consegue ainda manter a ideia do Estado-nação, com sistema democrático de governo e primado da constituição e das leis, mas persistem os velhos problemas Estados nacionais subjugados pelo poder econômico, democracia apenas formal, fundada na alienação do povo, e direito como instrumento, não de conquista e promoção social dos mais pobres mas de dominação, com tendências conservadoras do *statu quo*

Os corifeus e profetas da ideologia do fim da história que tratam de tecer loas a democracia ocidental, estão de maneira alienada a serviço de um sistema que se mantém pelo domínio econômico e, por isso tem que ser apresentado como o melhor perante os povos dominados, o inconsciente coletivo desses povos periféricos precisa ser invadido pela ideologia do "*povo romano*", sendo que a visão otimista dos seus intérpretes favorece sua inculcação no inconsciente dos "*barbaros*"⁽¹⁾

Mas essa visão otimista é no mínimo ingênua, pois essa dimensão política na verdade representa, isto sim, a exaustão de uma forma sofisticada de opressão econômica que sucede ao colonialismo guerreiro e que começa a implodir, pois não tem mais como alimentar-se simplesmente porque o anseio de liberdade dos povos subdesenvolvidos começa a representar um "*basta*"

2. O pluralismo jurídico sistêmico.

Se considerarmos que o Estado é apenas uma forma de organização social histórica que sucedeu as formas fragmentadas de poder político inerentes ao feudalismo, e perfeitamente legítimo questioná-lo quanto à manutenção das características que o definem, em face das transformações engendradas no contexto da transmodernidade, bem como especular sobre a nova ordem mundial que aos poucos se consolida

⁽¹⁾ FREUD Sigmund **O Mal-estar na Civilização** Trad. Jose Octavio de Aguiar Abreu Ed. Standard brasileira das obras completas de Sigmund Freud Vol. XXI Rio de Janeiro Imago 1974

A ideia básica que possibilita o exame prospectivo de formas alternativas de Estado e o pluralismo, doutrina que hoje vê-se grandemente enriquecida, em função das transformações engendradas na compreensão mesma da ideia de Estado, consequência dos fatores da transmodernidade

A partir de estudos sociológicos que propiciaram uma percepção da natureza irrealista dos fundamentos da dogmática jurídica tradicional e das próprias regras e conceitos legais, a doutrina do pluralismo jurídico veio a ocupar importante *locus* teórico na ciência do direito. Apesar da dificuldade em sintetizar seus princípios basilares, as teorias pluralistas apresentam um ponto de convergência a referência ao fato de que o direito se encontra inserido na sociedade, transcende os órgãos estatais e seu caráter eminentemente social admite a coexistência de diversos sistemas jurídicos no mesmo espaço social. É tratado portanto como um problema relacionado com as fontes materiais do direito, ao serem admitidas outras fontes de positividade, além dos poderes do Estado.

Assim se na concepção monista somente um tipo de grupo social, o grupo político detém o poder para criar e ditar normas jurídicas, para o pluralismo todo grupo de alguma consistência está habilitado a criar normas que podem exercer muitas vezes o caráter de simples regulamento e adquirir o alcance de verdadeiras normas jurídicas.

Se buscarmos determinar os possíveis antecedentes históricos dessa concepção, talvez encontremos nas reações de Savigny contra a codificação e o legalismo exegetico os primeiros prenúncios, mas é possível observar, já desde as teses jusnaturalistas em Althusius e Grotius, uma concepção aproximada do pluralismo jurídico, ao reconhecerem a existência de uma ordem jurídica da sociedade oposta a ordem jurídica do Estado propriamente dita.

O pluralismo jurídico constitui o cerne da *escola do direito livre*, de Ehrlich e Kantorowicz.

Segundo Ehrlich, a realidade jurídica se apresenta em três categorias: a) o direito da sociedade extraestatal, b) as regras de decisão em caso de conflito, e c) as proposições abstratas do direito, chamadas *leis*⁽²⁾. A categoria principal é a primeira que nada tem a ver com o governo do Estado,

(2) FRIEMANN *W Théorie Générale du Droit Paris LGDJ 1965 p 202*

pois a sociedade humana é um enorme conjunto de associações que criam seus próprios ordenamentos normativos, internos e autônomos.

Para fundamentar suas concepções, o autor estabelece uma distinção entre proposições e normas jurídicas. A primeira é uma formulação precisa do preceito legal, contida num estatuto ou código; a segunda é um comando legal emanado de uma associação determinada, que se expressa em termos práticos para obter obediência, ainda que sem nenhuma formulação em palavras.

Em todas as associações existe um número muito maior de normas legais do que propriamente proposições legais, pois sempre há mais leis aplicáveis a casos individuais do que aplicáveis a todas as relações similares, sendo muito mais jurídicas do que as oriundas dos trabalhos dos legisladores.

As proposições jurídicas se manifestam através da lei emanada do Estado. Por esta razão, são os instrumentos utilizados pelos tribunais e outros órgãos da administração encarregados da manutenção da ordem jurídica. Nesse ponto, assevera Ehrlich que grande parte da sociedade sequer toma conhecimento de tais proposições, pois as manifestações mais profundas do direito são produzidas dentro da própria sociedade, através dos fatos constituintes do que denomina *direito livre*, o que surge como manifestação espontânea e concreta no seio das diferentes camadas sociais e dos diferentes agrupamentos humanos. Tais fatos constituem a ordem jurídica direta das sociedades, base de todas as normas jurídicas⁽³⁾

Outro defensor dessa doutrina, Kantorowicz, contesta veementemente o dogma do primado da lei, pois é a vontade livre dos homens que se constitui em fonte das ordenações que regem o comportamento dentro desses grupos. Em seu afã de libertar o direito da tirania da lei, esse autor distingue entre o direito em si, que é o político, insuficiente para a previsão de todas as hipóteses que a realidade oferece, a ciência do direito e a justiça prática. O ordenamento jurídico nada tem a ver com o Estado, é um direito livre, constituído na sua maior parte por convicções predominantes em certo

⁽³⁾ Cf EHRlich, Eugen *O Estudo do Direito Vivo* Apud SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim, *Sociologia e Direito* São Paulo . Pioneira, 1980, p 132

tempo e lugar. O direito livre é portanto o direito positivo fundamental, que se identifica com o sentimento dominante dentro de uma coletividade⁽⁴⁾.

Além da escola do direito livre, outra importante manifestação do pluralismo jurídico se desenvolve no contexto da teoria da instituição.

Considera-se que a instituição surge onde houver o estabelecimento de relações sociais estáveis e permanentes. E onde houver uma instituição, caracterizado estará um ordenamento jurídico, pois o direito só o é enquanto se põe em uma instituição concreta que se consolida no próprio ordenamento social. A lição é de Santi Romano, que define o Estado como toda ordenação jurídica territorial originária, e admite a substituição do termo *ordenação jurídica* por *ente, comunidade* ou *instituição*⁽⁵⁾. Embora admitindo como direito positivo somente o do Estado, considera este como instituição, portanto, um ordenamento entre muitos outros, negando-lhe o monopólio do direito, pois toda instituição de caráter estável e permanente constitui um ordenamento jurídico, o qual tem vida autônoma, fora do Estado e até mesmo contra o Estado.

Este aparente paradoxo deve-se a uma separação que deve ser estabelecida entre o *lícito* e o *jurídico*. Uma instituição constitui um corpo independente, portador de uma consciência jurídica que se vale a si própria graças à sua organização e, ainda que ilícita do ponto de vista estatal, não perde sua juridicidade. Isso não obstante, nem todas as instituições possuem autonomia absoluta e podem mesmo estar integradas em outras mais complexas. Mas esta ligação não lhes subtrai a unidade que constituem em si mesmas no que diz respeito aos seus fins próprios e específicos e quanto às suas relações internas. Mas admite-se uma escala de abrangência entre os sistemas jurídicos, de tal sorte que o mais amplo dos ordenamentos é o direito internacional, formando o das instituições menores sistemas menos abrangentes que o estatal que, assim, permanece num escalão intermédio, embora todos eles gozem de relativa autonomia frente aos demais.

⁽⁴⁾ KANTOROWICZ, Hermann. *A luta pela ciência do direito*. IN Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. *La Ciencia del Derecho* (coletânea de textos). Buenos Aires Losada, 1949, p. 325-373.

⁽⁵⁾ ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. 92/93.

Aceitando-se os fundamentos sociológicos do pluralismo, chega-se mesmo a admitir que o direito não necessita do Estado, pois é no seio da comunidade que surge o fenômeno jurídico. É de reconhecer-se destarte a existência de um pluralismo ordenamental tanto no plano supraestatal como no infraestatal. Assim, em plano superior ao Estado, são centros geradores de normas jurídicas as organizações internacionais e, em nível inferior, os sindicatos, as empresas e os serviços públicos descentralizados, entre outros. Todas essas organizações são verdadeiros centros responsáveis pela geração espontânea de um direito que nasce dos fatos normativos da vida societária.

Lévy-Bruhl inclui ademais os direitos religiosos e os das organizações internacionais⁽⁶⁾. Entre os primeiros lembra o direito canônico – católico ou protestante – o muçulmano, o hebreu antigo e o direito de algumas religiões do Ocidente e do Extremo Oriente, reconhecendo em suas normas um indiscutível caráter jurídico. O Corão e a Bíblia, por exemplo, não se restringem a um âmbito exclusivamente religioso, não estabelecem somente normas reguladoras das relações entre o homem e o divino, mas excedem esse campo de abrangência para ditar normas, na sua grande maioria bastante minuciosas, relacionadas a questões exclusivamente humanas, como as atinentes à família, às sucessões, às obrigações e tantas outras. Desnecessário lembrar que ditas normas não emanam de um poder político organizado, mas de um poder difuso que independe do Estado.

Ao analisar as organizações internacionais, Lévy-Bruhl considera muito mais evidente o pluralismo determinado pelas normas emanadas destes organismos, eis que, embora sejam em sua maioria regras de caráter técnico e cultural, não é possível negar a existência de algumas que têm nítido caráter jurídico. Lembra, por exemplo, a Sociedade das Nações, sucedida pela ONU, da qual fazem parte todas as nações movidas por um espírito democrático comum. Outros tantos órgãos de caráter internacional vêm modernamente se instalando, sobretudo no plano econômico.

O argumento de que as prescrições dimanadas de tais órgãos carecem de juridicidade, porquanto não existe um poder político habilitado ou suficientemente credenciado para torná-las obrigatórias, não se sustenta. Na verdade, a obrigatoriedade não constitui característica absolutamente essencial da norma jurídica, e o exemplo mais significativo é o da norma de direito

⁽⁶⁾ BRUHL, H Levy *Sociología del Derecho* Buenos Aires *Universitaria*, 1964, p 13/19

internacional, ao qual não se pode negar o caráter de verdadeiro direito, que não se apoia em um poder político constituído. Assim, às normas da Organização das Nações Unidas e da Corte de Justiça de Haia, por exemplo, inobstante seu caráter de recomendação e a inexistência de uma força pública que as execute, não se pode negar o qualificativo de jurídicas.

Aduz ainda Lévy-Bruhl outro exemplo de direito supraestatal, lembrando certas organizações consuetudinárias profissionais, que se formaram sem levar em consideração as fronteiras estatais ou a nacionalidade dos países envolvidos. Como a mais característica, cita o *jus mercatorum*, o direito dos comerciantes, que se estendeu por toda a Idade Média, tendo sido rigorosamente observado como se fora uma lei nacional.

Isso não obstante, referindo-se ao direito da antiguidade, o autor considera temerária qualquer afirmação relativa à existência de um direito elaborado por grupos inferiores à sociedade política, porquanto os costumes familiares, tal como é possível conhecê-los na Grécia, em Roma e entre os germanos, não podem ser apontados como normas efetiva ou propriamente estatais, uma vez que a *gens* romana, o *genos* grego e a *saipé* germana exerciam funções políticas, face à quase completa ausência de poder político organizado. Mas essa ilação não se aplica à Idade Média pois, a partir da queda do império carolíngio, observa-se na Europa Ocidental a implantação de um número considerável de costumes jurídicos regionais, observados em espaços cuja extensão territorial amiúde não correspondia à extensão de domínio de uma determinada autoridade feudal. Tais práticas costumeiras não guardavam relação com o poder político, revestindo-se de uma autêntica juridicidade plural.

A questão é muito mais perceptível no Estado Moderno. Contrariando aqueles que atribuem ao Estado o monopólio da elaboração de normas jurídicas, os pluralistas afirmam que todo agrupamento humano tem seu direito. Assim, como a nação tem o seu direito, também o têm um clube desportivo, uma agremiação recreativa, uma sociedade de comércio, um sindicato. Há que se reconhecer que quase sempre tais grupos secundários se acomodam dentro de limites estabelecidos pela lei, ou seja, as decisões que deliberam se ajustam à lei. Pode, todavia acontecer que um grupo particular se desvincule da prática jurídica, criando novas normas. Estas determinam inovações que podem ser de duas ordens, dependendo do fato de estarem conformes ou não aos mandamentos do direito comum.

No primeiro caso, estas novas normas podem ser vistas como instrumentos de precisão e aperfeiçoamento do direito, o que não permite falar em uma efetiva ou real criação de novo direito. Por outro lado, quando as inovações não seguem os delineamentos do direito comum, é porque são determinadas pelo fato de não encontrar o grupo secundário, nas normas do direito comum, a possibilidade de desenvolver suas atividades e de cumprir os papéis em que se empenha. Neste caso, o grupo criaria um novo direito, por meio da modificação consciente ou inconsciente da prática jurídica vigente, impondo normas paralegais ou, então, francamente ilegais. A questão da juridicidade de tais normas reveste-se aqui de caráter secundário, valendo ressaltar que, quando no espaço jurídico de uma sociedade um grupo particular cria normas próprias que diferem do direito comum, e quando tais normas são aplicadas e vigoram sem oposição por parte dos interessados, podemos considerá-las como normas jurídicas, ou em estado latente, ou em estado clandestino, que poderão adquirir tal grau de importância que determine sua inclusão no conjunto do ordenamento jurídico.

Na afirmação das teses pluralistas, avulta igualmente o pensamento de Duguit. No afã de explicar a criação do direito, reconhece esse autor que o fator determinante de uma norma social é o fato de ser o homem um ser social. Ora, dizer que o homem é um ser social é afirmar que ele não vive senão em sociedade; é afirmar também que existe uma lei social, a qual tem por objetivo regular as atividades individuais de seus membros. E esta lei do grupo social pode em determinado momento se transformar em norma jurídica, porque o conjunto das consciências individuais componentes do grupo alcança a compreensão de que a sanção material desta norma pode ser socialmente organizada. A norma social ou é econômica ou é moral, o que determina que toda norma jurídica tenha um ou outro destes elementos. O importante é identificar o fato determinante da transformação de uma norma econômica ou moral em norma jurídica. Ora, se é a massa das consciências sociais que reconhece o momento em que a sanção da norma social pode ser organizada, o elemento que determina essa transformação só pode ser a coerção social. Deste modo, fica o direito positivo absolutamente liberado de qualquer dependência do Estado, o qual não está acima dos indivíduos, com o poder supremo de fazer cumprir as suas leis. Ao contrário, o Estado exerce o papel de um órgão ao qual o grupo social outorga força para agir em função

das regras jurídicas emanadas da solidariedade social⁽⁷⁾. Observa Reale que o pluralismo de Duguit, mais do que resultante de uma análise especial dos círculos ou ordenamentos particulares, como acontece em Hauriou e Santi Romano, configura um pluralismo que se ignora⁽⁸⁾.

Entre nós, destaca-se o trabalho de Miranda Rosa⁽⁹⁾. Ao analisar o direito como fato social, este autor chama a atenção para o fenômeno de sua formação extra legislativa. Seguindo a trilha de Ehrlich e Gurvitch, afirma que já está superada, do ponto de vista sociológico, a discussão quanto à existência de uma imensa variedade de normas que podem muito bem ser incluídas na categoria de normas jurídicas, muito embora não sejam produzidas pelo Estado. Tais normas, que podem emanar de associações, de sindicatos, não raramente são dotadas de força coativa superior à do Estado, o que muitas vezes determina a sua prevalência em caso de conflitos.

Esses importantes fatores de ordem sociológica foram objeto de valiosa pesquisa realizada por Souza Santos, comprovando uma situação de pluralismo jurídico decorrente dos conflitos relacionados com a posse da terra conjugada com o direito de construção. Ressalta o autor um aspecto bastante interessante quanto à relativa autonomia que possui a comunidade então formada, no caso uma favela, autonomia esta decorrente da ilegalidade coletiva da habitação frente aos ditames do direito oficial, o que condiciona o relacionamento da favela, como comunidade, com o aparelho jurídico-político. Disso resulta o estabelecimento de um direito próprio da comunidade, paralelo ao direito ou mesmo em conflito com ele, para a solução dos problemas internos, dando origem, assim, a uma relação de pluralismo jurídico que não é igualitária, uma vez que o direito interno da comunidade é dependente do direito oficial⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ DUGUIT, Léon *Traité de Droit Constitutionnel*, 3^e ed Paris, 1927-1928, apud REALE Miguel *Teoria do Direito e do Estado*. 4^o ed, São Paulo Saraiva, 1984, p 267 s

⁽⁸⁾ REALE, Miguel *Ob Cit* p 272

⁽⁹⁾ ROSA Felipe A de Miranda *Sociologia do Direito*. 5^o ed Rio de Janeiro Zahar, 1977

⁽¹⁰⁾ SANTOS, Boaventura de Souza *Notas sobre a História juridico-social de Passárgada*, IN SOUTO, Claudio e FALCÃO, Joaquim *Sociologia e Direito*. *Op cit*, p 109 s Tb *O Discurso e o Poder*, Coimbra, 1980

Essas vertentes doutrinárias perfilham um pluralismo bastante difuso que não se desliga nem da concepção juricista do Estado nem da ideia de sistema para explicar a articulação entre as normas de um ordenamento ao qual se atribuem as características da juridicidade e o ordenamento estatal. Além disso, em geral admitem certo grau de hierarquia não só quanto a eficácia dessas normas no sentido de que este efeito depende de sua maior ou menor integração com o direito positivo, como também no tocante a legitimidade mesma dos ordenamentos paraestatais. Ou, seja no fundo o pluralismo tradicional concede a primazia ao direito do Estado.

Carbonnier alerta para o perigo de se criar fórmulas exageradas de pluralismo e apresenta o seguinte dilema: ou os fenômenos definidos como partes integrantes de um outro direito são considerados e absorvidos pelo direito comum, quando o sistema jurídico local tem sua unidade restaurada, ou então estes fenômenos ficam à margem, no estado selvagem, não são integrados pelo sistema e não podem, por isso, receber a qualificação de verdadeiro direito. Podem, no máximo, ser qualificados de subdireito. Ora, o jurídico e o infrajurídico não compartilham de idêntica natureza e portanto não constituem uma pluralidade, reduzindo-se assim essa doutrina a uma grande ilusão, a de querer identificar o embate entre os fenômenos infrajurídicos e os jurídicos como se fora um embate entre dois sistemas, quando na verdade a luta se trava entre um verdadeiro sistema jurídico e um pretense direito. O autor assevera que o pluralismo jurídico se instaura num momento, não de oposição entre normas, mas no que se refere a modos diversos de interpretação ou aplicação de uma mesma norma.

Admitida a capacidade do juiz de criar direito, admitida também deve ser a conclusão de que a pluralidade de juizes que atuam em um sistema, pelo mero ato de julgar, irá indefectivelmente gerar uma pluralidade de fenômenos jurídicos.

Detentores do poder soberano de apreciação, os juizes tendem a estabelecer atitudes originais em suas jurisdições, determinadas, ou por condições subjetivas ligadas ao seu humor individual ou habitual, ou por condições objetivas do meio em que atuam, tais como históricas, geográficas, econômicas ou culturais. Estas atitudes, revestidas de um particularismo local ou regional na aplicação das leis nacionais, engendram uma situação que pode

ser, pela sua estabilidade e abrangência, reconhecida como a criação de um sub-sistema de direito⁽¹¹⁾

A conclusão a que se chega é que, do ponto de vista do pluralismo tradicional, as ordens normativas plurais formam com a ordem estatal um grande sistema analítico, no sentido de que sua eficácia e legitimidade se apresentam numa relação de complementariedade, isto é, ainda que se possa admitir uma normatividade plural *contra legem*, esta pressupõe a normatividade estatal. Trata-se portanto de um *pluralismo jurídico sistêmico*, com o qual não se confundem as novas expressões que vislumbramos nos dias de hoje

Na transmodernidade, a progressiva retirada do Estado da atividade reguladora das condutas intersubjetivas e capaz de provocar uma situação de caos normativo, da qual se aproveitam outros núcleos de produção jurídica, *secundum legem, praeter legem* e até mesmo *contra legem*, para criar seu próprio direito

Esses novos núcleos podem ser divididos em duas categorias: alguns deles surgem espontaneamente em face da ausência do Estado ou, pelo menos, na medida em que o Estado falha no cumprimento de seus objetivos, o que produz insegurança e desconfiança das populações marginalizadas, que tratam de estabelecer soluções alternativas para seus problemas, daí advindo um *direito alternativo*. Outros núcleos aproveitam-se porém da ausência do Estado, e até mesmo forcejam sua retirada da atividade normativa, em setores nos quais tenham interesse, para ocupar seu lugar em proveito próprio, criando uma espécie de *direito transnacional*

Na medida em que ambas as formas constituem expressões transmodernas do pluralismo jurídico, proponho denomina-las, respectivamente, *pluralismo jurídico alternativista* e *pluralismo jurídico transnacional*

3. O pluralismo jurídico alternativista.

A abertura proporcionada por Miranda Rosa e que já fora inferida das teses do pluralismo sistêmico, para outras fontes materiais

⁽¹¹⁾ CARBONNIER Jean *Sociologia Jurídica Coimbra Almedina 1969 p 220 s*

identificadas em organizações racionais, estabelecidas na conformidade ou não do direito positivo oficial, abre a perspectiva de nova forma de pluralismo, que aventa a atribuição de juridicidade a decisões, declarações e manifestações tendentes a transformar-se em normas autenticamente jurídicas, no seio de organizações que lutam pelos direitos dos setores mais necessitados na atual sociedade de classes. Trata-se de uma produção normativa que se organiza e institucionaliza na medida em que adquire certa estabilidade, mas inteiramente a margem do direito oficial, chegando até mesmo a dele prescindir.

Este tipo de pluralismo organizado e referido por Wolkmer como ostentando um conteúdo de teor progressista, sendo por ele denominado *pluralismo jurídico comunitário participativo*⁽¹²⁾. Por razões que serão entretanto expostas, proponho designá-lo como um *pluralismo jurídico alternativista*, pois suas teses basilares na verdade constituem uma alternativa ao direito oficial, um *direito alternativo*.

Guardadas as peculiaridades de cada posição doutrinária, esta forma de pluralismo e também referida por Canotilho como um *direito reflexivo*, fundamentalmente constituído pelo conjunto de regras definidoras dos esquemas relacionais dos grupos e organizações da época atual. Assinala Canotilho que a existência de tais normas identifica uma nova constituição, na qual se estabelecem as condições para uma auto-regulação social efetivada pelos atores neocorporativos⁽¹³⁾.

Todavia, analogamente ao que sucede com o pluralismo sistêmico, esse pluralismo comunitário participativo acaba por integrar-se ao direito oficial, seja sendo por ele simplesmente tolerado, já que não constitui óbice mais sério ao tipo de dominação exercida através do direito positivo, seja impondo-se a ele como direito alternativo que aspira a ocupar o lugar do direito oficial, em relação ao qual se considera precisamente *alternativo*, daí que a medida que fazem parte do sistema considerado pela dogmática jurídica, podem ser ambos definidos como subespécies do pluralismo tradicional.

(12) WOLKMER Antonio Carlos *Pluralismo Jurídico* São Paulo Alfa Omega 1994 p 323

(13) C/ CANOTILHO J. J. Gomes *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 3 ed (reimpressão) Coimbra Almedina 1999 p 1079

Mas ao falar em direito alternativo, como fundamento do pluralismo alternativista, cumpre relevar importante distinção, que é a estabelecida entre o direito alternativo propriamente dito e a teoria européia do uso alternativo do direito. Corrêas enfatiza que o uso alternativo diz respeito ao uso do direito hegemônico – direito hegemônico é o direito positivo oficial - para conseguir resultados não propriamente compatíveis, ou pelo menos não desejados por esse mesmo direito hegemônico, enquanto que o direito alternativo alude à existência de um ordenamento, inserido ou paralelo ao direito hegemônico, mas que legitima o afastamento, a inobservância ou mesmo a violação das normas desse direito. Mas esse autor diverge de Wolkmer no sentido de que os dois tipos não se confundem com o pluralismo jurídico, pelo qual se entende a vigência no mesmo território de mais de um ordenamento jurídico⁽¹⁴⁾.

A tese de Corrêas tem o mérito de afastar a freqüente confusão entre ambas as doutrinas. A partir de sua leitura, pode-se entender que os juristas que se consideram *alternativos* na verdade só o são autenticamente quando sua atividade prática, como magistrados, promotores de justiça, advogados e professores de direito, é dirigida contra o direito hegemônico, isto é, se transforma numa atividade de luta e conquista de direitos para os excluídos da sociedades, uma luta muitas vezes considerada *subversiva* pelo direito e saber jurídico oficial. É nesse sentido que Andrade se refere a um direito alternativo brasileiro, como espaço de luta pelo povo oprimido⁽¹⁵⁾. Em caso contrário, à medida que se refugiam no direito positivo e o usam como espaço de luta, estão mais próximos do uso alternativo.

Todas essas tendências que têm em comum a busca de soluções alternativas para a crise do direito contemporâneo podem ser reunidas numa doutrina jurídica hoje de alcance universal, a qual pode receber a denominação de *alternativismo jurídico*, devido à indiscutível influência que exerceu, em determinada época da história do direito brasileiro, para a compreensão do papel social e político dos juristas, tanto a teoria do uso alternativo do direito quanto o movimento hermenêutico dos magistrados brasileiros que recebeu o nome de *grupo de direito alternativo*.

⁽¹⁴⁾ CORRÊAS, Óscar *Teoría del Derecho* Barcelona Bosch, 1995 Tb *Introducción a la crítica del Derecho Moderno* (esbozo) Puebla Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

⁽¹⁵⁾ ANDRADE Lédio Rosa de *Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro*. Porto Alegre Livraria dos Advogados 1996

Entretanto, além destas, cumpre destacar o movimento *critical legal studies*, nos Estados Unidos, e certos questionamentos em matéria de filosofia do direito levados a efeito por juristas e filósofos canadenses, reunidos em torno da *Association Canadienne-française pour l'avancement des sciences* – ACFAS. Entre estes, avulta a obra de Bjarne Melkevik, a partir da reunião de um grupo de estudos por ele organizado na Universidade Laval de Quebec onde se discutem temas como as relações entre política e ideologia, suas instituições e seus operadores – os desafios e perspectivas para a cultura jurídica do futuro, o fim da hegemonia do positivismo jurídico – modernidade e pos-modernidade, e outros temas, segundo uma perspectiva interdisciplinar e crítica⁽¹⁶⁾. O grupo canadense de Melkevik aproxima-se assim da metodologia que, no sul do Brasil, aponta para a *teoria crítica do direito*.

Quanto ao movimento americano *critical legal studies*, e formado por um grupo bastante amplo de estudiosos da filosofia jurídica americana, o qual vem polemizando com o pensamento tradicional questionando seus fundamentos filosóficos, sociológicos e políticos. Seu objetivo primordial tem sido a crítica interna da razão jurídica, revelando suas contradições linguísticas e axiológicas em diversos setores da doutrina jurídica e da prática judicial, para demonstrar seu caráter indeterminado e ideológico e impugnar assim a falsa autonomia do direito e do pensamento jurídico analítico com respeito ao debate substantivo de caráter moral e político. As críticas localizadas da CLS emitidas desde uma esquerda bastante heterodoxa herdeira do radicalismo cultural da *new left* americana dos anos sessenta e distanciada do marxismo científico têm sido dirigidas contra uma imensa variedade de discursos: contra o formalismo jurídico, a *policy analysis*, a sociologia positivista, a jurisprudência de princípios, a filosofia política liberal, o determinismo marxista, a análise econômica do direito, a grande teoria social clássica e a educação jurídica, mas sempre pressupondo a rejeição às pretensões de objetividade, racionalidade, cientificidade e apoliticidade desses discursos, que os converteria em discursos de poder ao incorporar e transmitir uma visão sólida e estável do *statu quo* que desanima as tentativas de subvertê-lo. A ênfase da CLS na indeterminação jurídica e na plasticidade social pretende descongelar a falsa necessidade dessa visão,

⁽¹⁶⁾ MELKEVIK Bjarne *Horizons de la Philosophie du Droit* Quebec Les Presses de l'Université Laval 1998. Tb *Postmodernisme, droit et "adieu à la raison"* Critique de la conception postmoderne du droit. IN Carrefour Philosophie et Droit Actes du Colloque DIKE Quebec Université Laval 1995 p. 41

abrindo assim o caminho para a imaginação e proposta de mundos alternativos⁽¹⁷⁾.

Os seguidores do movimento condenam a educação jurídica tradicional americana, a qual perpetua o formalismo dos mitos que legitimam o atual estatuto do direito e de seus operadores, e a própria cultura política americana consolidada na Constituição, tão fortemente reverenciada. Deve-se observar que o elemento propriamente crítico do movimento afasta-se dos pensadores do *establishment* angloamericano e recupera a filosofia continental europeia a partir de Wittgenstein, Foucault, Derrida e Lacan, por um lado e pelo neomarxismo de Althusser e Poulantzas por outro⁽¹⁸⁾.

Entretanto, ressalvada a opinião de Corrêas, a que *supra* me referi, penso poder estabelecer uma distinção entre a teoria do *uso alternativo do direito* e o chamado *direito alternativo*. O primeiro fundamenta-se na filosofia marxiana e considera o direito burguês tão somente uma fase transitória da evolução dialética da sociedade, que tende a ser superada pela implantação do socialismo; já os alternativistas latino-americanos, de modo geral, consideram despidiendos a questão dos fundamentos filosóficos de sua práxis, ou pelo menos não se preocupam com isso, envolvidos que estão nos problemas concretos do dia-a-dia da justiça, num país imenso como é o Brasil, com a maioria de sua população mantida na miséria e na ignorância. Em suma, pensam eles que não é discutindo os fundamentos filosóficos das teorias jurídicas que se vai dar de comer a quem tem fome e beber a quem tem sede.

Uma ala importante desse alternativismo aproveita a ética do cristianismo conforme exposta por Dussel⁽¹⁹⁾ e Gutiérrez⁽²⁰⁾, que fala de uma teologia do oprimido, a partir da concepção, já trivializada entre numerosos teólogos cristãos, de que é preciso antes cuidar do corpo para depois cuidar da

⁽¹⁷⁾ LLEDÓ, Juan A Perez: *El movimiento "Critical Legal Studies"* Madrid Tecnos, 1996

⁽¹⁸⁾ CAMPBELL, Tom D *Legal Studies* IN GOODIN, Robert E e PETTIT, Philip A *Companion do Contemporary Political Philosophy* Cambridge Blackwell, 1996 p 195 s

⁽¹⁹⁾ DUSSEL, Enrique D *Filosofia da Libertação na América Latina* São Paulo Loyola, 1976 Tb *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão* São Paulo Paulus, 1995 Tb *Ética da libertação – na idade da globalização e da exclusão* Petrópolis Vozes, 2000

⁽²⁰⁾ GUTIERREZ, Gustavo *Teologia da Libertação* Petrópolis Vozes, 1979

alma. Nesta direção, seguindo a exposição de Dussel, o povo, como coletivo histórico, orgânico, e não só como multidão, mas como sujeito histórico dotado de memória e identidade e com *estruturas* próprias, é igualmente a totalidade dos oprimidos, na condição de oprimidos em um determinado sistema⁽²¹⁾.

Essa noção de estrutura original característica das sociedades oprimidas, ou de grupos oprimidos na sociedade, pode conter seu *direito do oprimido*, o qual assemelha-se à produção normativa plural descrita por Souza Santos. E se trata evidentemente de uma juridicidade alternativa que nucleia o direito plural exposto por Wolkmer.

Mas o alternativismo envolve uma contradição insuperável, posta em evidência quando se constata que o simples fato de dizer-se *alternativo* traduz o desejo de deixar de sê-lo, pois um saber ou comportamento alternativo - a menos que haja boa dose de hipocrisia - aspira a que todos os imitem: o que na verdade ocorre é que todo alternativismo deseja a ser o oficial, o normal. É o que ocorre quando um grupo revolucionário obtém o poder e impõe, pela força ou pela manipulação ideológica, suas próprias idéias, seus ideais políticos, suas normas, ao conjunto da sociedade. Aí, o que antes era normal, na medida em que se refugia na clandestinidade, passa a ser alternativo.

Essa contradição inerente ao alternativismo jurídico é enfatizada por Luhmann, quando constata a configuração de três tipos: a alternativa *no* direito, a alternativa *ao* direito e a alternativa *contra* o direito; referindo-se a movimento semelhante ocorrido na Alemanha nos anos sessenta e setenta, constata que à época não se sabia se o que se pretendia era buscar alternativas dentro do direito em vigor ou fora dele; nesta segunda hipótese criava-se um paradoxo, pois o que se pretendia era dar legalidade ou legitimidade, reconhecida pelo direito positivo, ao descumprimento de suas próprias normas, como no caso das discussões sobre a desobediência civil⁽²²⁾.

(21) DUSSEL, Enrique D. *La producción teórica de Marx: un comentario a los Grundrisse* Bogotá Siglo Veintiuno, 1990

(22) LUHMANN, Niklas. Entrevista concedida no dia 05/09/94, em Foz do Iguaçu, transcrita em GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 103

De qualquer forma, na medida em que a sociedade se organiza através de associações, sindicatos, entidades não governamentais e outras, reconhecidas ou não formalmente pelo Estado e procuram impor à sociedade em geral seus próprios critérios de juridicidade que se insurgem contra o direito oficial, realiza-se o pluralismo descrito por Wolkmer como comunitário e prospectivo, mas que constitui um segundo tipo ao qual se adequa a denominação de pluralismo jurídico alternativista.

As duas formas do pluralismo tradicional correspondem portanto a um pluralismo sistêmico e um pluralismo alternativista, nome que se atribui pelo alcance especial que, dentro do neopluralismo de Wolkmer, tem a tese do direito alternativo como correspondendo à produção normativa de associações, sindicatos e outros órgãos da comunidade que lutam pela promoção social dos excluídos.

4. O pluralismo jurídico transnacional.

Este pluralismo infraestatal sempre foi estudado como uma certa curiosidade filosófica do Direito, mas como um objeto sociológico, cuja constatação como realidade concreta dos relacionamentos humanos não chegaria a abalar as estruturas do Estado.

Entretanto, a partir da emergência de novos centros de produção normativa, paralelos ao Estado e até acima e contra ele, o pluralismo passa ter uma característica transnacional, pois, em função das transformações engendradas pela transmodernidade, constata-se novas formas de juridicidade que transcendem o pluralismo tradicional; trata-se de um *pluralismo transnacional*. Refiro-me a uma forma transnacional e não transestatal, porque sua consolidação prescinde da existência do Estado, embora não possa ignorar a realidade das nações em sua dimensão sociológica e antropológica, não política.

Cabe ressaltar desde logo que as transformações engendradas pela transmodernidade incidem sobre o Estado; elas principiam pela minimização de sua soberania interna enquanto poder de fazer as leis, e externa, enquanto autonomia no concerto das nações, e culminam com sua própria transformação como unidade ôntica que consolida a organização social característica da transmodernidade.

A realidade da existência dessas formas plurais de produção normativa repercute diretamente no núcleo mesmo da concepção dogmática do direito, que é a relação ontológica entre o Estado e o direito, que, de um *status* teórico de identidade, como em Kelsen, por exemplo, passa progressivamente a comportar um direito, igualmente positivo, produzido por organizações sociais plurais.

Ao tratar especificamente do Estado, pode-se constatar que esse efeito é muito mais abrangente, pois não se trata apenas da volatilização da soberania, mas da emergência de novos centros de poder e decisão que não são absorvidas pelo direito estatal, mas, pelo contrário, este é que tende a ser absorvido pela normatividade dimanada desses centros. Trata-se de uma produção jurídica que tem o efeito de transformar o Estado em empresa e a empresa em Estado. Com isso, nas relações entre o direito e o Estado não é este que se deixa propriamente substituir por outros centros de normatividade social, mas a própria coercitividade como categoria fundamental do direito que perde seu alcance ontológico; ou seja, o direito deixa de ser coercitivo para impor-se em virtude de outros instrumentos, o Estado deixa de ser definido em função de ser o detentor do monopólio da violência institucionalizada, e a categoria central que possibilita a compreensão gnósica de ambos passa a ser o consenso. Finalmente, a relação lógica entre o Estado e o direito, bem como entre os termos das proposições normativas do direito, passa a ter uma configuração puramente instrumental, que liga meios a fins e não mais uma racionalidade analítica que liga imputativamente antecedentes e conseqüentes.

Este descredenciamento da coerção como característica essencial do direito está na base de autêntica reviravolta no modo de conceber o Estado e o direito, pois leva a que o mercado substitua gradativamente a política na tomada de decisões que afetam toda a sociedade. Essas decisões são tomadas mais em função das necessidades e dos interesses do mercado mundial, do que propriamente das necessidades sociais e políticas dos cidadãos. Ora, para atender a esses interesses, em primeiro lugar os governos provinciais – estaduais no Brasil – se entregam a uma competição predatória a fim de atrair investimentos. Daí resulta que as grandes organizações empresariais mundiais impõem aos direitos provinciais e estaduais aquilo que acham ser mais importante, que são suas próprias regras.

Só que essas regras não são absorvidas pelo direito do Estado; existe, por exemplo, todo um comércio intrafirmas, uma certa organização

institucional dentro das empresas, que pode ser observada através da extensa rede de franquias representantes e filiais espalhadas pelo mundo todo e que abrangem milhares de funcionários ou servidores

A estrutura organizacional transmoderna tem levado a repensar a velha estrutura hierárquica empresarial e governamental, que é uma estrutura de subordinação. Tal repensar repercute no conceito trabalhista de empregador e empregado, ligado a prestação de trabalho com vínculo de subordinação, categorias tradicionais do direito do trabalho que se adaptam aos novos conceitos e paradigmas organizacionais, nestes, não há propriamente a subordinação dimanada de uma estrutura hierárquica piramidal, mas uma divisão de encargos e funções adequada a uma estrutura horizontal, onde as energias produtivas se articulam em função de objetivos a atingir

Como esta organização de certa forma submete o direito do Estado assiste-se a emergência de nova forma de pluralismo jurídico que não é o tradicional definido em função dos tipos sistêmico e alternativista mas de um pluralismo transnacional, institucional e também virtual

Os processos decisórios e as novas formas de juridicidade envolvidas pela transmodernidade vêm-se incrementadas à medida que os interesses em jogo estabelecem limites às intervenções governamentais, as quais se subordinam às diretrizes econômicas de grandes empresas, fundos de pensão, governos estrangeiros entidades governamentais ou não governamentais de caráter supranacional, organizações e agências internacionais, etc. Ou seja, esse *jus novum* se manifesta num direito dimanado de centros diferenciados de poder e decisão, tais como as organizações internacionais tipo União Europeia, Mercosul e a nascente Alca, além das antigas organizações mundiais suscitadas pela Organização das Nações Unidas, como a Organização Internacional do Comércio, mas também entidades societárias virtuais, organizações não institucionais que passam a conviver com as antigas organizações não-governamentais (ONG), as empresas transnacionais, instituições financeiras mundiais, escritórios multinacionais de advocacia e auditoria, associações corporativas e movimentos representativos da comunidade internacional

Além dessas, a teoria jurídica e política tem ainda que dar-se conta da existência de organizações marginais dedicadas ao narcotráfico, a exploração do lenocínio, ao tráfico de órgãos, ao comércio de bebês, a

pirataria genética e às mais diversas formas de atividades ilícitas, organizações que criam sua própria regulação normativa.

São as famigeradas *máfias*, as quais geram negócios que chegam à ordem de trilhões de dólares, instrumentalizando os sistemas financeiros de todo o mundo para a reciclagem e lavagem de fabulosas quantias de dinheiro obtido em atividades ilegais.

Nas suas diversas formas e modalidades, o comportamento ilegal e corrupto das máfias transcende as fronteiras dos Estados nacionais, mina e deturpa suas instituições, produz o descrédito das agências específicas de governo e gera efeitos deletérios no desenvolvimento econômico, produzindo perda de eficiência e desperdício de recursos; além disso, repercutem politicamente na medida em que anulam os esforços públicos e privados para a melhoria da sociedade, favorecendo a instabilidade política, a desconfiança e desilusão da população, a frustração e dreno de energia do funcionalismo, o reforço ao cinismo e à descrença de toda a sociedade. Em suma, gera males públicos transnacionais, os quais não se limitam à ação das organizações criminosas, mas envolvem burocracias governamentais e empresários da fraude, autênticos criminosos de colarinho branco

A esse pluralismo constituído de regras de obrigação, espécie de direito material transnacional, pode-se denominar pluralismo transnacional *institucional*, eis que essas regras revestem-se do caráter de autênticas instituições.

Mas, além dessa forma institucional, a transmodernidade engendra instâncias solucionadoras de conflitos além do judiciário estatal. Trata-se de um pluralismo de caráter jurisdicional, que resulta do pluralismo institucional, o qual acaba levando, no plano infraestatal, ao advento de novos tipos de jurisdição, exercidos profissionalmente ou não, e que se especializam em conciliações, mediações e arbitragens; no plano supraestatal, assiste-se ao advento de um sem-número de instituições transnacionais, igualmente voltadas para a negociação, mediação e arbitragem, e também para exercerem atividades de vigilância empresarial; tais funções são desempenhadas por escritórios multinacionais de advocacia e auditoria, e também por órgãos técnico-normativos específicos. Essas instituições, na medida em que se reforçam por sua crescente presença na economia, com reflexos na vida política e cultural, impõem suas próprias regras à revelia do direito positivo.

Analogamente ao que ocorre com o direito material transnacional, também um dos aspectos negativos desse fenômeno é a ocupação das instâncias solucionadoras de conflitos por organizações marginais, nos espaços ocupados pelo crime organizado, pelo narcotráfico e por organizações fundamentalistas de caráter religioso ou político, que passam a catalizar as esperanças do povo oprimido no sentido de ver atendidas suas pretensões, dada a falência das instituições oficiais.

Esse direito marginal se desenvolve contra o Estado, mas trata de cooptá-lo pela corrupção ou mediante a imposição da lei do mais forte, e sua atuação se torna mais evidente à medida que o direito oficial e a autoridade estatal deixam de cumprir seus objetivos inseridos nas constituições e nas leis.

Tal ocupação dos espaços normativos por organizações marginais é a conseqüência mais perversa do empobrecimento das nações e da falência do Estado, no mundo global e transmoderno, mas de civilização cristã e cibernética, construído na esteira do capitalismo ocidental, agora tornado legítimo, mais em função da falta de alternativas do que de seu próprio mérito.

Esse pluralismo jurisdicional⁽²³⁾ acha-se incrementado na medida em que se verifica o desprestígio do poder judiciário, isto é, quando se nota a crescente incapacidade do Estado, através de seu judiciário, de resolver os litígios que envolvem interesses multinacionais; e assim, ele tende a ser substituído por um judiciário paralelo, formado por organizações dos mais diversos tipos, como as câmaras de comércio internacional, escritórios transnacionais de advocacia e de auditoria, órgãos dedicados à standardização e estabelecimento de padrões, que não se limitam a zelar pela qualidade dos produtos, mas estabelecem normas que devem ser observadas pelas empresas associadas e pelos Estados ditos *soberanos*. Trata-se de instituições solucionadoras de conflitos que se impõem à sociedade à revelia do judiciário estatal.

Em conclusão, pode-se afirmar que os ordenamentos jurídicos da transmodernidade manifestam um pluralismo institucional, formado por regras de obrigação, impostas por instituições multinacionais, e um pluralismo jurisdicional, formado por instâncias extraestatais solucionadoras de conflitos.

⁽²³⁾ RAMOS FILHO, Wilson. *Pluralismo Jurisdicional*. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1966.

O pluralismo institucional tende a ser tratado como novo ramo do direito, constituído principalmente pela nova *lex mercatoria* e pelo direito da produção, que eu simplesmente denomino *direito tecnologico*, em função do tipo de razão instrumental que o preside. E o pluralismo jurisdiccional enriquece de tal maneira o espaço jurídico das relações globais que hoje pode integrar-se no direito internacional, propondo-se as designações de *direito processual internacional*, com um conteúdo programático bastante amplo, de forma a dar-se conta dessas formas transnacionais de resolução de conflitos

Esse tipo de jurisdição, considerada por Ciuro Caldaní como constituindo uma espécie de jurisdição marginal, difusa, ou parajurisdição⁽²⁴⁾, tende a estabilizar-se como instituição no mesmo grau de hierarquia das jurisdições nacionais. O futuro do pluralismo transnacional jurisdiccional são as cortes internacionais de justiça e a instituição de novos órgãos transnacionais dotados de poder judicante, os quais passarão a exercer uma jurisdição paralela com igualdade de competência, analoga aos tribunais ingleses da *equity* e da *common law* anteriores aos *Judicature Acts* de 1873 a 1875⁽²⁵⁾

O pluralismo transnacional, conjugado com as novas formas de juridicidade e com a própria juridicização do espaço cibernetico, interfere no modo de compreender a sistemicidade do direito. Este deixa de ser identificado na ordem jurídica tradicional, de caráter racional, na qual as normas se apoiam umas nas outras e trazem implícita sua validade em virtude desse encadeamento analítico, para ceder lugar a nova concepção de uma ordem jurídica global, onde esse encadeamento não ocorre entre as normas, mas entre os milhares de microssistemas autopoiéticos, ou seja, a ordem jurídica se banaliza, pulveriza e dilui

Tal pulverização se transforma em novo instrumento de manutenção e reprodução das ordens sociais fundamentalmente injustas, pois, se e preciso dividir para vencer, a pulverização dos sistemas jurídicos facilita a dominação, não já de Estados sobre Estados, de povos sobre povos, mas de empresas sobre povos e nações, de alguns sobre todos, e voltada para seu próprio interior, para seus problemas, para seu povo e para seus interesses, por outro lado, ela espelha uma tendência fortemente intervencionista, que prescinde de critérios outros de intervenção política que não os próprios

⁽²⁴⁾ CALDANI Miguel Angel Ciuro *Filosofia de la Jurisdicción* Rosario FIJ 1998 p 18

⁽²⁵⁾ DAVID René *Les grands systèmes de Droit contemporains* Paris Dalloz 1964

interesses das nações ricas, mas uma política intervencionista legitimada pela crença de que a supremacia dessas nações no contexto internacional e uma hegemonia benevolente e assim trata-se de doutrinar os outros países acerca da validade universal dos princípios praticas e instituições do mundo plenamente desenvolvido agora norteado pela nação norte-americana⁽²⁶⁾

Na verdade a ordem mundial sempre se consolidou a reboque dos interesses das grandes potências no passado, tais interesses motivavam a intervenção belica pura e simples, substituída pela intervenção branca exercida através de titeres e ditadores. No atual mundo globalizado, o intervencionismo se manifesta através de uma aliança entre os governos das nações mais poderosas, com suas grandes empresas transnacionais, cujos interesses meramente econômicos são ideologicamente identificados com os interesses de toda a sociedade, nas nações ricas, quando não com os interesses da humanidade.

5. Empresa Estado e nova ordem mundial.

Assiste-se hoje a uma banalização das tendências outrora circunscritas a organizações marginais a afastar o Estado dos processos multifacetados de tomada de decisões. Organizações não governamentais, serviços sociais de voluntariado, instituições religiosas, comunidades de base, associações de moradores e uma série de iniciativas, as mais das vezes tendentes a suprir deficiências da atuação oficial do Estado, acabam por reforçar os ideais comunitários, finalmente engendram a ideologia da autonomia regulamentar da sociedade.

Entretanto esse comunitarismo social repercute também nas organizações empresariais engendrando uma tendência a elas também adquirirem autonomia frente ao Estado, mas uma autonomia de caráter jurídico, quando organizações empresariais cada vez mais amplas instituem sua própria regulamentação normativa e procuram submeter-lhe o direito do Estado.

A típica imagem transmoderna da sociedade e portanto a de um complexo de interesses, valores, projetos e exigências de indivíduos e grupos.

²⁶⁾ HUNTINGTON, Samuel. *A superpotência solitária*. IN *Política Externa*, Vol. 8, nº 4, maio 2000. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 12 s.

uma rede de dimensões globais expressada mediante estruturas dos mais diversos aspectos, instituídas e constituídas por amplas redes comerciais, sistemas de produção e distribuição, pelo sistema financeiro e também pelo mercado de trabalho, estruturas que transcendem as fronteiras geopolíticas e culturais.

Essa realidade estabelece uma ligação do direito transnacionalizado com a idéia de regulação autônoma ou semi-autônoma de regiões, localidades, grupos e empresas. Nesse amplo contexto, cuja complexidade é agravada em função de uma infinita variedade de fins e Oescalões que os expressam e que são articulados por uma rede complexa de declarações, novas formas de organização social podem dimanar da extrapolação territorial, nacional e política do conceito de Estado.

Isso não obstante, mantém-se uma concepção juricista de Estado, que não constitui exceção ao idealismo inerente à ciência política tradicional, eis que o Estado é concebido em função de seu território e soberania, além de manter na teoria sua finalidade voltada para o bem comum de um povo situado em determinado território; mas o que em verdade ocorre é um deslocamento do lugar geométrico da soberania interna, eis que o Estado perde sua exclusividade para a criação e revelação do direito e é cooptado pelas decisões, impositivas ou participativas, oriundas do conjunto econômico das organizações empresariais mundiais, a nova forma de organização política da sociedade através da qual se impõe a nova ordem mundial.

A transmodernidade repercute pois no conceito de Estado, primeiro, porque a ampliação do âmbito de exercício dos direitos subjetivos e a desreferenciação da sociedade solapa os fundamentos do Estado Moderno em sua territorialidade e soberania, tanto no plano interno, como poder de fazer as leis, quanto no externo, como sujeito de direito internacional, mas também porque o Estado cede aos poucos sua exclusividade como forma predominante, quase final, de organização política, para outras formas que aos poucos o vão substituindo.

Esse mesmo questionamento levou Habermas a falar em uma sociedade pós-nacional, enfatizando que a dissolução dos indicadores semânticos da cidadania e da identidade nacional corresponde ao fato de que a

forma clássica do Estado nacional se encontra hoje em dissolução, à medida que a comunidade europeia se transforma numa união política⁽²⁷⁾.

Por que não falar pois num Estado transnacional, com conotações que correspondam às implicações da transmodernidade?

Ainda que as conjecturas mantenham a idéia de nação como fundamento da organização política, as previsões podem e devem levar em conta a sociedade concreta, sua divisão em grupos microsociais e classes, bem como a tendência hegemônica de organizações cada vez mais amplas e poderosas. A transformação do Estado importa hoje na superação de uma forma particular de organização social, com seu direito positivo, para engendrar outras formas que podem perfeitamente não apresentar as tradicionais características do Estado, ou mantê-las acrescidas de outras.

É dubitável hoje, para um professor de Introdução ao Direito, afirmar que o Estado tem o monopólio do direito; as normas que se impõem como obrigatórias à observância da sociedade podem hoje dimanar de núcleos de produção jurídica à margem do Estado, acima do Estado e até contra ele.

Isto é particularmente evidente quando ele é constringido a negociar com forças econômicas que transcendem o nível nacional, condicionando seus investimentos à aceitação de seus valores, de suas regras, de seus procedimentos e de seus mecanismos particulares de resolução de conflitos. E o mesmo pluralismo passa a ser utilizado para reforçar a manutenção dos grupos, povos e nações oprimidos, no *status* de opressão, pois o conservadorismo jurídico e político agora conta com novas armas ideológicas para defender-se e reproduzir-se.

Para viabilizar essa progressiva transferência do poder político para as empresas transnacionais, ocorre um processo de *desjuridificação* do direito estatal *pari passu* com a *juridificação* dos procedimentos ao nível de organizações transnacionais.

O direito positivo do Estado aos poucos se adapta às exigências dessa nova juridicidade. Aí intervém a *novilingua* do direito transmoderno, pois essa adaptação das ordens jurídicas nacionais é dissimulada sob

⁽²⁷⁾ HABERMAS, Jürgen *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* Vol II Trad Flávio B Siebeneichler Rio de Janeiro Tempo Brasileiro, 1997, p 280

eufemismos, os quais aludem a processos de *despersonalização*, *dessocialização*, *desestatização*, *desregulamentação*, *privatização*, *flexibilização*, *o* e *desconstitucionalização*, eufemismos que disfarçam as tentativas de retrocesso nas conquistas dos trabalhadores e das populações marginalizadas e que já se achavam consolidadas no direito positivo dos Estados nacionais, além disso, dissimulada pela ideologia do Estado mínimo, aos poucos vai se consolidando uma neanarquia que tende a facilitar a dominação capitalista empresarial a nível mundial

Esse processo esconde outra situação perversa não se trata de uma *retirada* do direito positivo em relação a vida social, no sentido de que os cidadãos cuidariam muito melhor dos seus negócios a margem do Estado legislador, mas de um deslocamento da capacidade de normar, implicando sua transferência para a esfera privada, por outro lado, a desregulamentação interfere na soberania dos Estados, quando grandes organizações mercantis impõem normas previamente negociadas por grandes escritórios multinacionais de negociação, arbitragem e advocacia, que atuam em vários países ao mesmo tempo, no sentido de adaptarem as respectivas legislações aos interesses dessa forma transmoderna de dominação⁽²⁸⁾

Esse desenvolvimento das instituições políticas e jurídicas, no interesse das nações que já atingiram elevado grau de desenvolvimento, e que são sustentadas por um poderio militar insuperável, aponta para uma nova forma de Estado que se consolida na empresa transnacional, com milhares e até milhões de servidores espalhados pelo mundo, com sua própria *lex mercatoria* e suas formas particulares de mediação, negociação e arbitragem, e que tendem a instituir órgãos transnacionais encarregados de julgar

E assim, as grandes empresas multinacionais hoje configuram novas formas de articulação dos mesmos elementos que articulam os Estados, os quais se sobrepõem a Estados menores e até controlam seu governo e sua economia. Uma grande empresa, hoje, com milhares de empregados espalhados pelo mundo, cujo capital se despersonalizou e cuja administração e entregue a colegiados eleitos em assembleias gerais, so não constitui Estado porque a concepção jurídicista do Estado não o permite

(28) CAPELLA Juan Ramon *Fruta Prohibida* 2 ed Valladolid Simancas 1999 p 268 Tb *En el Límite de los Derechos* Barcelona EUB 1996

Pode-se portanto conjecturar que a organização social empresarial representa hoje uma forma transmoderna engendrada para suceder o Estado capitalista burguês, mas coerente com a nova ordem mundial imposta pelo neocapitalismo virtual. Em resumo, o Estado do futuro e a empresa

Se o Estado em que vivemos é uma forma de organização social que sucedeu ao feudalismo, é lícito perguntar qual a forma que o vai substituir na era da transmodernidade

Esse questionamento tem sido posto em relevo por importantes setores da doutrina jurídico-política. Um desses setores é representado por Dallari, o qual sugere as seguintes possibilidades ou tendências: a) um Estado mundial interpretando-se a Organização das Nações Unidas – ONU – como o fundamento político de um futuro Estado mundial, mas a partir da limitação das soberanias dos Estados nacionais; b) um mundo sem Estados, tese que tem no pensamento anarquista sua versão mais expressiva; c) um mundo de super-Estados, fundado na existência de Estados super-poderosos que aos poucos assumem o encargo de custear a guerra e a paz, registrando-se a tendência a aglutinação dos Estados nacionais em blocos políticos; e d) a ideia de múltiplos Estados do bem-estar social, tendência que se observa no aparecimento de uma cultura de massa como fenômeno universal, o que levaria a progressiva homogeneização da vida social⁽²⁹⁾

As possibilidades vislumbradas pelo autor, além de atribuir a ONU um papel que ela não tem e dificilmente terá, mantém a ideia de nação como fundamento da organização política e atém-se a concepção idealista e jurídicista que tem prevalecido no pensamento político tradicional, o Estado como *ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território* na definição que propõe⁽³⁰⁾. Ademais, suas previsões não levam em conta a sociedade concreta: sua divisão em grupos microsociais, segmentos, estamentos e classes, decorrentes da tendência hegemônica que os caracteriza, e quando as confrontamos com as tendências da transmodernidade, nenhuma delas se adequa a realidade atual.

Em outro sentido, possivelmente de dimensões mais utópicas, pode-se conjecturar sobre uma futura organização política nucleada em

⁽²⁹⁾ DALLARI Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo. Ed. particular do autor. 1972.

⁽³⁰⁾ *Idem* p. 64.

comunidades menores, cujos membros se relacionam intersubjetivamente em virtude de vínculos outros que não a submissão ou lealdade a um poder singular. Vislumbram-se assim comunidades baseadas no espaço territorial ou na origem étnica comum, ou mesmo na comunhão de sentimentos religiosos e filosóficos⁽³¹⁾.

A nova ordem mundial que se configura no horizonte da transmodernidade tem sido chamada de *heterotopia*⁽³²⁾, palavra que alude à pulverização e multiplicidade de centros de decisão política e empresarial, os quais já não se limitam às fronteiras geopolíticas dos Estados nacionais, mas estão ubicados em diversos lugares espalhados pelo mundo; e também *poliarchia*,⁽³³⁾ aludindo-se à existência de múltiplos centros de poder mais ou menos equilibrados.

Mas essa heterotopia, demarcada por plataformas científico-tecnológicas e por pólos motores produtivos do eixo norte-norte ampliado, configura-se como principal cenário de conflito entre as nações que em maior ou menor grau dela participam, bem como entre as empresas que disputam a hegemonia nas esferas de influência que se articulam nesse espaço heterotópico.

Ainda que esse espaço seja disputado por diversos centros de produção científica e tecnológica, situados no resto do mundo, principalmente na Europa ocidental e no Japão, é nos Estados Unidos da América que se afirma a megapotência em ciência básica, biotecnologia, microprocessamento, criação de *software*, tecnologias ambientais, telecomunicações, informática e computação *hiper high tech*, robótica, tecnologia aeroespacial, tecnologia digital e, ademais e paradoxalmente, também se afirma como superpotência da produção industrial de baixo custo⁽³⁴⁾.

Na medida em que os Estados nacionais tendem a se manter em função de sua própria força histórica, e passam a ser utilizados pelas empresas

⁽³¹⁾ Cf LIPSCHUTZ Ronnie D *After Authority* New York State University of New York, 2000

⁽³²⁾ DREIFUSS, René Armand *A Época das Perplexidades*, 2ª ed Petrópolis Vozes, 1997, p 242 s O autor esclarece que a idéia de heterotopizar os países provém de Foucault.

⁽³³⁾ *Id*, p 244

⁽³⁴⁾ *Id*, p 242

como nova forma de organização social paralela ao Estado, os Estados Unidos da America assume definitivamente o papel de organização politica hegemônica da nova ordem mundial, com tendência a concentrar em si mesmo os poderes outrora definidos como característicos do Estado nacional. Entre estes, um poder de policia para atuar na esfera internacional, baseada numa poderosissima força militar. Com efeito, a grande nação do norte aos poucos se transforma em policia do mundo, ainda que enfrentando os limites do poder militar e a necessidade politica de legitimar-se perante os demais povos.

Trata-se de uma tendência inexoravel, implicada pelo poderio militar estadunidense. Esse poderio hoje é tão grande que, alem de tornar obsoletos os exercitos tradicionais, o simples fato da sua existência ja representa uma ameaça ao futuro da humanidade, alem disso, fortalece a possibilidade de um controle do desenvolvimento historico das nações e das sociedades integradas no mundo global e transmoderno. E finalmente, uma sofisticadissima rede de observação e comunicação acaba por abrir a possibilidade de controle das condutas individuais, com atentados sorrateiros a liberdade e a privacidade. Isso esta hoje bastante proximo do que foi descrito por Orwell, quando se referia ao *big brother*.

São portanto bastante significativos alguns fatos da historia recente, tais como o caso Pinochet, a questão Kosovo, a Bosnia e o bombardeio de Belgrado, e também as suspeitosas alianças militares entre os EUA e países como a Colômbia, que legitimam a participação militar estadunidense na solução de problemas internos desses países, sem entrar no merito das ações tomadas, temos que prestar atenção na tese juridica que esta na sua base, e o direito dos países ricos de intervir em quaisquer regiões, a seu proprio juizo e independente da ONU ou com seu beneplacito posterior, em lugares e situações em que, em seu entendimento, estejam ameaçados os direitos humanos, a proteção do meio-ambiente e o regime democratico. Mas tudo isso revela um deslocamento para fora dos países terceiro-mundistas dos centros de decisão juridica.

Quanto ao meio ambiente, ja e do conhecimento mundial, a partir de sucessivos pronunciamentos do ex-Presidente Bill Clinton e de sua secretaria de Estado, Madeleine Albright, que as ações que, a seu juizo, importem em prejuizo ao meio ambiente, dizem respeito a segurança dos EUA.

Entretanto, igual preocupação está ausente em relação aos problemas reais da humanidade, como, por exemplo, acabar com as guerrilhas que mutilam crianças, acabar com a fome e a miséria na África e no interior do nordeste brasileiro, a miséria que se esconde por trás das fachadas dos prédios dos bairros elegantes, alimentar as populações famintas da América Latina, propiciar às populações excluídas do progresso condições mínimas de saneamento básico, alimentação, educação, cultura e lazer.

São problemas que não podem simplesmente ser desligados da herança da colonização européia e ser tratados como questões que dizem respeito somente aos governos locais. Os problemas da humanidade têm que ser resolvidos pela humanidade, e todos os países são responsáveis.

Essa realidade do atual equilíbrio, ou, melhor dizendo, desequilíbrio de forças no plano militar e político mundial tem sido detectada por estudiosos da atual política exterior estadunidense. Kissinger, por exemplo, acredita no aparecimento de novo sistema de equilíbrio internacional, onde o poder ficaria dividido entre oito ou nove países, mas atribuindo-se aos Estados Unidos o papel decisivo na administração do equilíbrio entre eles; considera o autor que a grande nação continua, no final do século e início do próximo, a influenciar as relações internacionais com certa ambivalência: insistência na inadmissibilidade do intervencionismo em assuntos domésticos e, ao mesmo tempo, postular a aplicabilidade universal de seus próprios valores; por um lado, ostentar uma conduta bastante pragmática quanto aos resultados vislumbrados no dia-a-dia da diplomacia e, por outro lado, tratar de expandir ideologicamente suas próprias convicções morais históricas. Nenhum país, constata o autor, tem sido mais relutante em engajar-se em problemas externos, mas, paradoxalmente, é o que mais tem empreendido alianças e acordos de alcance e finalidades sem precedentes⁽³⁵⁾. E conclui que a manutenção desses paradoxos históricos da diplomacia estadunidense projeta um papel decisivo na administração do equilíbrio entre as forças mundiais com tendência a certo grau de dominação, resgatando o velho sonho do Presidente Wilson de uma segurança universal coletiva⁽³⁶⁾.

Administrar esse equilíbrio é eufemismo para dizer *policar* a conduta das demais potências.

⁽³⁵⁾ KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Simon and Schuster, 1994, p. 17-18.

⁽³⁶⁾ *Idem*, p. 809.

Outro autor, Huntington, ao contrário, prevê um choque de civilizações, num futuro em que as guerras tenderiam a ser resultado das querências e conflitos entre sete ou oito grandes blocos civilizatórios; mas acredita que a gestão mundial ainda permanecerá, por muito tempo, nas mãos de dois diretórios: um diretório militar, formado pelos Estados Unidos, França e Inglaterra; e outro econômico, formado pelos Estados Unidos, Alemanha e Japão. O autor não esconde suas restrições ao papel desempenhado pelos Estados Unidos na nova ordem mundial, pois a retórica do governo norte-americano não leva na devida conta as diferenças entre as civilizações e culturas locais, cujos valores sejam bastante diversos dos adotados pelos Estados Unidos.⁽³⁷⁾ Entretanto, encara com certo desprezo a confiança nas normas que regem o comportamento dos Estados nas questões internacionais, pelo que inclina-se no sentido da criação de um baluarte ocidental que permita a defesa da herança civilizatória do Ocidente.

As observações de Huntington coincidem com Kissinger, quanto à tendência a uma universalização dos valores próprios da cultura estadunidense e expansão ideológica das respectivas convicções morais.

Robert Cox, também estudioso da diplomacia norte-americana, vê dois cenários possíveis: um, que seria o de uma nova hegemonia sustentada sobre as estruturas globais de poder criadas pela internacionalização da produção e do Estado; e o outro, que se caracterizaria pela permanência de vários centros conflitantes. E finalmente, Giovanni Arrighi prevê três desdobramentos possíveis: um primeiro, em que se manteria o poder americano, dando nascimento a um império mundial; um segundo, em que ocorreria uma mudança de guarda, mas onde a nova hegemonia perderia a capacidade de gestão global do poder político e da acumulação econômica, empurrando a economia mundial na direção de uma economia de mercado anárquica; e um terceiro, que apontaria na direção de um longo período de caos sistêmico, capaz de devolver o mundo a uma nova era de barbárie ou de feudalização do poder mundial⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ HUNTINGTON, Samuel P. *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* New York Simon & Schuster, p 19-20 V McNEIL, William H. *O declínio do Ocidente?* IN *Política Externa*, vol 6, n° 2, São Paulo Paz e Terra, 1997, p 3-15

⁽³⁸⁾ Referências a Cox e Arrighi, apud FIORI, José Luis *Impérios e Estados* Artigo publicado no *Correio Braziliense*, Brasília, 26 01 2001, p 5

Esse panorama da nova ordem mundial envolve o paradoxo descrito por Kissinger, que opõe, de um lado, a necessidade política da presença americana em todos os rincões do mundo, ainda que ao menos para defender interesses nacionais nem sempre defensáveis, e, de outro lado, a tendência dos EUA de se tornarem uma superpotência solitária, confirmando uma tendência histórica ao isolacionismo, fortemente diferenciada da comunidade internacional das nações que aspiram igual estatuto de grande potência econômica e militar; mas um paradoxo que na verdade espelha a velha aspiração ideológica de universalizar crenças e valores nacionais a qualquer custo, o que torna ao menos eivado de certo grau de hipocrisia o pregão paradoxal de uma diplomacia não intervencionista, quando não isolacionista quanto aos problemas do mundo contemporâneo.

As potências do passado, apoiadas em seu poderio militar e industrial, sempre rivalizaram entre si na obtenção de maior hegemonia, rivalidade que freqüentemente descambou para a guerra. E essas potências, em número significativo, destacando-se a Grã-Bretanha, Alemanha e França, ao lado do Japão, experimentaram o gosto da decadência, à medida que a história contemporânea presenciou a paralela ascensão da União Soviética, até que o mundo se dividiu em dois grandes blocos, liderados por esses dois países, os quais rivalizavam-se na fortificação de sua hegemonia nas respectivas áreas de interesse. E hoje não resta mais dúvida de que o poder mundial se concentrará cada vez mais nos Estados Unidos, delineando-se o panorama da nova ordem com a característica de que a esfera pública da sociedade tradicional, no resto do mundo, será ocupada pelas grandes organizações empresariais mundiais.

Quanto à localização da América Latina nessa nova ordem mundial, desde que os países latino-americanos acordaram para a necessidade de sua própria união em alianças e organizações regionais – a doutrina do *panamericanismo*⁽³⁹⁾ – denunciavam-se os efeitos da política hegemônica da poderosa nação do norte. No momento histórico em que a hegemonia americana substituiu as antigas dominações coloniais européias – refiro-me à Inglaterra, Portugal e Espanha e, em menor grau à França e Holanda – as lideranças políticas na Iberoamérica sempre foram influenciadas pela política externa americana, a exemplo da doutrina Monroe: "*América para os*

(39) *O panamericanismo veio a ter como marco o Congresso do Panamá de 1826, e o Protocolo de Buenos Aires, de 1967 Cf BROTONS, Antonio Remiro La Hegemonía Norteamericana, factor de crisis de la OEA Zaragoza Cometa e Real Colegio de España em Bolonia, 1972*

americanos⁽⁴⁰⁾ do início do século XIX e da "*Aliança para o Progresso*", dos anos sessenta. A exacerbação dessa hegemonia, onde os interesses econômicos dos Estados Unidos deveriam ser defendidos a qualquer custo, levou a que todas as tentativas de libertação inspiradas pelo pensamento socialista fossem sufocadas, ainda que de modo sangrento, em nome da defesa dos valores cristãos, da família, da tradição e da propriedade.

O resultado, como bem demonstra a história recente, foi a generalização das ditaduras militares no continente, a partir da tomada do poder pelos militares no Brasil em 1964. Trata-se de um dos aspectos mais importantes da guerra fria, que transformou a América Latina em campo de batalha política. Mas batalha política apenas para consumo externo, já que, no interior dos países iberoamericanos que experimentaram o gosto amargo das ditaduras, as forças políticas que se apoiavam na força militar moveram uma guerra tão sangrenta quanto iniqua contra seus próprios cidadãos.

A situação mundial da atualidade evidencia uma fase de transição do antigo e superado sistema bipolar para novo arranjo de forças que oportunizam novas aspirações hegemônicas a países outrora considerados potência militar. O fato de ainda não haver surgido um arranjo global claro, em substituição ao sistema bipolar, tem tornado difícil a todos os países a avaliação crítica do atual processo de acomodação. Observam-se tentativas de adaptação de práticas ultrapassadas aos desdobramentos de um contexto em que a ausência de inimigos evidentes, o surgimento de novas ameaças não estatais, como o terrorismo internacional e os fundamentalismos, e a participação crescente de atores transnacionais, demandam o estabelecimento de parâmetros de autodefesa distintos dos tradicionais, esse panorama político internacional tem orientado a prática diplomática na maioria dos países, mas seus governantes ainda não se deram conta de que a nova ordem mundial está na verdade ultrapassando o vetusto conceito de Estado nacional.

Quando se observa o panorama político internacional atual verifica-se portanto que a nova ordem mundial que aos poucos vai se consolidando e o agrupamento dos Estados nacionais em grandes blocos regionais, germin de novo tipo de federação transnacional, mas a sombra de um super Estado, cuja hegemonia cada vez mais ampla acha-se amparada numa tecnologia de destruição da última geração e numa sofisticadíssima

⁽⁴⁰⁾ Dito que a sabedoria popular interpretou anedoticamente como *A América para os americanos do norte*.

engrenagem de observação, espionagem e controle das políticas nacionais e federativo-regionais.

Essa nova ordem mundial tende a impor os critérios engendrados a partir dos sentimentos, aspirações e elaborações ideológicas próprios das sociedades integradas nessa superpotência, critérios para distinguir entre o bem e o mal, o justo e o injusto, o legítimo e o ilegítimo. E juristas filósofos e cientistas políticos pertencentes ao *establishement* acadêmico anglo-americano, a exemplo de John Rawls e Ronald Dworkin, tratam de elaborar as novas teses que servirão para legitimar tal situação. São novas concepções de justiça que procuram resgatar o que é por eles considerado o melhor que a cultura ocidental terá produzido, e que deve nortear a ética jurídica da transmodernidade. Mas isto já é assunto para outro ensaio.

Pode-se destarte concluir, e tal conclusão defluiu das entrelinhas dos estudos sobre a atual tendência hegemônica estadunidense, que o mundo global tende a ser impregnado de nova consciência ética, a qual mais se presta a servir ao desiderato de dominação civilizatória mundial do que à construção de um paradigma ético e jurídico que possa servir a objetivos muito mais prosaicos, como por exemplo, acabar com a corrupção dos governantes e minimizar a fome e a miséria do terceiro mundo.

Mas esta é uma consciência que infelizmente ainda permanece à margem da transmodernidade.

Serviço Voluntário

Lei 9.608/98

Suely Santiago^(*)

1. Introdução

Vivemos em uma época em que novas formas de prestação laboral surgem quase que diariamente, merecendo todas o devido estudo pela ciência do direito. A clássica relação empregado/empresa/salário conhecida há algumas décadas ampliou sua definição. Conceitos como terceirização, banco de horas, trabalho em domicílio fazem parte do moderno vocabulário trabalhista.

Acentuada por um processo imposto de globalização ditado pela adoção de uma política Neoliberal, onde o Estado é retirado cada vez mais do cenário social, a prestação de serviço voluntário em nosso país vem se inserindo de forma crescente.

Influências de ordem cultural e religiosa sempre estiveram presentes neste tipo de serviço. Surgiram através de nossa tradição judaica-cristã onde a caridade, ou seja, a ajuda aos necessitados, é considerada como a maior das virtudes.

A nação brasileira não possui tradição neste serviço, ao contrário de países como por exemplo EUA e Canadá. O trabalho voluntário era visto até tempos atrás como aquele a ser realizado ou por pessoas desprovidas de preocupações econômicas ou por empresários praticantes de doações materiais ou pecuniárias, trazendo em todas as situações a idéia de filantropia.

Preenchendo um espaço em branco em nossa legislação, veio a Lei 9608/98 regulamentar a atividade daqueles que de forma espontânea contribuem com seu tempo, energia e habilidades para a construção ou melhoria da vida de sua comunidade ou nação.

^(*) *Suely Santiago é bacharel em Direito e assistente de gabinete de Juiz do TRT da 9ª Região*

2. Mudanças introduzidas pela edição da Lei 9.608/98

A ausência de legislação específica que definisse a prestação de serviço voluntário e suas implicações trabalhistas e previdenciárias, bem como o papel exercido pela atividade beneficiada, gerou inúmeras lacunas que possibilitaram o ingresso de reclamatórias postulando o reconhecimento de relações de emprego e seus consectários.

Sanando tal omissão estabelece a Lei 9.608/98 em seu artigo 1º que considera-se serviço voluntário, para fins desta Lei, a atividade não remunerada, prestada por pessoa física à entidade pública de qualquer natureza, ou à instituição privada de fins não lucrativos, que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade. Completa, ainda em seu parágrafo único que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação previdenciária ou afim.

Portanto, estão tipificadas na lei os serviços prestados às santas casas de misericórdia, aos albergues comunitários e igrejas, à assistência judiciária, médica ou odontológica aos carentes, trabalhos prestados em prol da restauração do patrimônio histórico e cultural e em prol da defesa do meio-ambiente, isto é, aquela gama de atividades não motivada pela remuneração pecuniária mas movida pela solidariedade.

Dispõe ainda a Lei em seu artigo 2º que o serviço voluntário será exercido mediante a celebração de termo de adesão entre a entidade, pública ou privada, e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar o objeto e as condições de seu exercício.

Verifica-se outro requisito legal: que a prestação do serviço seja prevista de forma documental (Termo de Adesão). A inobservância de tal regra poderá levar ao reconhecimento de um autêntico contrato de trabalho (artigo 2º e 3º da CLT), uma vez que a Justiça do Trabalho poderá reconhecer o exercício das atividades do voluntário como um acordo tácito de trabalho baseada na realidade sobre a forma, princípio norteador de nosso direito do trabalho.

Segundo Darcio Guimarães de Andrade⁽¹⁾, o que inexiste no serviço regulamentado pela lei e o *animus contrahendi*, ou seja, a intenção livre de se formar o contrato individual de trabalho

A existência de empregados ou servidores e voluntários laborando em uma mesma entidade não encontra qualquer empecilho, vez que os primeiros serão regidos pelas normas celetistas ou estatutárias e os últimos ficaram restritos ao acordado no Termo de Adesão

Estabelece, por fim o artigo 3º que o prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias

Parágrafo único As despesas a serem ressarcidas deverão estar expressamente autorizadas pela entidade a que for prestado o serviço voluntário

Tal artigo visa prevenir eventuais abusos por parte do voluntário. Todavia, a verba não representa qualquer remuneração do serviço prestado, uma vez que possui caráter eminentemente indenizatório

3. Aspectos internacionais

No dia 17 de dezembro de 1985, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou o DIA INTERNACIONAL DO VOLUNTÁRIO e determinou que fosse comemorado no dia 5 de dezembro

Em setembro de 1990 em Paris, a Associação Internacional de Esforços Voluntários (IAVE) redigiu uma Declaração Mundial do Voluntariado, inspirada na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, e na Convenção dos Direitos da Criança, de 1989

Os voluntários declararam então "sua fé na ação voluntária como uma força criativa que

- respeita a dignidade de todas as pessoas e a sua disposição para melhorar as suas vidas e exercer os seus direitos como cidadãos,

⁽¹⁾ *Andrade Darcio Guimarães de Síntese Trabalhista v 10 n° 117 p 23/24*

- ajuda a resolver problemas sociais e ambientais; e constrói um mundo mais humano e justo, promovendo a cooperação internacional"⁽²⁾.

Na 52ª Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) foi aprovado por consenso, em 20 de novembro de 1997, proposta do governo japonês e de 122 outros Estados Membros proclamado que o ano de 2001 seja o ANO INTERNACIONAL DO VOLUNTARIADO⁽³⁾

Tais iniciativas constituem uma fonte de inspiração para elaboração de diversos programas, campanhas e normas voltados ao incentivo do voluntariado em toda a comunidade internacional.

4. Doutrina e jurisprudência.

Apesar da sua recente edição, opiniões doutrinárias já despontam a respeito da Lei.

Yves Gandra da Silva Martins considera "que a lei, do ponto de vista jurídico, não é inconstitucional e, do ponto de vista econômico, mostra-se adequada ao momento"⁽⁴⁾. Para Eduardo Gabriel Saad "no domínio público, se não houver rígido controle dos serviços voluntários, estes não tardarão em transformar-se num ralo por onde sairão polpudas importâncias"⁽⁵⁾. Já Octávio Bueno Magano preleciona que "a nova lei constitui poderoso instrumento no fomento à educação, o que é fundamental para o desenvolvimento do País"⁽⁶⁾.

O caráter preventivo de tal legislação pode ser sentido nas primeiras decisões formadoras de sua jurisprudência, como por exemplo, a posição do E. TRT da 9ª Região, que em recente julgado indeferiu o reconhecimento de vínculo de emprego utilizando analogicamente o conteúdo da Lei, cuja a transcrição de sua ementa segue *in verbis*:

PASTOR EVANGÉLICO. RELAÇÃO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO. O vínculo do pastor evangélico com a Igreja a que

⁽²⁾ Revista Agir – Informativo do programa voluntários, nº 3, nov-1997, p 8

⁽³⁾ Revista Agir – Informativo do programa voluntários, nº 7, out/nov-1998, p 4

⁽⁴⁾ Martins, Yves Gandra da Silva Martins LTr Suplemento Trabalhista, nº 51/98, p 221

⁽⁵⁾ Saad, Eduardo Gabriel LTr Suplemento Trabalhista, nº 42/98, p 174

⁽⁶⁾ Magano, Octávio Bueno Revista do Direito do Trabalho Genesis, nº 67, p.66

pertence tem natureza religiosa e não econômica. A prestação de serviços, nesse caso, tem como fundamento a convicção religiosa e não a contraproposta econômica mensurável. O exercício de atividades religiosas é incompatível com o vínculo jurídico de emprego, pois, ao contrário, admitir-se-a que a fé e a caridade são meros artigos exploráveis para a obtenção de recursos materiais, o que é inconcebível. Aplicação analógica do trabalho voluntário previsto na Lei 9.608/98, que afasta o reconhecimento da relação de emprego. TRT-PR-RO 10.487/98 – Ac. 2ª T. 5.331/99 – Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther – DJPr 12/03/99.

5. Conclusão

Dotado de elevado grau de iniciativa e cidadania, o atual serviço voluntário vem introduzindo ao nosso cenário social, dia a dia, uma contribuição popular a tempos não observada.

A sanção da Lei 9.608/98 representa um avanço para todas as instituições que contam com este serviço. Já é possível prever, de forma organizada e sem receios de futuras ações trabalhistas, a quantidade de voluntários necessários para a consecução dos objetivos programados.

Podera se beneficiar também a pessoa que, após a conclusão de sua formação profissional e ainda não inserida no mercado de trabalho, não mais possa utilizar-se dos benefícios da Lei 6.494/77 (Lei que dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e de ensino profissionalizante do 2º grau e supletivo, e de outras providências). Deste modo, o voluntário podera comprovar documentalmente (através do Termo de Adesão previsto na Lei 9.608/98) por ocasião de seu ingresso no mercado de trabalho a tão exigida experiência laboral.

Preocupações como a utilização destas pessoas como mão-de-obra barata não devem ser consideradas, uma vez que seu trabalho não é movido pelo lucro econômico. A prestação de tal serviço está essencialmente ligada à fidelidade e à identidade do voluntário para com as metas que a própria organização pretende desenvolver.

Outrora, o que somente era possível com a militância política, ou seja, a participação do cidadão comum contribuindo de forma direta para o fortalecimento das organizações civis, hoje já se torna possível com o serviço voluntário.

De igual modo, também não se pode mais considerar o atual voluntário como prestador de um mero ato caritativo. O voluntário deste final de milênio vai além. Ele está profundamente interessado no desenvolvimento social de seu grupo, buscando, em última instância, o contato humano que fará diferença na melhoria de vida do seu semelhante.

**“Derecho del Trabajo Mínimo.
Flexibilización y desreglamentación.”
Derecho del Trabajo Mínimo.**

Guillermo Pajoni^()*

Sumandome a la propuesta de la Asociación de Abogados Laboralistas respecto de la creación de un Foro de Debate en su página, me introduzco en la discusión que sobre el derecho del trabajo están fraternalmente planteando los Dres Lobato de Paiva y Sánchez de Bustamante

Me parece muy interesante el debate que de alguna manera se ha instalado y que me permite avisar un futuro de promisorias discusiones respecto de temas fundamentales de nuestra materia y su complejidad interdisciplinaria. Me refiero esencialmente a la posición del Dr Lobato de Paiva, siendo preciso que señale que más allá de la posición que asuma, le envío un fraternal saludo y espero su respuesta, dado que más allá de las discrepancias, hay un interés fundamental en comprender la situación que vivimos y ello merece todos nuestros esfuerzos

La definición que el Dr Lobato de Paiva sobre el derecho del trabajo merece algunas reflexiones que tienden fundamentalmente a evitar el determinismo analítico y la utilización de la metafísica como camino para comprender, explicar y avanzar sobre la realidad. En principio se menciona el derecho del trabajo como el arma que genera la "igualdad sustancial" entre las partes involucradas. Creo que esta concepción es errónea. No hay igualdad sustancial alguna entre el capital y el trabajo. No hay igualdad sustancial alguna entre empresarios y trabajadores

El derecho del trabajo instrumento legal emergente de la lucha de clases entre el capital y el trabajo, se realiza dentro de un complejo de relaciones que implican en algunas circunstancias la lucha antedicha, en otras los enfrentamientos interburgueses e inclusive entre distintos sectores de la clase trabajadora en la medida que no siendo clase para sí entra en competencia y trata de plasmar legislativamente intereses que pueden

^(*)*Advogado na Argentina*

contraponerse (léase aristocracia obrera, burocracia sindical, etc.). Su nacimiento y desarrollo en los diversos países no siempre coincidió con la supuesta estabilidad a que se refiere el citado autor, sino que emergió en algunos casos como consecuencia de agudas luchas sociales y concesiones del capital en algunos casos y del trabajo en otros. Obsérvese que la Ley de Contrato de Trabajo de 1974 en la Argentina, justamente germinó en una etapa de convulsiones sociales muy importantes, con una delicada situación económica y donde el capital muy a disgusto debió ceder posiciones ante los embates de la clase trabajadora.

La elaboración de la legislación laboral, si bien formalmente corresponde al Estado y sus poderes, también depende de las circunstancias históricas para determinar el rol que ha jugado cada uno de los actores en su cristalización. Por ello insisto en la necesidad de un análisis materialista histórico y dialéctico, para evitar supuestas definiciones absolutas que no se dan ni se verifican necesariamente en la realidad.

Luego se encara un análisis de la realidad actual sin visualizar cuales son las causas que la generan y sin verificar los intereses que están en juego. Se habla de las "crisis contemporáneas" con una generalidad que impide ver en realidad de que estamos hablando. Si hablamos de crisis no podemos evitar analizar que las mismas se dan en el sistema capitalista y no en una "vacía contemporaneidad". Y las crisis del sistema capitalista son una constante que periódicamente se da (la historia lo verifica) y que cada vez abarca más y más sectores del mundo y genera situaciones sociales cada vez más serias.

Entonces, establecer una relación entre desocupación y flexibilización, me parece por lo menos apresurada con relación a los elementos conjugantes de la crisis, donde la desocupación es un emergente y la flexibilización inclusive no se relaciona con aquella. No voy a volver sobre un tema, pero si me remito a lo que ya escribiera en oportunidad de las Iras. Jornadas Rioplanteses de Derecho del Trabajo realizadas en Uruguay (la ponencia está publicada en la página de la AAL) y en oportunidad del último Congreso de la F.A.E.S. (1999), donde describo como la tendencia decreciente de la tasa de ganancia genera la crisis del sistema, y como la flexibilización laboral es un intento del capital de recuperar esa tasa de ganancia y reiniciar un nuevo periodo de acumulación.

Flexibilización y desocupación no van de la mano y esto ha sido absolutamente claro en nuestro país y el resto del mundo. Observemos la alta desocupación en España, líder de la flexibilización Europea. Veamos la desocupación en la Argentina en 1991 rondaba el 5%, la primera norma flexibilizadora de esta última década fue la Ley de Empleo (Ley 24013) justamente del año 1991, la desocupación luego de esa fecha ascendió hasta un máximo del 18% y entre desocupados y subocupados rondamos en el 40% de la población activa - A esta altura ya resulta incomprensible que sigamos considerando que con flexibilidad va a haber trabajo, sobre todo en los países del Tercer Mundo

No podemos analizar el derecho del trabajo como un "ente autónomo" de los intereses en juego. No podemos desideologizar el discurso detrás de una supuesta adaptación del derecho a la economía, como si se tratara de dos ciencias neutrales.

Si adaptamos el derecho del trabajo a la actual "economía", en realidad lo que estamos diciendo es que hay que adoptar el derecho que tienen los trabajadores a un salario protegido, a una estabilidad laboral que le garantice mínimamente el futuro a él y su familia, a la salud, a la educación, etc., en definitiva estamos diciendo que todo aquello que hace a la lucha por la dignidad del ser humano, se subordina a los intereses del capital y su actual modelo neoliberal. O sea que detrás de un análisis, y aquí no entro en subjetividades, que se presenta a la flexibilización como dadora de trabajo en las nuevas circunstancias, en realidad se esconde una lectura que lleva al trabajador a la total precariedad inclusive normativamente, y facilita la explotación sin límites a favor del empresario.

El análisis debe tener otra lectura si la "economía" no puede dar solución a los problemas del ser humano, si la "economía" no garantiza los derechos humanos fundamentales en una sociedad con una capacidad productiva inigualable en la historia, no hay que modificar el derecho del trabajo, sino que hay que modificar la "economía". La que no sirve es la "economía" que no es capaz de dar respuesta a las necesidades de la humanidad. Y cuando hablo de la "economía" estoy hablando del sistema capitalista de producción, que es la "economía" a la cual nos referimos todo el tiempo, sin darle en realidad el nombre apropiado.

No es el derecho del trabajo el causante del abismo entre burgueses y proletarios, no es el derecho del trabajo el causante de la

concentracion economica Considero que estas frases resultan como globos lanzados al aire que requieren una base de sustentacion para hacer tierra Adjudicar al derecho del trabajo tamaño poder es como para que los que pretendemos conocer esta materia, nos pongamos a trabajar febrilmente en producir derecho, pues tan grande seria su fuerza que hasta modificaria el funcionamiento del sistema por si Nada de esto El abismo entre las clases sociales y la concentracion economica del capital estan en las bases conceptuales, economicas e historicas, y hacen a la logica del funcionamiento del sistema

El derecho del trabajo en general se encuentra con esta realidad y segun sean las condiciones historicas determinadas, plasmara normas protectoras o desprotectoras

El derecho de trabajo minimo que se propone en el escrito en cuestion, me resulta por lo menos sorprendente desde una optica elementalmente progresista y que pretenda defender al trabajador contra el flagelo de la desocupacion, precarizacion y explotacion Todas las propuestas encierran la total desproteccion de los trabajadores ante el poder omnimodo del empresario Pese a que se menciona en parrafos del escrito la evidente desigualdad entre las partes del conflicto social, nada se hace para siquiera amortiguar esas desigualdades, sino que deja al trabajador inerte ante su poderoso contratante Lo minimo es aqui el derecho del trabajador y lo maximo el poder del empresario Para el trabajador esta propuesta es realmente el derecho de trabajo minimo, pero para el empresario es el derecho de trabajo de maxima que pretenderia cualquier empleador

Considero esencialmente que no se comprenden debidamente los alcances del conflicto social, las limitaciones del sistema para conjugar un mundo de justicia e igualdad y las verdaderas raices que impiden justamente que la inmensa mayoria de la sociedad tenga acceso a los bienes que ella misma produce

Debo destacar por otra parte, que adscribo en terminos generales a la posicion que expusiera el Dr Sanchez de Bustamante en su respuesta, resaltando la importancia de la comprension del derecho del trabajo en su real dimension Sin perjuicio de ello, y como hombres de derecho, pero no de cualquier derecho, debemos impulsar la defensa de los trabajadores en su mas amplia acepcion, que incluye a los ocupados, desocupados, jubilados, cuentapropistas dependientes (contradiccion formal pero no real), supuestos

trabajadores autónomos cuya dependencia del capital crece día a día, y en definitiva todos aquellos que en las diversas formas que las relaciones actuales de producción establecen, son en realidad víctimas de la explotación de un sistema que más y más concentra la riqueza en menos y más poderosas manos.

Desde el derecho, el derecho del trabajo es nuestra arma de lucha, y cuanto más podamos plasmar en leyes y conciencia el derecho a trabajar, el derecho a la estabilidad laboral, el derecho a una remuneración que cubra todas las necesidades del ser humano, el derecho a la información, el derecho al control de la producción, el derecho a la eliminación del secreto empresarial y bancario, entre otros, más cerca estaremos de una sociedad que plasme la democracia política en la democracia económica. Y allí sí podremos hablar de la igualdad de los hombres.

**“Derecho del Trabajo Mínimo.
Flexibilización y Desreglamentación”
Crítica al Derecho del Trabajo Mínimo**

Teodoro Sánchez de Bustamante^()*

Mi muy estimado, Don Mario Antonio Lobato de Paiva

Habiendo recibido su artículo "DERECHO DEL TRABAJO MINIMO" me tome unos días, para leerlo y reflexionar sobre el mismo lo que me motiva a efectuar algunos comentarios críticos, que intentare volcar en esta

En primer lugar, soy de quienes piensan que el derecho no puede ser estudiado cavilado, pensado o desarrollado con la capacidad de desinteligir la lógica y racionalidad que lo integra, fuera del contexto que le subyace. Las circunstancias estructurales de como el hombre y las sociedades producen y reproducen sus condiciones de vida

Consecuentemente, el derecho en general y el derecho del trabajo en particular, que rige en nuestras sociedades occidentales, no es sino la consecuencia (mas allá de cumplir una función retroalimentadora dialéctica) de las relaciones sociales de producción que se traban en el marco de la peculiaridad del modo de producción específico

Esto creo yo es de particular importancia, (el derecho es una consecuencia y no una causa), y también es de particular importancia no perder de vista tal criterio, para que no confundamos la meta, con el punto de partida

Si bien es cierto que no puede menos que compartirse cuando menos parcialmente las aseveraciones que usted vuelca en los tres primeros párrafos del quinto punto (Derecho del Trabajo de la clase dominante) de su trabajo, no menos cierto es que la hipótesis que se intenta afianzar, a través de

^(*)*Advogado trabalhista membro da Associação dos Advogados Trabalhistas da Argentina*

su artículo, me merece algunas reservas porque se desapega de los conceptos que se incluyen en los dos párrafos anteriores

En el sistema de producción que se caracteriza por la contratación del trabajo asalariado, la apropiación del plus valor se realiza en virtud de la particular característica del mismo que determina un divorcio esencial entre el precio de la compra en la contratación de la capacidad laboral, y el del producto final que es mayor que la suma de las mercancías que lo componen

Tal circunstancia, no siempre bien recordada, hace que se considere como natural, que el trabajo humano, no es un factor de la producción que junto con los demás factores contribuye a la realización del producto final, sino que bien por el contrario, es un "costo" de quien, por un preconcepto falaz se apropia del producto antes de producirlo, es decir del contratante del trabajo asalariado, demandante del mismo

Estamos en presencia de un contexto de "conciencia invertida"

Para ejemplificar con una referencia bíblica "Conciencia invertida" supone que el hombre se encuentra en función del sábado, y no tener bien en claro que el sábado es el que está en función del hombre. Conciencia invertida, es alterar los planos y el lugar de una subjetividad que debe ser rescatada, y que está en un segundo orden, postergada por la primacía de una concepción economicista que deja de lado el necesario antropocentrismo y sojuzga a personas y pueblos

En la historia de los conglomerados sociales, existen distintos ciclos o épocas en donde se traban relaciones de fuerzas de oposición que suponen distintos grados de poder de un determinado grupo sobre otro. Por ello no es extraño hablar de un derecho del trabajo de las clases dominantes, ni tampoco hablar de un derecho del trabajo algo progresista, cuando se altera la composición de la relación de fuerzas a favor de los sectores populares, aunque no lo suficiente como para que los mismos puedan denunciar el contrato social fundante, y solamente deban mantenerse en un mero reformismo dentro del sistema de producción dado

El contrato de trabajo es una relación social de producción por oposición y esencialmente contradictoria, no lo es de cooperación, porque en el marco de la conciencia invertida de la que hablamos, el trabajador, alienado

no solamente de la propiedad de los medios de producción, sino también del propio proceso productivo, no se siente, ni lo es, ni tampoco tiene conciencia, de ser parte de dicho proceso; una vez más, solamente es un "costo" de producción.

En ese contexto entonces, de lo que ha sido dado en ser llamado, un contexto de "conciencia invertida" porque se parte de una falacia inicial, es natural entonces que se hable de rigideces de la legislación laboral, de inadecuación, y de flexibilidad.

Me pregunto, reflexionando sobre "rigideces", "desregulaciones" y "flexibilidades", porqué si las mismas son una exigencia para que "la legislación del trabajo esté más abierta a la economía y las necesidades de adaptación conjuntiva", como usted expresa, ¿porqué motivo los trabajadores deberían aceptar ser socios en las pérdidas de sus patrones, si tampoco fueron ni son socios en la repartición de la masa de ganancia?

En este tema, recuerdo las viejas enseñanzas de Alf Ross que decía que "lo valores no son, simplemente valen". Parafraseándolo, yo diría que el derecho no es, por lo cual no es rígido ni flexible, simplemente rige.

La permanente propaganda que los vientos de fronda de la flexibilidad laboral, hace en favor de sus argumentaciones, intenta hacer creer que el desempleo actual que se ha enseñoreado en amplias latitudes a la que no son ajenos nuestros países, es consecuencia de la "rigidez" de la de la legislación laboral.

Mi estimado amigo, el desempleo en masa, es una medida de valor funcional al sistema, es un parámetro estructural del modelo de producción, y así como la legislación y el derecho no crean empleo (porque son la consecuencia de la relaciones sociales de producción y no su causa), tampoco, (por el mismo motivo) lo destruyen.

Se sugiere también en su trabajo, la eventual ineficacia del derecho del trabajo por el hecho de la multiplicación del trabajo informal, o porque el mismo no se aplique en sus directivas, como consecuencia de la falta de reclamo, etc. Sin dejar de reconocer que la falta de reclamo de los trabajadores, por el incumplimiento de sus empleadores, en un contexto de altísimo desempleo, obedece a otras razones distintas que la falta de voluntad de hacerse respetar, bien vale dejar en claro, que es mi parecer que la

disfuncionalidad social que significa la falta de cumplimiento de los preceptos jurídicos, se soluciona con una buena y eficaz policía del trabajo, con un mayor derecho sancionatorio o punitivo, y con una mayor eficiencia estatal de un estado que no debe ser prescindente, y no con la derogación de las normas incumplidas.

Incluye usted mi caro amigo un párrafo que no alcanzo a comprender. Es el que dice: "Esos fenómenos (desreglamentación y flexibilización), corresponden apenas a un nuevo espíritu del Estado menos centralizado, más abiertos a los grupos naturales y más preocupado por la eficacia y bienestar de la comunidad como un todo y no apenas de una parcela de privilegiados." Realmente hasta ahora, continúo pensando en quienes son los privilegiados que deberían dejar de serlo y a quienes la desreglamentación y la flexibilización de la normativa laboral, aseguraría perder ese carácter en beneficio del bien común.

Hace referencia asimismo su trabajo, a la estadística como reflejo de un sistema que interviene en la vida social de manera insatisfactoria.

Sin entrar a considerar detalles que exceden el marco de estas fojas que expresan mi parecer, debo decirle que las estadísticas, son utilísimas como metodología cuantitativa de investigación social, en estado puro, pero que su aplicación al servicio de determinados intereses, es la forma más exacerbada de usar la ciencia para expresar eufemismos, o porqué no, intentar fundar falacias o absurdos.

Le doy un ejemplo, que es analógicamente aplicable para aquellos argumentos que intentan sostener, que la solución de determinados problemas sociales se encuentra en minimizar el derecho.

Pensemos por mera vía de hipótesis a los fines de construir un tipo ideal de estudio, a la manera weberiana, una realidad social paupérrima, que conduce de manera directa a un aumento de la tasa de criminalidad en general, y en particular de los delitos contra la propiedad.

Ello puede combatirse de dos maneras distintas, para que la tasa ideal de criminalidad sea tendiente a la nada. 1. Generando las condiciones sociales de reproducción de la población y sustento de sus necesidades, de manera que nadie tenga necesidad de arriesgarse a delinquir para satisfacer necesidades básicas, o 2. Desincriminar toda conducta penal que tipifique

algún delito contra la propiedad. Es decir reducir el derecho al mínimo. La mínima expresión, o sea su inexistencia.

En el caso del primer ejemplo, presuntamente la tasa tenderá a decrecer.

En el segundo caso, la tasa de criminalidad que refleje la comisión de delitos contra la propiedad, necesariamente será 0, porque no existirá conducta alguna punible. Ahora bien, cree usted sinceramente, que si no varían las condiciones sociales, no seguirán produciéndose apropiaciones de cosas total o parcialmente ajenas, aunque dicha conducta se encuentra desincriminada. Para que nos sirva la estadística en ese caso. Para fundamentar una falacia. La tasa de criminalidad es 0, sin embargo, en el mundo de la estructura real, la apropiación de cosas ajenas se seguirá produciendo, y probablemente de manera creciente.

Igual sucede mi estimado amigo con la desregulación. Nuevamente estamos en presencia de la intención de reformar legislación que en nada modifica la estructura de la realidad, pero que es funcional para acrecentar la tasa y la masa de ganancias del demandante de fuerza de trabajo, por aquello del "costo". Es por este motivo que más arriba le expresé que no alcanzaba a entender aquél párrafo de su trabajo en donde se hace referencia a "una parcela de privilegiados", cuyos privilegios se verían desestructurados a partir de la desregulación y la flexibilización.

En mi opinión entonces mi estimado amigo y colega, es que creo sinceramente que minimizar el derecho, no solamente no modifique la forma social de producir, sino que solamente beneficia al más fuerte. Es como si se le encargara al zorro ejercer jurisdicción en el gallinero, y al mismo tiempo permitirle que sea juez y parte.

Reducir el derecho, es en parte, y mientras no se denuncie el contrato social vigente, reducir el mínimo garantismo existente y permitir parámetros que tiendan a reducir aún más el precio que se paga por la fuerza de trabajo divorciada del valor final del producto manteniendo al factor trabajo arrinconado como un costo, fuera del lugar que le corresponde como factor de producción.

Sin ánimo de prolongar esta misiva, le hago notar que un pensamiento más acabado de mi postura en esta temática, surge plasmado en

"LA 'FLEXIBILIDAD LABORAL', UNA FUNCION DE LA TASA DE GANANCIA ANALISIS DESDE UNA SOCIOLOGIA DE LA PRODUCCION", un trabajo de mi autoria publicado en los anales de las Jornadas Anuales de 1997 de la Asociacion de Abogados Laboralistas, y en "EL PROCESO DE REGULACION DESPROTECTORIO COMO BASE DE LAS INSEGURIDADES SOCIALES HACIA UNA NUEVA TEORIA GENERAL DEL DAÑO EN LAS RELACIONES LABORALES", de mi coautoria con el distinguido colega y amigo Alejandro Fabio Pereyra, tambien publicado en lo anales de la jornadas de la misma asociacion del año 1999 Ambos pueden ser leidos, y accedidos desde www.aal.org.ar

Asimismo, otra de las falacias que se ha hecho circular desde hace un tiempo atribuye las bajas tasas de desempleo en los países regidos por un derecho privado de raigambre no latina, es decir por el common law, a la inexistencia de regulaciones. Tal afirmación no demostrada, además de no ingresar en el análisis de la productividad de tales organizaciones sociales, realmente desconoce con certeza, las profusas características de las regulaciones normativa y el abundante cuadro jurisprudencial de protección social que asisten a los ciudadanos. En el segundo de los trabajos que menciono más arriba, se realiza un estudio sobre el tema

Concretamente y resumiendo, mi estimado amigo, la realidad que se describe genéricamente como del "primer mundo", no expone primariamente el desarrollo tecnológico, sino por el contrario el respeto por la persona, que se expresa no declamativamente, sino en la calidad y cantidad de derechos subjetivos que le asisten, y como es obvio, en la posibilidad irrestricta de hacerlos valer y de afianzarlos ante una jurisdicción independiente

El 'primer mundo', tiene un derecho que se corresponde con esa realidad. Es un plexo de derechos subjetivos de primera jerarquía. Ojalá que nosotros lo aprendamos y podamos desarrollarlo

Para finalizar, y en relación con el huracán flexibilizador, una frase del caudal lincolniano, que en épocas conflictivas como la presente debemos tener muy en cuenta: 'se puede engañar a todos durante algún tiempo, o a algunos todo el tiempo, pero no a todos, todo el tiempo'

Direito do Trabalho Mínimo

Mário Antônio Lobato de Paiva^(*)

“O trabalho não pode ser uma lei sem ser um direito”
Victor Hugo

Sumário:

I.	Introdução
II.	A realidade atual
III	Flexibilização e Desregulamentação
IV	Papel do Estado
V	Direito do Trabalho da Classe Dominante
VI	Direito do Trabalho Mínimo
VII	Conclusão.

I- Introdução

O Direito Laboral possui, a princípio, como sustentáculo, o amparo aos trabalhadores e a consecução de uma igualdade substancial e

(*) Mário Antônio Lobato de Paiva é advogado-titular do escritório Paiva Advocacia, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Para. membro da *Union Internationale des Avocats* sediado em Paris França integrante de *la Red Mexicana de Investigadores del Mercado Laboral*. colaborador da Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho, Revista Forense. do Instituto de Ciências Jurídicas do Sudeste Goiano e Revista de Jurisprudência Trabalhista "Justiça do Trabalho". Colaborador da Revista Síntese Trabalhista. Colaborador do Boletim Latino-americano da Concorrência. Autor de diversos artigos e dos livros "A Lei dos Juizados Especiais Criminais" Editora Forense 1999 e "A Supremacia do advogado em face do jus postulandi", Editora LED. 2000

prática para os sujeitos envolvidos. Trata-se de uma ramificação do Direito essencialmente relacionado as convenções coletivas de trabalho marcadamente aderentes à realidade, do que resulta também um especial dinamismo.

O Direito do Trabalho está intensamente exposto à instabilidade das flutuações da política. Nascido numa época de prosperidade econômica, caracterizada por certa estabilidade das relações jurídicas, concebeu-se a intervenção do Estado como um meio de elaborar uma legislação detalhada das condições de trabalho, com vistas a forçar os atores sociais a buscarem a solução dos seus conflitos.

O resultado dessa intervenção é a característica básica da regulamentação das relações de trabalho; a heteroregulação, que provoca a rigidez da legislação.

No entanto, as persistentes crises contemporâneas têm tido um abalo particularmente destrutivo sobre o emprego (gerando o desemprego em massa), pondo em causa o modelo tradicional do Direito do Trabalho, tal como foi sendo construído na sua época áurea, em particular nos anos sessenta. Esse modelo de Direito do Trabalho, assegurando um acréscimo de tutela dos trabalhadores, tem sido acusado de constituir fator de rigidez do mercado de emprego e da alta de custo de trabalho, e, nessa medida, de contribuir para o decréscimo dos níveis de emprego e conseqüente estímulo ao desemprego.

II- A realidade atual

A realidade atual não é mais a mesma dos anos 60. O Brasil, não sendo a exceção perante a organização mundial, sofreu verdadeiras alterações no mercado de trabalho pós-guerra e no nível de desemprego e desestabilização da economia, propiciando o surgimento do chamado “mercado informal” de trabalho que, em regra, é constituído pela força de trabalho dita excedente, em função da pequena oferta de empregos.

Dados estatísticos apontam um índice altíssimo da população economicamente ativa, que integra este setor produtivo. Há que se levar em consideração a crise econômica dos anos 80, provocada pelo choque dos preços do petróleo que atingiu uma gama de países na Europa, e, assim como no Brasil, provocou o surgimento de novas formas de contratação geradoras de relações de trabalho atípicas.

Assim, o contrato por tempo determinado deixou de ser exceção, admitindo-se varios contratos intermitentes, de temporadas, contratos de formação contratos de estagio, e antecipou aposentadorias

E em virtude dessa realidade atuante do desemprego, em contraposição a rigidez da legislação que semeou-se na Europa um movimento de ideias em torno dos institutos da flexibilização e desregulamentação que no dia-a-dia angaria novos pensadores especialistas e principalmente os operadores do Direito do Trabalho

III- Flexibilização e Desregulamentação

As estatísticas oficiais escondem uma brutal queima de empregos de qualidade na industria e nos bancos - compensados parcialmente pela "geração" de empregos precarios no comercio e nos serviços Entretanto, de acordo com criterios mais adequados a realidade brasileira (PED), em julho de 1994, data da implantação do Real, a taxa de desemprego era de 14,5% (segundo dados do Seade/Dieese), correspondendo a 1,15 milhão de desempregados somente na Grande São Paulo Passados quase três anos (maio/97) a taxa de desemprego e de 16% (Seade/Dieese), correspondendo a 1,387 milhão de desempregados nesta região Se projetarmos essa taxa de desemprego (aberto e oculto) para todo o País, os desempregados somariam mais de 11 5 milhões, lançados a mais cruel exclusão social

Diante desta deploravel situação pensamos que o Direito do Trabalho brasileiro deve se adaptar ao novos tempos pois persiste ha mais de cinquenta e cinco anos marcado pelo forte intervencionismo estatal refletindo o autoritarismo da epoca em que foi gerado pomposo complexo as vezes obscuro preponderantemente constituído de normas de ordem publica tendo contribuído para o imobilismo empresarial e estímulo a especulação financeira inclusive com a aplicação de capital estrangeiro

Este quadro torna-se obsoleto na medida que, atualmente, novas condições de vida novos os desafios apresentados novos problemas a enfrentar com isso e impossivel pretender que continue o Direito do Trabalho a desempenhar o mesmo papel, por mais eficiente que outrora se tenha apresentado, uma vez que, continuar com a mesma armadura protetora Estatal seria condena-lo a ineficacia

A legislação do trabalho tem que estar mais aberta à economia e às necessidades de adaptação conjuntural, assiste-se ao fim do sempre mais, isto é, da crença do progresso social ilimitado e sem recuos, pelo acréscimo de regalias para os trabalhadores.

Na verdade a conjuntura tem forçado os trabalhadores a suportarem condições de trabalho menos favoráveis e - aqui e além - a verem retiradas conquistas que se pensava estarem solidamente implantadas. Fala-se ao mesmo tempo, de “desregulamentação”, ou seja, da progressiva supressão de regras imperativas, como o correspondente alargamento da liberdade de estipulação.

Verifica-se um significativo recuo da força imperativa das leis do trabalho, admitindo-se que as convenções coletivas se adaptem com vista a setores ou empresas em crise. Em suma, a legislação do trabalho deverá estar mais aberta à economia e às necessidades de adaptação conjuntural. No fundo, é a lógica dos ciclos económicos a repercutir os seus efeitos no funcionamento dos sistemas de proteção dos trabalhadores.

IV- Papel do Estado

Na importante questão que envolve a definição do papel do Estado nas relações trabalhistas da sociedade contemporânea, parece fundamental admitir que a redução do tamanho do Estado não pode torná-lo incapaz de mediar os conflitos, sob pena de deixar a grande maioria dos trabalhadores sem qualquer defesa completamente dominada pelos grandes grupos económicos e financeiros, que têm no lucro o único objetivo de suas ações.

Esses fenômenos (desregulamentação e flexibilização) correspondem apenas, a um novo espírito do Estado menos centralizado, mais abertos aos grupos naturais e mais preocupado com a eficácia e bem estar da comunidade como um todo e não apenas de um parcela de privilegiados.

Temos, assim, a firme convicção de que a flexibilização e a desregulamentação apresentam-se como mecanismos úteis de desenvolvimentos das relações laborais e que precisam ser bem utilizados e compreendido por todos os atores sociais. Estes referidos mecanismos deverão assim, ter de prioridade política, associada a opção por executar um conjunto

de políticas e ações capazes de aliar a estabilidade com crescimento e inclusão social

V- Direito do Trabalho da Classe Dominante

Utilizando dos ensinamentos do Desembargador Jose Liberato da Costa Povoá podemos dizer que a lei não foi feita para beneficiar o povo ou o trabalhador e guardar um equilíbrio social, pois inobstante seja ela aprovada por representante do povo, e na verdade, criada por uma elite que não esta preocupada com seus representados, mas apenas com a manutenção dos privilegios da propria elite, pouco lhe importando a quantas anda o povo, ainda assim, as leis são fruto da vontade dos detentores do poder, criadas em função de seus proprios interesses

Desde Salomão, passando por Dracon e outros, o fardo da lei sempre foi mais pesado para os pobres e para os escravos Marx ja dizia que *“O Direito e a vontade feita lei da classe dominante atraves de seus proprios postulados ideologica”* La na antiguidade, Trasimaco dizia que *“a Justiça base do Estado e das ações do cidadão consiste simplesmente no interesse do mais forte”*

Sempre foi assim, e continua (ra) sendo qualquer que seja o regime ate mesmo aqueles em que os operarios chegaram ao poder pois uma vez alojados comodamente no topo da pirâmide, tratam logo de criar leis não para a defesa dos ideias que os levaram ao mundo, mas apenas para se manterem e, se possivel, perpetuarem-se no poder Citando Hobbes, *“não e a sabedoria que faz a lei mas a autoridade”*, e se porventura são os sabios que a elaboram, e certo de que estão a serviço dos que dominam

E em parte assim tambem com o Direito do Trabalho, como pudemos constatar na leitura do livro *“Convenção Colectiva entre as fontes de Direito do Trabalho”* do jurista lusitano Jose Barros Moura, onde demonstra que este direito e util a burguesia que, obviamente, nunca desejou um direito de proteção dos trabalhadores Sua estrategia e de fazer concessões politicas com vistas reduzir as tensões sociais retirando força a luta de classes As coisas são bem mais complexas pois este direito favorece a concentração capitalista agindo sobre as condições da concorrência com o que beneficiam setores mais fortes e aptos da classe dominante em detrimento de outros setores

Assim para aqueles que acham que o Direito de Trabalho foi criado unica e exclusivamente para os trabalhadores fica a pergunta Sera que este mesmo direito não serviu para um maior controle, opressão e aumento das desigualdades econômico-sociais?

Acreditamos que o pleno implemento dos institutos da flexibilização, desregulamentação e por fim o direito do trabalho minimo reascenderão debates e modificações mais profundas nos pilares da estrutura social e que com certeza ajudarão a diminuir o abismo em que se encontra a burguesia e o proletariado em grande parte devido ao proprio direito do trabalho que deveria proteger o trabalhador

VI- Direito do Trabalho Mínimo

Nenhum ordenamento juridico consegue acompanhar os avanços sociais, vez que a lei, por sua natureza, e rigida no tempo Qualquer proposta de melhoria no Direito do Trabalho, quanto mais a fomentação de endurecimento e multiplicação das leis e sua execução, não passara de exploração do desespero inconsciente da sociedade e forma de ocultar os verdadeiros problemas a serem enfrentados

Pesquisas revelam que o Direito do Trabalho somente intervem num reduzidissimo numero de casos, sendo impossivel determinar-se estatisticamente o numero de trabalhadores que deixam de ingressar no sistema por diversos motivos Argui-se que se tiver em conta os numeros de trabalhadores que labutam a margem dos direitos assegurados na legislação trabalhista ou seja a soma dos chamados informais que passam ao largo do conhecimento ou da atuação da justiça laboral- quer porque desconhecida quer porque não identificados os trabalhadores quer porque alcançados pela prescrição, quer porque objeto de composição extrajudicial, quer porque não provados, etc , verificar-se-a que o trabalho registrado de carteira assinada e no minimo insatisfatorio

Como achar normal um sistema que so intervem na vida social de maneira tão insatisfatoria estatisticamente ? Todos os principios ou valores sobre as quais tal sistema se apoia (a igualdade dos cidadãos, o direito a justiça, principio protetor, etc) são radicalmente deturpados, na medida em que so se aplicam aquele pequeno numero de casos que são os trabalhadores de carteira assinada ou os que venham reclamar perante a justiça do Trabalho com sucesso O enfoque tradicional se mostra, de alguma forma as avessas

O Direito do Trabalho, portanto, deveria ter um papel secundário no controle dos conflitos sociais. Destarte, o Direito do Trabalho que se vislumbra no horizonte, é o da intervenção mínima, onde o Estado deve reduzir o quanto possível sua ação na solução dos conflitos. Neste contexto, propõe-se, em suma, a flexibilização, desregulamentação e a desinstitucionalização dos conflitos trabalhistas, restando ao Estado aquilo que seja efetivamente importante a nível de controle.

Frente a esta realidade, o ideal desta nova tendência é buscar a minimização da utilização do Direito do Trabalho imposto pelo Estado, através de quatro proposições básicas: a) impedir novas regulamentações na área trabalhista - significa evitar a criação de novos direitos, pelo Estado, mormente para regular conflitos de abrangência social não tão acentuada, donde possa haver solução do conflito noutra esfera; b) promover a desregulamentação - na mesma esteira do tópico anterior, visa reduzir a quantidade de direitos, abolindo da legislação trabalhista direitos donde as partes envolvidas possam resolver per se, sem que isso ofenda o real interesse da coletividade; c) flexibilização - cujo fundamento cinge segundo Arturo Hoyos pelo uso dos instrumentos jurídicos que permitam o ajustamento da produção, emprego e condições de trabalho à celeridade e permanência das flutuações econômicas, às inovações tecnológicas e outros elementos que requerem rápida adequação; d) desinstitucionalização - desvincular do âmbito do Direito do Trabalho e, até mesmo da esfera estatal, a solução de pequenos conflitos, quando atingir somente a esfera dos envolvidos aos quais seria reservado outras formas de satisfação de seus interesses.

VII- Conclusão

Este final de século apresenta sérios desafios para a humanidade. As questões mais do que nunca apresentam-se em nível global, e a solução dos graves problemas que ameaçam a estabilidade do planeta necessitam da construção de um novo modelo de Estado, de sociedade e de economia. Nesta fase da história torna-se fundamental que o tema “Direito do Trabalho Mínimo” seja amplamente discutido, a fim de que os valores já conquistados pela nossa civilização não comecem a ser relegados pela rigidez de idéias que muita das vezes ampliaram o estado crítico em que encontram-se as instituições.

O atual Direito do Trabalho surge pela idéia e pelos mecanismos de concertação social. Fenômeno dos nossos dias, potencializado

pela evolução das crises econômicas, a progressiva intervenção tripartida dos parceiros sociais (sindicatos, associações patronais e Governo) para consensualmente definirem e executarem a política econômica e social. Este fenômeno corresponde a um novo espírito do Estado, menos centralizado, mais aberto aos grupos naturais e mais preocupado com a eficácia de seus atos. E a este propósito que se referem constantemente as ideias de flexibilização, desregulamentação, Direito do Trabalho mínimo, de concertação e de busca de consensos que expressam um método de administrar e legislar em que o Estado se preocupa

O Direito do Trabalho enfrenta, neste momento histórico, desafios importantes. O novo Direito do Trabalho para sobreviver como meio regularizador das relações laborais deverá beneficiar-se, cada vez mais, do protagonismo dos grupos organizados e que buscam consensos trilaterais (Estado, organizações de empregadores e organizações de trabalhadores), que se exprimem em convenções ou pactos sociais. O sindicalismo tem perdido a força e militância, mas ganha poder de intervenção nas decisões políticas, econômicas e sociais.

Vale ressaltar por fim que é fundamental, acima de tudo, a conscientização para uma nova postura frente aos fatos relacionados às relações laborais, com a pujança de um ideal perene de justiça social, pois não se combate as mazelas sociais referentes aos conflitos laborais sem antes erradicar suas raízes há muito tempo encrostadas nos desmandos políticos dos governantes e na mentalidade anacrônica da minoria privilegiada que se recusa suprir as necessidades elementares da pessoa humana e a distribuir os louros do desenvolvimento econômico.

Considerações sobre a teoria do^(*) “Direito do Trabalho Mínimo”

*Miguel Angel Sardegna^(**)*

SUMÁRIO

I – Introdução.

II – A realidade atual.

III – Flexibilização e desregulamentação

IV – Papel do Estado

V – Direito do Trabalho da Classe dominante.

VI – Direito do Trabalho Mínimo.

VII – Conclusão.

I - Introdução

O tópico que é sugerido já mereceu a nossa opinião a qual foi publicada em um trabalho conjunto, levado a cabo sob os auspícios do Instituto de Investigações Jurídicas e Sociais “Ambrosio L. Gioja”, da

^(*) Este trabalho teve como suporte a teoria intitulada ‘Direito do Trabalho Mínimo’ de autoria do Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará-Brasil Mario Antonio Lobato de Paiva, sendo desenvolvida e discutida em seminário dirigido a docentes na Faculdade de Direito de Buenos Aires pelo Diretor do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social Miguel Angel Sardegna

^(**) Miguel Angel Sardegna é advogado, Doutor em Direito e Ciências Sociais Professor titular de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, Diretor do Departamento, Professor Titular Consultor da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade de Buenos Aires, Professor integrante do Conselho Diretivo, Coordenador de Assuntos Jurídicos do Ministério de Trabalho, Emprego e Formação de Recursos Humanos da República Argentina, Autor de inúmeras publicações

Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, Argentina,⁽¹⁾ e que se publicou em um trabalho editado pelo Departamento de Publicações, onde se incluíram contribuições de investigadores daquela Faculdade e de outros da Universidade Nacional de Mar da Prata.

Lá nós expressamos, entre outros conceitos:

Não é para poucos que o Direito do Trabalho depende da Economia.

É condicionado por ela. Isto pode ser verdade, mas só é parcialmente certo.

Não significa que se encontra abaixo da conjuntura e da infraestrutura econômica, no dizer de Camerlynck y Lyon-Caen.⁽²⁾

Existe uma interação ou uma compenetração entre o Direito e a Economia. O direito do trabalho pode jogar um papel de motor econômico. Lembrando que esses autores expressam, por exemplo, que a greve por aumentos de salários pode levar a melhorar a produtividade do trabalho, a racionalizar a produção e as boas relações entre empresa e sindicato, e que podem chegar a constituir-se em um fator de desenvolvimento econômico.

O Direito do Trabalho pode ser considerado como um ramo jurídico próprio e autônomo a partir dos anos vinte, neste século. Alguns autores fixam ali o seu nascimento, ou melhor dizendo, o começo da sua transcendência, na Argentina⁽³⁾.

Tem razão o Professor Mario Antonio Lobato de Paiva, quando afirma que as crises contemporâneas têm tido um impacto particularmente destrutivo no emprego, provocando o desemprego em massa, mas nós não concordamos com ele quando afirma que elas puseram em crise terminal ou

⁽¹⁾ *Avanços de Investigação em Direito e Ciências Sociais II Jornadas de Investigadores e Bolsistas, Bs. As. 10 a 12 1996 de outubro de 1996 Nosso relatório "As interseções entre Direito e Economia"*

⁽²⁾ CAMERLYNK E LYON-CAEN, "Manual de Direito do Trabalho" Paris, 1955

⁽³⁾ SARDEGNA, Miguel A, *Tarefas Familiares e Seguro Social*, Prefácio, B. As., 1989, pág. 7 e Alfredo PALACIOS, *que publicou a primeira edição do trabalho "O Novo Direito, na realidade em 1920"*

quase, o padrão tradicional do Direito do Trabalho. Pelo menos, nem sempre aconteceu isto.

O Direito do Trabalho na Argentina foi afirmado e fortalecido em cada crise econômica. Esta declaração transcende nossas fronteiras,⁽⁴⁾ e é como também é notado depois do fim da primeira Grande Guerra a crise econômica mundial que a ela sobreviveu, onde aparecem as primeiras leis fundamentais da disciplina e o reconhecimento de seus princípios, a criação da Organização Internacional do Trabalho e a subscrição do Tratado de Versalles e da Convenção de Washington, que tanto influenciaram os institutos fundamentais do Direito do Trabalho.

A depressão começada em 1929, no norte, apesar das suas crises, o plano Roosevelt sobre seguridade social e nossa década vernácula dos trinta, produziram contraditoriamente, a Lei nº 11.729 que inserida no código dos comerciantes resultou em um código ponderabilíssimo dos trabalhadores nacionais, útil durante quatro décadas, e onde, através de apenas meia dúzia de

artigos, foi afirmado o princípio protetivo da irrenunciabilidade e o da continuidade do contrato de trabalho, entre outros.

Outra crise, a derivada da Segunda Guerra Mundial, consolidou ainda mais a disciplina, com a explosão estatutária e a sanção de inumeráveis normas garantidoras.

Enquanto isso, na ordem internacional, a “Declaração de Filadélfia”, de 1944, a “Declaração dos Princípios Sociais”, votada em Chapultepec em 1945 e a “Carta Internacional de Garantias Sociais”, de Bogotá/1948, prediziam que o trabalho não é uma mercadoria sujeito à lei da oferta e da demanda, superando definitivamente (parecia), o liberalismo decadente. A última das mencionadas insistia: “o trabalho é função social e não deveria ser considerado um artigo de comércio”.

Nesses pronunciamentos, emergentes daquela grande crise, foi proclamado também: “só pode haver paz internacional durável se estiver

⁽⁴⁾ PALOMEQUE LOPEZ, M.C. “Um sócio de viagem histórica do Direito do Trabalho: a crise econômica”. O relatório no Congresso de Foz de Iguaçu, Brasil, 1984.

baseada na justiça social, devem ser adotadas condições dignas e humanas de trabalho, o Estado deveria dirigir e auxiliar as iniciativas sociais e econômicas que ditam em cada país uma legislação social que proteja a população trabalhadora com salário mínimo vital, jornada máxima, períodos de descanso recompensados, seguro contra diferentes riscos, irrenunciabilidade dos direitos consagrados a favor dos trabalhadores etc ⁽⁵⁾

A crise política Argentina, que avançou até a década de 60, e a crise econômica mundial, derivada do petróleo e da revolução tecnológica dos anos 70, com as repercussões aqui, não impediram o recomendável projeto do Código de Direito do Trabalho, elaborado pelo Dr. Napoli, Tissebaum e Despotin, ainda que pese a predica do professor Deveali que contemporaneamente propiciava que este direito estava destinado para simplesmente ser absorvido pela evolução do Direito de Previsão, já que aquele representava simplesmente uma face transitória do direito de corte individualista, destinada a desaparecer, podendo prever-se que em caso de criar-se um seguro de desemprego, desapareceria em boa parte, se não totalmente, a razão de ser das demissões sem justa causa ⁽⁶⁾ Quer dizer, já em 1964 na Argentina foi augurado premonitória e erradamente, um Direito do Trabalho Mínimo. Já fazem vinte e seis anos da sanção da lei de contrato de trabalho nº 20 744 (1974) e começou a sua primeira flexibilização integral, so dois anos mais tarde, durante o processo de governo militar, de memória triste na Argentina, em 1976

II – A realidade atual

Nos chegamos deste modo ao momento atual. Outra crise, na Argentina e no mundo

E o Direito do Trabalho assistiu a -o ao que resiste? - para estocadas novas. Também o chama teorias ou doutrinas

Esta disciplina artificial conhecida e, sofre sopros duros como consequência do desindustrialização, a pobreza, a inflação, a marginalização,

⁽⁵⁾ ANTOKOLETZ Daniel "Direito do Trabalho e Previsão Social. Direito argentino comparado com referências especiais para as repúblicas americanas T 1 Bs As 1953

⁽⁶⁾ DEVEALI Mario "Tratado de Direito do Trabalho" Bs As 1964 T 1 pag 12

o desemprego, a precariedade do trabalho, a exclusão Nos devolveremos o assunto

III – Flexibilização e desregulamentação

Levantam-se deste modo, vozes severas e potentes que pretendem que a garantia legal seja suprimida, deixando abandonada a legislação protetora, a procura da autonomia da vontade/determinação Deste modo, propõe-se o desaparecimento da ordem publica do trabalho, e e certo, como se indica na proposta do Professor Mario Antonio Lobato de Paiva, que motiva estas reflexões, que se semeie na Europa (e nestas latitudes, nos somamos para nossa parte) um movimento de ideias ao redor da flexibilização dos institutos, que colecionam menos pensadores, especialistas, e principalmente os operadores (?) do Direito do Trabalho

Simultaneamente, acentua-se uma crise econômica, que desde uma posição flexibilizada e interpretada como uma ruptura do equilíbrio entre produção e consumo, ou entre trabalho e produção que força o empresario a produzir muito para obter relativamente pouco

Mas crise sempre houve, e, salvo minorias que defenderam o egoista liberalismo, em franca decadência, não lhe ocorreu atribuir a culpa da crise e do desemprego ao direito do trabalho Ate agora

Pelo contrario, este ramo juridico não so sobrevive as crises, mas tambem, como vimos, nasceu e esta justificado com elas, e progride em meio a crises sucessivas

Em alguns paises industrializados da Europa, tem-se questionado nos ultimos anos, a viabilidade do direito do trabalho, como disciplina juridica que tem por objeto a tutela do trabalhador dependente, em uma situação de crise econômica

Para aqueles que assim opinam, seria necessario pensar em um novo Direito do Trabalho, ou melhor, em um Direito para o Emprego, como substitutivo daquele

E eles expressam deste modo que o Direito do Trabalho tradicional não pode continuar baseando-se no garantismo legal ou

convencional e o reconhecimento de direitos subjetivos indisponíveis, já que aquele está condicionado pela Economia.

Por isso se insiste cada vez mais, em ter presente que, para contribuir a remediar o flagelo do desemprego -um dos cinco gigantes malignos, como dizia Beberidge - faz-se necessário adaptar o emprego ao mercado de trabalho, mas, a flexibilidade como remédio contra o desemprego, não deixa de ser uma presunção mais ou menos razoável e mais ou menos demonstrada empiricamente baseada sobretudo em exemplos "micro-econômicos".⁽⁷⁾

Para alguns autores, o Direito do Trabalho não seria nem poderia considerar-se auto-suficiente já que deveria ser coordenado e completado com o Direito Econômico, do qual é parte.⁽⁸⁾

Mas é certo que o Direito do Trabalho cujo fim e razão se enunciou no começo, depende da economia enquanto que nem sempre alcança a coisa socialmente desejável, deveria aceitar o economicamente possível, não se encontra em todos os seus aspectos, abaixo da conjuntura e da infraestrutura econômica⁽⁹⁾ e às vezes até resulta ao contrário, a economia se submete ao Direito do Trabalho e o desenvolvimento deste influencia aquela.

Para alguns autores que criticam esta conclusão,⁽¹⁰⁾ existe uma interação permanente ou compenetração entre direito e economia que manifestam influências recíprocas, assim como a obra sobre o emprego e o mercado de trabalho, e em definitivo, a estratégia econômica, enquanto regulamentadora da jornada de trabalho, e os distintos descansos e licenças.

Essas influências recíprocas não são necessariamente negativas nem contraditórias, às vezes sendo constituído o Direito do Trabalho e suas reivindicações sociais, em um autêntico motor econômico.

⁽⁷⁾ SALA FRANCO, Tomás, "O debate sobre as políticas de flexibilidade de trabalho e Direito do Trabalho", *L T*" 1988, pág 335

⁽⁸⁾ RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel, "Direito do Trabalho e acordo social com instrumento das políticas de emprego" Instituto de estudos de trabalho e de seguridade social de Espanha, 1982

⁽⁹⁾ *op cit* nota 2

⁽¹⁰⁾ GARCIA MARTÍNEZ, Roberto, "O direito do Trabalho frente às crises", *Rev. D.T* 1987, pág 97

O bem-estar social, as boas relações entre os empresários e trabalhadores ou suas agremiações organizacionais, e o acatamento às leis trabalhistas, influem sobre a economia, como bem isto foi expressado,⁽¹¹⁾ o desenvolvimento social fomenta aceleradamente o crescimento; não o freia; além disso vale lembrar que não é possível o progresso econômico sem certo grau de harmonia entre os fatores da produção.⁽¹²⁾

IV – Papel do Estado

Também é ouvido freqüentemente falar-se, e, não totalmente sem razão, do abuso do paternalismo do Estado, da propriedade da opção tecnológica à empresa, da reorganização do tempo de trabalho, de modos de contrato que permitam às empresas adaptarem-se à demanda, de potencializar as medidas de mobilidade interna, com o propósito de aumentar a competitividade, etc...

Normalmente é afirmado que esta é a única forma de evitar o emprego ilegal ou precário e as distorções do contrato de trabalho.

O Estado não pode estar alheio às necessidades da economia, às exigências do desenvolvimento, à luta pela prevalência do valor do emprego, a consideração para a atenção da indústria nacional e essencialmente e em particular, com respeito a algumas de suas áreas adiados a uma autêntica possibilidade de reconversão industrial e a preocupação pela consideração das empresas pequenas e médias.^{(13) (14) (15)}

Nenhuma sociedade integral resiste à coexistência dos homens e grupos sem um poder que imponha a ordem e encaixe as atividades dentro de um conjunto de valores de paz, justiça, solidariedade e liberdade.

⁽¹¹⁾ *PODETTI, Humberto A, "A política social", Tratado de Direito do Trabalho dirigido por VAZQUEZ VIALARD, T 1*

⁽¹²⁾ *OLIVEIRA, Julio, "Direito econômico, direito social e direito da rotação de tarefa D T", 1955, pág 75*

⁽¹³⁾ *RISOLIA, M A., "Soberania e Crise do Contrato", Bs Às 1955*

⁽¹⁴⁾ *BORDA, G, "I-a reforma de 1968 ao Código Civil", Bs Às 1971*

⁽¹⁵⁾ *SARDEGNA, M A, Regime de Contrato de Trabalho e Lei Nacional de Emprego Bs As 1993, pág 30*

A atividade econômica não pode escapar a essa ordem. Se o Estado não impõe uma ordem com liberdade e com justiça na área da economia, o mercado e a livre competição reinam absolutos.⁽¹⁶⁾

E hoje, não há direitos absolutos. Menos no domínio econômico. Neste âmbito, o Estado não pode permanecer na retaguarda anacrônica do *laissez-faire, laissez passer*

O acesso ao direito não pode apenas ser liberado ao jogo injusto do mercado e da livre competição porque a pessoa humana não é uma coisa, nem o trabalho, apenas uma mera mercadoria.⁽¹⁷⁾

V – Direito do Trabalho da Classe dominante

Têm razão aqueles que indicam que o direito - em geral - é a vontade da classe dominante e não têm menos razão, aqueles que afirmam que o Direito do Trabalho é um autêntico apoio do sistema capitalista, seu dique ou contenção. Cremos estar mais definido neste do que no outro ponto. Assim mesmo é singular recordarmos que em nosso país, os governos autoritários aparentemente o respeitam mais do que os nascidos da vontade popular. Obtém-se um desenvolvimento maior, pelo menos, na sua expressão individual. Já que na sua expressão coletiva, às vezes não existe. Ou é mencionado em voz baixa ou como algo alheio ou estranho. O mesmo acontece com os regimes que aderem à ditadura do proletariado, já que não a podem conceber. Nós podemos conferir isto, hoje em dia, na República do Caribe que se prolonga no tempo, para além da queda do Muro de Berlim.

Porém, um pensador argentino ilustre, autor em 1920 do livro “O novo direito”⁽¹⁸⁾ consignava que os problemas do trabalho e do emprego, não se limitam ao jurídico, vinculam-se à economia; a sociologia, a medicina e o direito do trabalho manterão sua validade ainda que alguém insista:

a) na transmutação do trabalho em mercadoria;

⁽¹⁶⁾ BIDART CAMPOS, G J. “O supermercado e a liberdade econômica absoluta”, *jornal A Imprensa* 20 7 93

⁽¹⁷⁾ *Aqui concluíram nossas reflexões no Relatório que se difundiram por aquele Avanço de Investigação apresentado no Instituto Gioja para aquela referência que foi feita na primeira nota*

⁽¹⁸⁾ PALÁCIOS, Alfredo L., “O Direito Novo” Edit Claridade, 5ta Edição, 1920

b) a exploração do homem pelo homem e;

c) o regime de vida pelo qual o homem se torna em instrumento inumano do processo produtivo.

VI – Direito do Trabalho Mínimo

Nós achamos interessante a teoria sugerida pelo Professor Mario Antonio Lobato de Paiva. Mas, desde que se vincule com o direito de trabalho internacional e o consensuado ou, pelo menos, discutido em âmbitos regionais.

Fala-se hoje de globalização econômica.⁽¹⁹⁾

Este conceito, utiliza-se para justificar anomalias nas relações de trabalho nacionais e internacionais, onde não é necessário regular as condutas porque os sistemas mundiais apontam para o fato comercial.

O globalização econômica, entrou em nossa vida diária.

O paradigma mítico desta cultura é a competitividade; o sentido da existência é a coisa econômica.

Assim se fala de mercado de trabalho, de oferta e demanda circunstancial e de flexibilidade de trabalho.

Isto não é mais que a recepção legislativa circunstancial de um momento determinado na relação capital-trabalho. Este momento.

A globalização é uma forma de coexistência internacional incompatível com a que nós conhecemos como o “direito do trabalho”.

E que para atendermos às normas de trabalho, devemos referir-nos ao que é conhecido como a “internacionalização econômica” e não a “globalização”.

⁽¹⁹⁾ SARDEGNA, M A e outros, *‘Direito Coletivo do Trabalho’*, Edit Eudeba, Bs As, Argentina, 1999, pág 279 y ss

A diferença entre ambos os conceitos, reside na intervenção ou não do sujeito Estado, o que só se dá no primeiro dos casos.

É necessário conhecer a vontade dos Estados, para entender ao conceito de integração.

Esta vontade foi expressa assim:

1) ao determinarem-se os objetivos da Organização Internacional do Trabalho (a que nos referimos anteriormente); e

2) na Conferência de Filadélfia (1924), na 26ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, onde se ratifica o conceito de que o trabalho não é uma mercadoria, nem um artigo de comércio".

Sem dúvida, isto é para nós o nascimento ou começo do Direito Internacional do Trabalho.

É o começo da vontade dos Estados para gerar na ordem internacional uma consciência social que poderia ser expressada deste modo, conforme a declaração mencionada: "...todos os seres sem distinção, têm o direito de perseguir o seu bem-estar material e o seu desenvolvimento espiritual, em condições de liberdade e dignidade, de seguridade econômica e em igualdade de oportunidades...."

Esta idéia foi traduzida, no norte, EE. UU, na "New Deal", de Roosevelt.

E no âmbito internacional plasmaram-se entre outros, os seguintes Acordos do O.I.T.:

87 de liberdade sindical e proteção do direito de sindicalizar-se (1948);

98 de direito de sindicalização e negociação coletiva (1949);

117 de políticas sociais (normas e objetos básicos) (1962); e

118 em políticas do emprego (1964).

E importante realçar que o Sistema de Relações do Trabalho do MERCOSUL, apresentado pela Argentina na reunião celebrada em Montevideo, em 1994, fixa com bom critério, trabalhos mínimos que podem ser uma base dos direitos humanos básicos de natureza do trabalho que os Estados deveriam respeitar e eles não podem modificar ⁽²⁰⁾

Isto sim, pode ser considerado um piso, ou direito mínimo onde haveria até consenso transnacional

Apesar do crescimento econômico, grande parte da Sociedade esta hoje obrigada a lutar pela subsistência. E isto não é resolvido com meras expressões de desejos

O piso mínimo de cumprimento ou direito do trabalho mínimo estaria constituído, para os que assim pensam pelos seguintes direitos fundamentais universais, ao que os países membros da O I T ou, pelo menos, do MERCOSUL, devem comprometer-se a respeitar

--a abolição do trabalho obrigatório,

--a liberdade de associação,

--a liberdade de negociação,

--a proibição do trabalho de menores

--a proibição do trabalho de mulheres em certas circunstâncias

De qualquer maneira, cabe ter presente que a posição brasileira, foi recordada no evento como muito prudente. E um projeto político que aumenta o universo de nossas possibilidades

Em síntese, a ideia da concorrência sistêmica, e a nosso juízo, a doutrina que deveria prevalecer ante os métodos "pactistas" meramente declarativos

⁽²⁰⁾ *A partir deste parágrafo praticamente transcrevemos um capítulo de nosso livro "As Relações de Trabalho no Mercosul" Editora O Rocco Bs As Argentina 1995*

Quem, como nós, nos perdemos nesta tessitura, entendemos que se torna imprescindível insistir que, previamente ao ditado de uma Carta Social, os Estados devem já efetivar os direitos já existentes. Cumpri-los.⁽²¹⁾

Ao contrário do Sistema Europeu, que se pretende copiar, (conhecido como o da CONSTRUÇÃO NORMATIVA DO ESPAÇO SOCIAL) este outro sistema, o qual propiciamos, entende que a norma deveria surgir da conjunção dos fatores que levam ao SUBDESENVOLVIMENTO SOCIAL, e que isto só busca identificar previamente as necessidades políticas.

Primeiro se faz indispensável conjugar os fatores, identificá-los, atendê-los, e, ditar a norma.

Destes fatores, são entre outros, todas as misérias do subdesenvolvimento. Entre eles, um catálogo enumerativo deveria mencionar:

- a) o descumprimento das normas de trabalho,
- b) o trabalho infantil,
- c) a mortalidade infantil,
- d) o desemprego,
- e) a precariedade do trabalho,
- f) o clandestinidade do trabalho.

De todos eles e da sua identificação e atenção, primeiro surge a norma, não ao contrário.

Isto é para nós o sistema autêntico de harmonização de interesses, que poderia permitir resolver os problemas do subdesenvolvimento. Nossos problemas e os do MERCOSUL.

⁽²¹⁾ *Recorremos a tese da "Concorrência Sistêmica" que na Argentina desenvolveu e o professor Gerardo Corres difundiu ao qual fizemos menção na obra citada na nota anterior.*

Primeiro corresponde identificar o problema, em seguida legisla-se sobre o assunto.

Para quem pensa deste modo, a norma deveria surgir da identificação das necessidades dos Estados (concorrência) e só pode avançar na medida que esta "concorrência" se realiza em harmonia (sistêmica) para evitar novos erros históricos e documentos declarativos.

VII - Conclusão

É certo que o novo século apresenta desafios. Um está vinculado com o novo modelo que sugere esta contribuição: o Direito do Trabalho Mínimo: Vale a pena debater esta teoria.

Como foi debatido e debate: a) o Direito do Trabalho Tradicional, b) sua flexibilização⁽²²⁾, c) sua adaptação⁽²³⁾, d) sua modernização⁽²⁴⁾, e) agora o Direito do Trabalho Mínimo⁽²⁵⁾, ou f) e recentemente difundida entropia das normas de trabalho⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

O processo entrópico que é diagnosticado, é o resultado da reação contra o excessivo rigor da clássica garantia de trabalho que caracterizou a origem e desenvolvimento imediato do Direito do Trabalho.

A entropia, segundo princípio da termodinâmica, nos permite apreciar o fenômeno com ferramentas que por sua cientificidade, resultam esclarecedoras, convincentes e simbólicas.

A entropia pode ser descrita como uma medida da capacidade de um sistema de fazer um trabalho útil, como decisivo da direção do tempo e como medida da desordem.

⁽²²⁾ *Através de uma grande quantidade de autores de todas as latitudes*

⁽²³⁾ *De acordo com os ensinamentos do Professor Humberto Podetti entre os argentinos*

⁽²⁴⁾ *De acordo com as sugestões do Dr Fair López*

⁽²⁵⁾ *Segundo propicia o Professor Mário Antônio Lobato de Paiva, do Brasil*

⁽²⁶⁾ *De acordo com a tese da Dra Paula C Sardegna (Edit Eudeba, Bs Às 2000)*

⁽²⁷⁾ *Como nós consignamos no prefácio às 7ma Edição de nosso trabalho "Lei de Contrato de Trabalho", Edit Universidade, Buenos Aires, Argentina, 1999, embora sem mencionar a tese do Professor Mario Antonio Lobato de Paiva, que será incluída no próxima 8va Edição*

A inobservância das normas existentes e a sanção de normas contrárias a razão de ser histórica da disciplina, gera uma falta de capacidade para produzir trabalho útil. Eles também expressam o processo entropico da evolução desta disciplina, através do tempo, e a desordem que hoje se manifesta nos elementos que a compõem: as normas, as condutas e os valores.

A desordem também é materializada na coexistência, em nosso ordenamento legislativo do trabalho, de normas distintas de ordem conceitual diversa, temporal e ideológica, e em outras que se encontrem superpostas, são contraditórias, não têm vinculação entre si, ou são confusas e enciclopédicas. Outras tantas também são obsoletas e produto de um desperdício inútil, ou são o resultado de uma técnica descuidada e deficiente quando não o transplante intempestivo de legislação estranha. A desordem nas condutas, por seu lado, gera dissociação entre as aspirações culturais prescritas, e os caminhos socialmente estruturados para levá-los a cabo e os valores sofrem as consequências de um processo de revisão necessário ou reformulação.

Este princípio - o da entropia - nos permite apreciar o estado atual da questão, e vislumbrar a possibilidade de alternativas que não limitem o estudo a uma descrição contemporânea ou conjuntural que só observe o fenômeno, que se trata como se fosse uma flexibilidade simples, modernização ou adaptação das normas e que não possa dar conta de suas consequências ou derivações a longo prazo.

Deseja-se pôr em relevo que a inobservância das normas de trabalho vigente e a criação de normas novas, contrárias a razão de ser histórica do Direito do Trabalho, frustra as expectativas dos agentes intervenientes na relação de trabalho e gera situações ineficientes tanto para os trabalhadores como para os empregadores, operando uma forte regressão entropica que poderia causar a destruição do sistema.

E que nos estamos diante da intenção de um regulamento genérico em sentido regressivo para os interesses dos trabalhadores dependentes.

Este fenômeno que é comprovado e denuncia, não impede que tanto regras, como mecanismos defensivos ou alternativas estratégicas, por um lado, ou atitudes individuais ou coletivas dos sujeitos que formam parte do seu conjunto, possam frear ou amortecer este processo de morte.

No Direito do Trabalho pode-se notar um desequilíbrio acelerado das regras/pautas que caracterizam a sua especialidade. Mas nós entendemos que o Direito do Trabalho não se desintegrará, se se logra que os institutos que o compõem, não percam a capacidade de manter as suas inter-relações específicas, base da estabilidade de todo o conjunto. Isto em atenção para as bifurcações que acontecem no sistema, não deveriam permitir que mudem as características essenciais deste direito especial.

As flutuações para as quais se tem exposto o sistema, devem ser reajustadas por via da retroalimentação negativa, para evitar que a retroalimentação positiva, destrua o sistema, permitindo assim que as propriedades de auto-regulação, facilitem que este mantenha, em termos gerais, sua função e identidade. Sua razão de ser.

O Direito do Trabalho deveria continuar mantendo sua coesão.

A destruição do sistema que deveria ser impedida é igual à deslocação das interconexões entre as partes. ou elementos dos quais ou pelos(as) quais, deixam de integrar uma entidade organizada.

Prigogine⁽²⁸⁾ entende a entropia como a “função de um tempo interno, da idade própria das coisas, estima que o tempo interno se dilata ao progredir, conserva o passado, mas, deixa aberto o futuro”.

Não há dúvidas de que o novo período, pelo qual atravessa nossa disciplina, será fundamentalmente diferente, porque à continuação dos riscos declinantes, sucederam, a nosso juízo e de outros, traços distintos, destinados a preservar o sistema.

Não é bastante pedir para os lenhadores que derrubem as árvores e carpinteiros para conceber novas montagens.⁽²⁹⁾

O fim deste tempo, o " grande estrondo"⁽³⁰⁾, a culminação do processo entrópico, o fracasso das sucessivas emendas flexibilizadoras.

⁽²⁸⁾ PRIGOGINE Ilya, Revista "El Passeur", n° 4, Espanha, Madrid 1986, pág 14

⁽²⁹⁾ LYON - CAEN, Introdução para a edição francesa do livro "Direito do Trabalho Democracia e Crise na Europa Ocidental e na América Latina", Centro de Publicações do Ministério de Trabalho e Seguridad Social, Espanha 1989, pág 14

modernistas?, desreguladoras?, adaptadoras?, emergenciais? minimalistas? Tudo isto uma coisa indica: deve recomeçar-se reconstruindo-se a disciplina, ao estilo de Sigfrido, na tragédia dos Nibelungos⁽³¹⁾.

Assim, para que o regime guardião/tutelar do Direito do Trabalho sobreviva, deverá, necessariamente, readquirir uma identidade diferente, mais profunda e mais genuína que a atual, vinculada com o destino de uma sociedade que quer e deve realizar-se também, através do homem que trabalha por meio de sua atividade para seus semelhantes.

⁽³⁰⁾ HAWKING, STEPHEN, "História do tempo Do Big Bang para os buracos negros", Trad Castelhana de Miguel Ortuno, Edit Crítica, Barcelona 1991, pág 221

⁽³¹⁾ SIGFRIDO, *No anel dos Nibelungos de Richard Wagner Primeiro Desempenho Erstaufführung Première 16 8 1976*

JURISPRUDÊNCIA

Súmulas

Tribunal Regional do Trabalho – 9ª Região

Súmula 01:

O artigo 100 da Constituição Federal se aplica às autarquias - independentemente da natureza de sua atividade - devendo a execução contra essas entidades, no âmbito do processo do trabalho, obedecer o disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.

RA 74 A-91, DJPR, 10/07/91, pág. 33.

Súmula 02:

O inciso X, do capítulo 5º, do Edital de Concessão de Serviço Público de Transporte Ferroviário de Carga da Malha Sul - Edital PND/A - 08/96 - RFFSA - assegura, aos empregados, despedidos no lapso de um ano após a transferência, o direito ao pagamento pela concessionária de 100% (cem por cento) do incentivo financeiro previsto no Plano de Incentivo ao Desligamento praticado pela RFFSA.

IUJ 5/2000, DJPR, 30/03/2001 – Ac. 8.326/2000.

Súmula 03:

Administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) subordina-se às normas de direito público (art. 37, da CF/88), vinculada à motivação da dispensa de empregado público.

IUJ 7/2000, DJPR, 18/05/2001 – Ac. 12.835/2001.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos

INTERMEDIACÃO DE MÃO-DE-OBRA. VÍNCULO DE EMPREGO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. DESNECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO EM FACE, TAMBÉM, DAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. Não se constitui requisito essencial para o reconhecimento de vínculo empregatício com o tomador de serviços, fundado em intermediação de mão-de-obra fraudulenta (artigo 1518 do Código Civil), ajuizamento da ação também em face das empresas intermediadoras de mão-de-obra. Além de imperar, em hipóteses tais, o princípio da primazia da realidade, o artigo 904 do Código Civil autoriza o empregado a valer-se da faculdade de exigir seu direito de quaisquer dos devedores

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da Vara do Trabalho de **TOLEDO**, sendo recorrente **BÁSICA CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA.** e recorrido **JORGE GONÇALVES DAS CHAGAS**.

“Irresignada com a r sentença de primeiro grau, que acolheu em parte os pedidos intentados na presente reclamação trabalhista, recorre a reclamada a este Tribunal arguindo ilegitimidade passiva ad causam e buscando a reforma da decisão no que concerne ao vínculo de emprego aviso prévio e reflexos e descontos previdenciários e fiscais

Depósito recursal e custas às fls 35/36

Contra-razões às fls 54/57

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 16/10/2000

A d Procuradoria Regional do Trabalho manifestou-se pela não intervenção do MPT no presente feito (fl 60)”

E o relatório, que adoto na forma regimental

I - ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO do recurso ordinário da reclamada e das contrarrazões, porque presentes os pressupostos legais de admissibilidade

II - FUNDAMENTAÇÃO

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

Insurge-se a recorrente contra a sentença alegando que não é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, eis que o reclamante não era seu empregado

“A legitimidade para a causa consiste na individualização daquele a quem pertence o interesse de agir e aquele perante o qual se formula a pretensão”⁽¹⁾

A questão, alias vincula-se indistintamente ao próprio mérito da causa proposta, devendo com este ser examinada *“Conquanto se reconheça a antijuridicidade do pedimento colocado em Juízo tange-se o meritum causae a despeito da particularidade do art 267 VI do CPC de inspurção doutrinária ultrapassada”⁽²⁾*

Mantenho, pois, a r sentença que rejeitou a preliminar

VÍNCULO DE EMPREGO

Irresigna-se a reclamada contra a decisão de primeiro grau, aduzindo que em nenhum momento se cogitou em trabalho temporário e nem mesmo se a função exercida pelo reclamante atendia a atividade-meio ou fim desenvolvida pela empresa Alega que em face da inexistência de qualquer

⁽¹⁾ *TEIXEIRA Filho Manoel Antonio As Ações Cautelares no Processo do Trabalho SP LTr 1988 p 75*

⁽²⁾ *Liebmann Manual di Diritto Processuale Civile 3ª ed vol I Guiffre p 120*

questionamento inicial acerca da validade ou não dos contratos de trabalho, entendeu desnecessária qualquer prova neste sentido e que, inclusive, em razão disso, a recorrente postulou a declaração de inépcia da inicial.

Renova sua insurgência quanto ao fato de o reclamante não apresentar qualquer justificativa a ensejar o reconhecimento de vínculo com a ora recorrente, muito menos a possibilitar o reconhecimento de nulidade dos contratos de trabalho, entendendo que o Juízo de primeiro grau, ao decidir sobre questão não cogitada pela parte interessada, incidiu em julgamento ultra petita.

Nos termos dos artigos 170, parágrafo único⁽³⁾, 5º, II⁽⁴⁾, e 114 da CF/88, a irregularidade, invalidez ou ilegalidade dos contratos firmados entre a reclamada e as empresas de prestação de serviços não compete a esta Justiça Especializada declarar. Logo, não vislumbro necessidade, como requisito essencial para o reconhecimento de vínculo empregatício, da forma requerida, de pedido específico voltado a nulidade destes ajustes ou de ajuizamento da ação em face das contratadas (empresas que intermediaram a prestação de serviços em favor da ré).

O Direito do Trabalho é regido pelo princípio da primazia da realidade, sendo a pactuação trabalhista um contrato realidade, na magistral acepção de Mário de La Cueva. A não bastar, o artigo 904 do Código Civil⁽⁵⁾ autoriza o procedimento adotado pelo autor, pois, exurgindo a hipótese de fraude (artigo 1.518 do Código Civil⁽⁶⁾), o que fez o empregado foi apenas lançar mão de uma faculdade que a lei lhe reserva.

O exercício, pelo autor, no período declinado, de atividade-fim da reclamada Básica evidencia-se pelo fato de a prestação de serviços ter se estendido por período superior (mais de um ano: de 11.11.97 a 1º.01.99) ao

⁽³⁾ “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”

⁽⁴⁾ “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

⁽⁵⁾ “O credor tem direito a exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial, ou totalmente, a dívida comum”

⁽⁶⁾ “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente, pela reparação”

prazo previsto no art. 10 da Lei nº 6.019/74 (03 meses) para a contratação temporária. Aliás, isto, por si só, transfere a responsabilidade do vínculo empregatício das empresas intermediárias para a empresa tomadora do serviço. Nesse sentido decisão do C. TST no RR 2.540/82, AC 2.791/83, 3ª T. DJ 21.10.83.

Mantenho a r. sentença.

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Inócua a insurgência, porquanto a r. sentença já autorizou as devidas deduções (fl. 32, item 08).

III - CONCLUSÃO

Isto posto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ordinário da reclamada.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA** e, no mérito, por maioria de votos, vencido o Exmo. Juiz Dirceu Buyz Pinto Júnior, **EM LHE NEGAR PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

LUIZ EDUARDO GUNTHER - Presidente Regimental e Redator Designado.

MOTORISTA. REGIME DE PRONTIDÃO. VIGILÂNCIA DE CARGA. As horas em que o motorista permanece dormindo no caminhão, destinam-se a preservar o seu descanso necessário e correlatamente garantir a segurança do transporte da carga durante a viagem de retorno. Contudo, restando comprovado, “in casu”, que as horas de prontidão não eram reservadas exclusivamente ao descanso do empregado, mas também a garantia de segurança do patrimônio da empresa contra roubos e extravio de carga, aplica-se analogicamente, o disposto no art. 244, § 3º da CLT. O legislador, ao deferir ao empregado, que permanece de prontidão durante a noite no caminhão, o direito à remuneração correspondente a essas horas, o fez com equidade, não se olvidando que, em regra, elas se destinam ao descanso, embora com limitações, determinando sejam contados à razão de 2/3 do salário normal.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, proveniente da MM 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de **CASCADEL - PR**, sendo recorrente **NUTRIPLAN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTIGOS ORNAMENTAIS LTDA.** e recorrido **AGUINALDO ROCHA DA SILVA.**

I. RELATÓRIO

Inconformada com a r. sentença de fls. 101/108, complementada pela decisão de embargos declaratórios às fls. 120/121, que julgou procedente em parte a reclamação, recorre a reclamada

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 15/09/2000

Em razões aduzidas as fls 111/117, insurge-se contra o deferimento de horas extras de prontidão, honorários advocatícios, e reflexos. Requer, ainda, a dedução dos descontos previdenciários e fiscais.

O recolhimento das custas processuais e do depósito recursal restou comprovado as fls 118/119.

Contra-razões apresentadas as fls 124/135

A Procuradoria Regional do Trabalho, manifestou-se as fls 140, no sentido de que os interesses em causa não justificam sua intervenção (Lei Complementar nº 75/93, art 6º, XV e art 83, II).

E o relatório

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO do recurso ordinário da reclamada porque regularmente interposto, bem como das contra-razões.

Ao contrário do que foi alegado pelo reclamante, o preenchimento da guia de recolhimento do depósito recursal atende aos requisitos de admissibilidade do recurso, na medida em que permite a identificação e individualização da reclamação.

2. MÉRITO

HORAS EXTRAS. PRONTIDÃO.

Insurge-se a reclamada contra o deferimento de horas extras de prontidão, alegando que o art 244, § 3º, da CLT, invocado na inicial refere-se ao regime de sobreaviso. Caso inalterada a sentença, postula a adequação ao comando previsto no referido artigo, o qual, no seu entender, determina o pagamento a razão de 1/3 do salário normal.

Sem razão.

Inicialmente, e isso é necessário registrar, uma leitura mais atenta ao disposto no art. 244 da CLT, certamente permitirá à recorrente constatar que o § 3º do referido artigo, invocado na inicial, refere-se ao regime de prontidão, remunerado à base de 2/3 do salário-hora normal, o que não se confunde em absoluto com o regime de sobreaviso, delimitado no § 2º, do mesmo artigo, que prevê a remuneração de 1/3 do salário normal.

Nessas circunstâncias, evidente que o pedido de adequação da condenação ao disposto no § 3º torna-se inócua, na medida em que tal providência já foi tomada (r sentença a fl. 105)

E depois, as partes convencionaram a utilização de prova emprestada, a ser extraída dos autos RT nº 1826/99 (termo de audiência a fl 91), restando incontroversa a sujeição do autor ao regime de prontidão, considerando-se que o mesmo era obrigado a dormir no caminhão para vigiar o patrimônio da empresa.

A este respeito, convém salientar o depoimento da própria preposta, asseverando que “a reclamada não tem seguro em relação as cargas; é a reclamada que responde pelas cargas que estão no caminhão nas viagens realizadas; desconhece se a reclamada reembolsava notas fiscais de hospedagem” (fls. 94), o que justifica a determinação da empresa para que o autor vigiasse a carga durante a noite, a fim de evitar prejuízos com possível extravio de carga.

Fato este, confirmado pelo depoimento das testemunhas Pedro (“dormia no caminhão, havendo determinação da reclamada para que dormisse no caminhão” - fl 95) –, Gerson (“dormia no caminhão, tinha que cuidar do caminhão” - fl 96) e Gilmar (“o reclamante dormia no caminhão, que a empresa determinava que eles dormissem no caminhão , que pelas faltas de carga quem respondia era o entregador” - fl. 97).

Ora, as horas em que o motorista permanece dormindo no caminhão, destinam-se a preservar o seu descanso necessário e correlatamente garantir a segurança do transporte da carga durante a viagem de retorno. Contudo, restando comprovado, “in casu”, que as horas de prontidão não eram reservadas exclusivamente ao descanso do empregado, mas também à garantia de segurança do patrimônio da empresa contra roubos e extravio de carga, aplica-se analogicamente, o disposto no art. 244, § 3º da CLT

O legislador, ao deferir ao empregado, que permanece de prontidão durante à noite no caminhão, o direito à remuneração correspondente à essas horas, o fez com equidade, não se olvidando que, em regra, elas se destinam ao descanso, embora com limitações, determinando sejam contados à razão de 2/3 do salário normal, ou seja, percebendo o empregado, nesse período, remuneração ligeiramente inferior àquela que perceberia se em serviço estivesse (art. 244, § 3º, da CLT).

Diante de tais fatos e, levando-se em consideração que a empresa pagava um pernoite por semana (consoante dados extraídos da prova oral), outro não poderia ser o posicionamento do MM. Juízo, senão fixar 05 dias por semana de regime de prontidão, em que o autor permanecia à disposição da reclamada, vigiando o patrimônio da mesma.

Nada a reformar.

REFLEXOS.

Mantido o deferimento de horas extras de prontidão, os reflexos (accessórios do principal) seguem a mesma sorte.

Nada a reformar.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Alega a reclamada que o deferimento de honorários advocatícios “in casu” contraria a Lei nº 5.584/70 e o Enunciado 219 do TST.

Com razão.

As disposições contidas no art. 1º, I, da Lei 8.906/94 (regra geral), não têm o condão de revogar o “jus postulandi” na Justiça do Trabalho, em função do que dispõe o art. 791 da CLT (regra especial).

Ademais, entendo que os honorários advocatícios nesta Justiça Especializada somente são devidos se preenchidos os requisitos da Lei 5.584/70, ou da Lei 1060/50, com alterações da Lei 7.510/86 (declaração de miserabilidade, que impossibilita postular em juízo sem prejuízo do próprio sustento e de sua família), limitados ao percentual de 15%, restando

inaplicável o princípio da sucumbência, insculpido no art 20 do CPC, por incompatível

Por fim, curvando-me ao entendimento majoritário desta E 4ª Turma, no sentido de que na Justiça do Trabalho os honorários só são devidos nas hipóteses da Lei 5 584/70, REFORMO a r sentença para excluí-los da condenação, uma vez que o autor não está sendo assistido pelo sindicato de sua categoria profissional

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS.

Pugna a reclamada pela dedução dos descontos previdenciários e fiscais, alegando que esta Justiça Especializada é competente para determiná-los

No tocante aos descontos previdenciários, a insurgência recursal torna-se inocua, na medida em que a dedução dos mesmos já foi autorizada, na forma da legislação própria, abatendo-se do crédito do reclamante a parte que lhe cabe (r sentença a fl 106)

Por sua vez, em relação aos descontos fiscais, entendo que transcende a competência desta Justiça Especializada ingerir-se nas relações obrigacionais entre empregadores inadimplentes e os órgãos arrecadadores de **contribuições fiscais** (apurar valores e alíquotas, determinar deduções e recolhimentos), cabendo ao empregador, se convocado, satisfazer os débitos, como responsável, nos termos da lei

Entretanto, mesmo sem ter havido alteração do art 114 da CF/88 - quanto a competência para dirimir sobre as contribuições fiscais -, curvo-me ao posicionamento majoritário desta E Turma, no sentido de que o recolhimento dos descontos fiscais deve ser autorizado, com base no Precedente Jurisprudencial nº 32 (SDI) do C TST

Nestes termos, REFORMO parcialmente a r sentença para autorizar a dedução dos descontos fiscais, em observância ao Precedente Jurisprudencial nº 32 (SDI) do C TST

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para excluir da condenação os honorários advocatícios, bem como, determinar a retenção dos descontos fiscais, nos termos da fundamentação

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA**, bem como das contra-razões No mérito, por igual votação, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO** para excluir da condenação os honorarios advocaticios, bem como, determinar a retenção dos descontos fiscais, nos termos da fundamentação

Custas na forma da lei

Intimem-se

ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO - Presidente - **LUIZ CELSO NAPP** – Relator

JURISPRUDÊNCIA

Sentenças

1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba

TERMO DE AUDIÊNCIA

Autos nº 17.791/2000

Apregoadas as partes para a audiência de leitura e publicação da presente, ausentes, profere a Junta a seguinte

S E N T E N Ç A

Vistos, etc

I - RELATÓRIO

Jorge Ferrari Cocicov propõe a presente ação trabalhista em face de Caixa Econômica Federal, postulando a declaração da rescisão contratual e as verbas elencadas as fls 08/10, basicamente verbas rescisórias, equiparação salarial, horas extras, acréscimos noturnos e consectários dando a causa o valor de R\$ 300,00 Junta os documentos de fls 12/121

A re oferece contestação escrita na audiência designada, invocando a prescrição propugnando pela total improcedência dos pedidos da exordial, individualmente contestados Junta, além dos relativos a representação, os documentos de fls 150/3087 e 3105/3114 Replica as fls 3089/3103 e 3117/3118

Colhe-se o depoimento das partes e de uma testemunha trazida pelo autor Encerrada a instrução processual, as razões finais são aduzidas por memoriais, as fls 3213/3216, pelo autor e 3217/3218, pela re Julgamento designado para esta data

E o relatório Decide-se

II - FUNDAMENTOS

A - Prescrição

Oportunamente arguida a prejudicial de mérito, acolhe-se, para declarar prescritos os eventuais créditos postulados cuja obrigação correspondente se venceu em data anterior a 30 05 91

B - Verbas rescisórias

O autor alega que demitiu-se 15 04 96, quando comunicou que o desligamento se daria no prazo de 30 dias. A re, por sua vez, contesta suposta despedida indireta e alega que o autor cometeu ato faltoso justificador da despedida.

Primeiramente, cumpre esclarecer que o pedido não se dirige ao reconhecimento de despedida indireta, mas da rescisão contratual por iniciativa do empregado.

A tese de defesa é logicamente impossível. De conformidade com o documento de fls. 14 e como reconhece o preposto, que foi quem o recebeu, o autor rescindiu o contrato de trabalho em 15 04 96 (data do recebimento), embora se propondo ao cumprimento do aviso prévio. Pretende, a re, ter despedido o autor por justa causa em 09 12 96 (fls. 3106), quase sete longínquos meses após a rescisão contratual.

O empregado tem, assim como o empregador, o direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho, bastando a declaração unilateral de vontade, de natureza receptícia e constitutiva, o que implica dizer que tal ato independe do aceite ou não do empregador. O dispositivo regulamentar da re que assevera que “não é acolhido pedido de empregado cujo contrato de trabalho seja suscetível de rescisão por justa causa” põe-se de costas a realidade jurídica e é de todo inerte para obstar o direito potestativo do empregado.

Ao rescindir o contrato, o empregado nada “pede”, a despeito do resquício ideológico que resulta na falta de técnica da CLT, nem nada lhe pode ser deferido ou negado⁽¹⁾. Trata-se de ato que, por si, opera seus efeitos

(1) Vale mencionar nesta publicação o que não constou do texto original da sentença.

independentemente da outra parte Operada a rescisão contratual, não mais havia contrato de trabalho e, portanto, não mais havia poder disciplinar do empregador, que dele é decorrente. Segundo o preposto da ré, “a reclamada não chegou a despedir o autor por justa causa nessa oportunidade, somente alguns meses após foi aplicada a despedida por justa causa” Em outras palavras, o que pretende a ré e despedir por justa causa alguém que já não mais era seu empregado Tardia tentativa, por já inexistente o objeto do ato

Em razão disso, não cabe averiguar se ha ou não prova da alegada falta, já que tal fato resulta em irrelevante para a solução do objeto da demanda Não se tem dúvida que foi o autor quem rescindiu o contrato de trabalho e não a re

Evidentemente, isso não significa que não possa e deva, a re, buscar na esfera cível a reparação pelos eventuais danos que teriam sido causados pelo autor, nem que não possa e deva promover a responsabilização penal de eventuais ilícitos Todavia, diferentemente da persecução penal, o poder disciplinar não sobrevive a rescisão contratual Diante da inercia da re

que o resquício ideológico que ainda remanesce na expressão ‘pedido de demissão’ remonta, no direito brasileiro, ao império A Lei 108 de 1837, que regulava os contratos de locação de serviços com os colonos estrangeiros, estipulava, no art 11, que o locador de serviços somente podia se afastar do trabalho mediante o fornecimento, pelo locatário, de um atestado de que estaria quites com o serviço ‘A falta deste título sera razão suficiente para presumir-se que o locador se ausentou indevidamente’ Neste caso, o art 10 dispunha que o locador ‘sera preso onde quer que for achado, e não sera solto, enquanto não pagar em dobro tudo quanto dever ao locatario, com abatimento das soldadas vencidas, se não tiver com que pagar, servira ao locatario de graça todo o tempo que faltar para o complemento do contracto’ Vale dizer o trabalhador não tinha o direito potestativo de rescisão e quando se afastava do trabalho era presumido inadimplente e preso por isso salvo se possuísse o ‘atestado’ do empregador autorizando-o Idêntica exigência de atestado de liberação pelo locatario foi reproduzida no art 26 do Decreto 2 826 de 1879 que regulou a locação de serviços na agricultura agora também para os nacionais

Mais recentemente durante o Estado Novo e as vespas da entrada em vigor da CLT o Decreto-lei 4 937/42, na campanha chamada ‘batalha da produção’, instituiu o crime de deserção para os trabalhadores das empresas consideradas essenciais a segurança nacional que faltassem ou abandonassem o emprego Embora sob outra influência, tal dispositivo e indicativo da mentalidade que ainda permeava o discurso dos criadores da CLT ainda falou-se em ‘pedido’, quando a disciplina legal consagrada na lei dispõe sobre mero exercício de direito potestativo de rescisão contratual

em atuar disciplinarmente ao tempo da vigência do contrato de trabalho e impossível que pretenda fazê-lo varios meses apos ja rescindido o pacto

Ao tomar conhecimento do aviso previo, cumpriria a demandada ter tomado as medidas administrativas cabiveis para exercer de imediato seu poder disciplinar, ao menos durante o respectivo trintidio (observe-se as fls 2951 que o autor compareceu ate o dia 15 05 96), inclusive consignando as rescisórias acaso devidas, a fim de se eximir dos efeitos da mora. Em lentidão paquidermica, porem, somente em 09 12 96 intentou notificar o autor, e sem segui-lo, quando não havia mais contrato a ser rescindido por justa causa

Faz jus o autor, portanto, as verbas decorrentes da demissão de sua iniciativa, inclusive no que concerne a mora rescisoria, na medida em que a re não consignou as verbas que entendia cabiveis. As ferias do periodo aquisitivo 94/95 foram gozadas (fls 2946). Quanto as ferias proporcionais, no respectivo periodo o autor teve 15 faltas (fls 2950/2951), fazendo jus a 11/12 de 18 dias de ferias (art 130 III, da CLT). Deterem-se ao autor as seguintes verbas:

a) 11/12 de 18 dias de ferias proporcionais, acrescidas de um terço, b) 5/12 de gratificação natalina, c) FGTS (8%) sobre as verbas do item anterior, a ser depositado, d) multa do art 477, § 8º, da CLT

C - Ajuda alimentação

Os ACTs aplicaveis ao contrato de trabalho do autor expressamente excluem as repercussões salariais da verba, inclusive para efeitos trabalhistas, atribuindo-lhe carater indenizatorio, o que se reputa valido diante do disposto no art 7º, XXVI, da CF

Sendo assim, inviavel o pleito que tem por base a alegada natureza salarial da parcela. Rejeita-se

D - Equiparação salarial

Pretende o autor equiparação salarial com os exercentes da função de auxiliar de supervisão, consoante os nomes indicados na inicial

Entretanto, em seu depoimento o autor afirma que cada grupo tinha um auxiliar de supervisão que comandava esse grupo e que *“o depoente não comandava seu grupo, estando subordinado ao auxiliar de supervisão”*.

Sucumbe, diante disso, a versão fática da inicial, rejeitando-se o pedido de equiparação salarial.

E - Jornada de trabalho

A prova testemunhal coligida leva ao descrédito dos horários de entrada e saída anotados nos registros de jornada de trabalho colacionados pela ré, confirmando a versão do exórdio de que os registros consignam apenas a jornada oficial, embora fosse ultrapassada.

Conforme a prova testemunhal, fixa-se, para efeito de liquidação do julgado que a jornada a ser considerada é aquela anotada nos cartões de ponto, nos mesmos dias, considerando-se porém que, a partir de outubro/92, quando o autor passou a laborar à noite, o horário de saída entre o dia 30 e o dia 10 do mês subsequente se dava à 1h30min.

Ausente a concessão do intervalo intrajornada regular quando do labor superior a 6h, faz jus o autor ao recebimento como hora extra do intervalo não concedido. A supressão do intervalo mínimo de 1h para as jornadas superiores a 6h, como previsto no art. 71 da CLT, implica em labor não regular, devendo ser remunerado como extraordinário, nos termos do novel § 4º do citado dispositivo de lei, que positivou o melhor entendimento que anteriormente já vinha sendo adotado nos tribunais. Não se trata de aplicar retroativamente a Lei 8.923/94, eis que esta apenas explicitou o que o ordenamento anterior já assegurava, segundo ponderável parcela da jurisprudência. Admitir-se aí mera irregularidade administrativa significa tornar morta a letra da lei e imputar ao empregado o ônus de ver descumprida a garantia legal sem lhe advir qualquer compensação daí decorrente.

A base de cálculo das horas extras deve ser composta, além do salário básico, do adicional por tempo de serviço e gratificações salariais habituais. Os acréscimos noturnos também devem ser considerados na base de cálculo das horas extras, eis que compõem o valor básico noturno.

Sendo o sabado dia de repouso, deve ser considerado na multiplicação da jornada diaria para efeito de obtenção do divisor mensal, motivo pelo qual deve ser 180 e não 150 (6 X 30)

Assim, obedecidos os critérios supra, defere-se ao autor o pagamento, como extras, com o adicional de 50%, divisor 180, das horas excedentes a sexta diaria, observando-se o cômputo reduzido e o valor convencionalmente superior da jornada noturna, bem como, com o mesmo adicional, 1h extra por dia de labor superior a 6h, sem intervalo Por habituais, refletirão em repouso semanais (sabados domingos e feriados, como assegurado nas CCTs trazidas com a inicial) e, com estes, em ferias mais um terço, natalinas e FGTS (8%, a ser depositado) Dever-se-ão abater, mês a mês, os valores pagos ao titulo bem como idênticos reflexos quitados, consoante ja comprovados nos autos

F - Honorarios assistenciais

O autor esta assistido por seu sindicato de classe, formulando declaração de hipossuficiência, nos termos do art 4º da Lei 1 060/50 (fls 12/13), atendendo, pois, aos requisitos exigidos pelos arts 14 e 16 da lei 5 584/70, unica hipotese de deferimento de honorarios na esfera trabalhista, em que segue vigendo o *jus postulandi* das partes

Deferem-se os honorarios assistenciais, a base de 15% sobre o valor da condenação

G - Retenções previdenciárias e fiscais

Quanto as deduções de imposto de renda e contribuição previdenciaria, ha soluções diversas a serem adotadas Com a publicação no D O U , em 16 12 98, da Emenda Constitucional nº 20, passa a Justiça do Trabalho a ter competência para exigir o recolhimento da contribuição previdenciaria incidente sobre as parcelas salariais decorrentes da execução, o que implica em competência decorrente da mudança do texto constitucional, para definir o montante dos valores a serem recolhidos pelo empregado e pelo empregador no que se refere as parcelas constantes da fundamentação

Assim, autoriza-se seja retida, apenas no momento de pagamento ao credor, a quantia cabivel a este no que se refere a contribuição previdenciaria incidente sobre os valores salariais ora deferidos, consoante se

apurar em liquidação de sentença, respeitado o limite máximo de contribuição. Igualmente devesse o empregador comprovar nos autos, após o trânsito em julgado da sentença de liquidação, a contribuição previdenciária que lhe cabe.

No que diz respeito a retenção de Imposto de Renda, cumpre aos órgãos fiscalizadores competentes tomarem as medidas legais cabíveis, razão pela qual devesse a Secretaria oficial-lhes.

Esta Justiça continua não tendo, no âmbito de atribuições outorgado pelo art. 114 da Constituição Federal, competência para imiscuir-se na atividade de fiscalização de tal tributo. A partir do momento em que se autorize a retenção de tais valores, estar-se-ia abrindo a possibilidade de dissídio sobre qual o valor a ser retido que, então, importaria ao juízo da execução decidir sobre matéria que lhe refoge a competência.

III - DISPOSITIVO

Isto posto, decide a 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba, vencidos os Juizes Classistas Temporários em pontos diversos acolher em parte o pedido inicial, para condenar a re, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, a pagar ao autor, JORGE FERRARI COCICOV consoante se apurar em liquidação de sentença, observados os termos e limites constantes da fundamentação, **que integra este dispositivo para todos os efeitos**, bem como o marco prescricional declarado, as seguintes verbas: **a)** verbas deferidas no item B da fundamentação, **b)** horas extras e reflexos, **c)** honorários assistenciais, Juros e correção monetária na forma da lei, observado, quanto a esta, o mês de competência dos salários, e utilizando-se as tabelas elaboradas pela assessoria econômica do TRT da 9ª Região. Custas pela re, no importe de R\$ 200,00, sobre R\$ 10.000,00, valor arbitrado a condenação. Observe-se o constante da fundamentação quanto a contribuição previdenciária. Oficie-se ao INSS e Receita Federal. Publicada em audiência. Cientes as partes. Nada mais.

LEONARDO VIEIRA WANDELLI - Juiz do Trabalho

1ª JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE LONDRINA/PR

TERMO DE AUDIÊNCIA

Autos n.º 3038/1999

Aos vinte e seis dias do mês de julho do ano de um mil novecentos e noventa e nove, as 17h06, na sala de audiência desta Junta, sob a presidência da MM Juíza do Trabalho, Doutora ANA PAULA SEFRIN SALADINI, presentes os Senhores Juizes Classistas Temporarios NILSO PAULO DA SILVA e OCTAVIANO RODRIGUES MOREIRA JUNIOR, Representantes dos Empregados e dos Empregadores, respectivamente que ao final assinam, na 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Londrina, foram apregoados os litigantes RONISE GRACILENE ARCINI FERREIRA, reclamante, e IRMANDADE DA SANTA CASA DE LONDRINA, reclamada

Ausentes as partes

Submetido o processo a julgamento, proposta a solução do litígio pela Presidência, e colhidos os votos dos Senhores Juizes Classistas, pela Junta foi proferida a seguinte

SENTENÇA

I. Relatório

RONISE GRACILENE ARCINI FERREIRA, qualificado na inicial, ajuizou reclamação trabalhista em face de IRMANDADE DA SANTA CASA DE LONDRINA, igualmente qualificada nos autos, buscando a reversão da justa causa que lhe foi aplicada, com a condenação da reclamada nas parcelas elencadas as fls 44/47 Deu a causa o valor de R\$ 5 000.00

A reclamada, devidamente notificada da data designada para a audiência inicial, a ela compareceu Ante a impossibilidade de conciliação,

apresentou contestação escrita as fls 283/313, onde suscitou prejudicial de merito de prescrição quinquenal e, no merito, pugnou pela rejeição dos pedidos Juntou documentos

A reclamante manifestou-se quanto a contestação e documentos, as fls 383/421

Na audiência designada para instrução do feito, a reclamante desistiu do pedido de adicional de insalubridade, em relação ao grau, mantendo-o somente em relação a base de calculo, com a expressa concordância da reclamada O feito restou extinto, no particular, sem julgamento de merito Na ocasião, foram ouvidos os depoimentos pessoais, e duas testemunhas, sendo uma pela parte autora e uma pela parte re, com oitiva invertida, em face do ônus da prova

A reclamada requereu, e teve deferido prazo para juntada de copia do TRCT da ultima testemunha ouvida O documento foi juntado as fls 451 sem que a reclamante se manifestasse conforme certidão de fls 451-v

As partes declararam não ter mais provas a produzir, pelo que restou encerrada a instrução processual

Razões finais remissivas, pela reclamante, e por memoriais, pela reclamada, as fls 445/450

Ultima tentativa conciliatoria rejeitada

Designado julgamento para a presente data

E o relatorio

II. Fundamentação

A) PREJUDICIAL DE MERITO

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Distribuida a reclamação em 12 04 99, estão prescritas as parcelas anteriores a 12 04 94, face a incidência do art 7º, XXIX, letra "a", da Constituição Federal

Não ha falar em contagem da prescrição quinquenal, retroativamente, a partir da data da demissão, sendo que a mesma se conta a partir da data do ajuizamento da ação

A prescrição relativa ao FGTS, porem, e trintenaria, no que se refere aos depositos não realizados sobre as parcelas salariais ja pagas nos termos do entendimento cristalizado atraves do Enunciado 95/TST

Acolhe-se a arguição de prescrição da reclamada. nestes limites

B) MÉRITO

1 JUSTA CAUSA

Afirma a reclamante ser injusta a punição que lhe foi aplicada, de dispensa por justa causa, devendo ser revertida por esse Colegiado Diz que foi acusada de fornecer medicamento diversa da solicitada ao medico, quando da realização de exame Que, não obstante, não teve qualquer responsabilidade no incidente que acabou levando a paciente a obito, que laborava no setor de ressonância magnetica, e, para aplicação de contraste naquele setor recebeu treinamento durante cerca de dois anos, que havia um unico tipo de contraste naquele setor, que no dia dos fatos foi auxiliar no atendimento ao setor de Raio X, a mando de sua chefe direta, para cobrir ferias de outra funcionaria, que não recebeu qualquer treinamento para atender a esse setor, e, portanto, não pode ser responsabilizada pelo acidente ocorrido nem sua conduta pode ser taxada de negligente, que nenhuma medicação lhe foi solicitada pelo medico, somente procedeu ao atendimento de rotina do local, fornecendo a bandeja, ja montada, ao medico, que tinha o dever de verificar se o contraste separado estava correto, que ha dois tipos de contrastes – yopamiron e urografina - utilizados no local, e a unica coisa que a reclamante sabia e que tinham preços diferentes, que não tinha obrigação de saber da diferenca dos contrastes, pois não recebeu treinamento e nem pertencia aquele setor, que se o medico tivesse solicitado o contraste, a reclamante jamais se equivocaria, na medida em que os frascos são por demais diferentes, que o ato de aspirar a medicação do frasco e aplicar no paciente e procedimento a cargo exclusivo do medico, de ordem delicada, pois o liquido e injetado diretamente no canal medular do paciente, que em outro exame diverso havia separado o contraste yopamiron, e foi orientada pelo medico a troca-lo, mediante a unica explicação de que ardia na veia do

paciente'; que deve ser reconhecido e declarado que não houve justa causa no caso em espécie.

Em defesa, a reclamada assevera que a autora foi contratada como atendente de enfermagem; após frequentar curso de doze meses, foi promovida a auxiliar de enfermagem, em junho/90; frequentou curso de mais dezoito meses, e em fevereiro de 1994 foi promovida a técnica de enfermagem; ressalta a gravidade das conseqüências do ato, que resultou na morte de uma paciente de 39 anos, que ingressou no hospital apenas para realizar exames; que o caso foi encaminhado à Comissão de Ética Médica do CRM, para apuração da responsabilidade do médico, que não é seu empregado, e, quanto à reclamante, procedeu-se à sua demissão com justa causa, vez que desempenhou suas funções com negligência e imprudência; que a reclamante estava habilitada a laborar em qualquer setor de enfermagem, vez que os procedimentos são sempre similares; que a reclamante já havia participado, como espectadora, de diversos exames no setor de Raio X, e somente após passou a atuar sozinha no auxílio ao médico; que antes do atendimento que ocasionou a fatalidade, já havia participado de procedimento semelhante, mesma espécie de exame, conforme prontuário médico da paciente Edvanda, que a reclamada faz anexar aos autos; que o médico solicitou à reclamante que fornecesse o contraste yopamiron, mas ela forneceu o contraste urografina, o que resultou em choque e morte da paciente; que ainda que o médico não tivesse solicitado o contraste, subsistiria a responsabilidade da reclamante, que conhecia o procedimento de rotina do setor e recebeu orientação quanto aos tipos de contraste a serem utilizados, sabendo que eram de dois tipos diversos; que agiu com negligência ao não se informar quanto às finalidades dos contrastes diversos, ao executar procedimento básico de enfermagem; que estava sob supervisão de enfermeira padrão, e, nos termos do código de ética, deveria ter exigido explicações técnicas à enfermeira, ou se recusado a desenvolver a atividade, se não tivesse preparo para isso; que seu maior erro foi exercer a função com displicência, realizando procedimentos enquanto tinha dúvidas quanto aos mesmos; que com toda a sua formação técnica, jamais poderia ter fornecido medicação com dúvida; que recebeu treinamento para operar todos os equipamentos do centro de imagem, inclusive a aparelhagem de Raio X. Requer a manutenção da justa causa aplicada à reclamante, com expedição de ofícios ao Ministério Público e COREN.

O caso em exame mostra-se por demais tortuoso, e angustiante sua análise, na medida em que cumpre ao Colegiado Trabalhista a apreciação de uma questão de saúde pública, que tem sido tratada com desleixo pelas

próprias autoridades competentes. É extremamente triste imaginar que qualquer um de nós, cidadãos comuns não afeitos ao mundo de branco, se põe em condições de sofrer morte súbita, não obstante não seja portador de doença fatal, diante do caos que atravessa o sistema nacional de saúde. É um absurdo que ocorram casos como tais em hospitais bem conceituados como o reclamado, entidade beneficente, com fundamentos cristãos, dirigida também (e como um de seus fundamentos) ao atendimento de pessoas carentes, que não dispõe de meios para obtenção de outros tratamentos de saúde que não o público.

Assim, liminarmente, diante da gravidade das consequências do caso em análise determina-se que *expeçam-se os seguintes ofícios imediatamente e independente do trânsito em julgado da presente decisão*

a) ofício ao Ministério Público Estadual, para apuração de responsabilidades pela morte da paciente ANA ROSA MENDES DE SOUZA, encaminhando-se cópias da inicial, defesa, prontuário médico de fls 315/316, depoimentos das partes e das testemunhas e da presente decisão,

b) ofício ao Conselho Regional de Enfermagem, para apuração da responsabilidade técnica da reclamante, como profissional integrante dos quadros da equipe de enfermagem daquela entidade de classe, acompanhando-se dos mesmos documentos supra referidos,

c) ofício ao Conselho Regional de Medicina, para apuração de responsabilidade técnica do médico que efetuou o procedimento que levou a óbito a paciente, com as cópias das peças mencionadas no item “a” supra

Cumpra-se, com urgência

Retornando-se ao controvertido dos autos, passa-se a análise teórica da imputação de justa causa feita a reclamante

A Justa Causa, *lato sensu* pode ser definida como o efeito emanado de ato ilícito de uma das partes contratantes, que, segundo a sua natureza ou repetição representa seria violação dos deveres atinentes ao contrato, autorizando a rescisão contratual do empregado, estavel ou não, sem ônus para a parte que não deu ensejo ao término do contrato

São características do Instituto

a) a enumeração legal e taxativa (arts 482 e 483 da CLT, artigos 158, 240, 432, 508, 722 e seguintes da CLT, arts 14 e 15 da Lei 7783/89, Lei 8 207/90 e Decreto 95 247/87), não podendo ser extrapolada,

b) a imediatidade (ou atualidade) entre a falta cometida e a reação contrária, o que não exclui o tempo necessário para averiguações da autoria do ato, sendo pelo tempo necessário, de acordo com a estrutura de cada empresa,

c) que a falta cometida seja de tal gravidade que impeça a continuação do contrato de trabalho, havendo de ser observado que a repetição constante de faltas leves, devidamente punidas, também pode levar a rescisão por justa causa, relação de proporcionalidade entre o ato faltoso e a punição,

d) a inexistência de perdão quanto a falta cometida, seja tácito ou expresso, a falta cometida deve ser punida, com o rigor necessário, imediatamente, pena de configurar-se o perdão tácito, vez que não pode subsistir eternamente sob pena de injusta opressão aquele que cometeu a falta,

e) existência de relação de causa e efeito (*nexo causal*) entre a falta e o despedimento, chamado na doutrina também de “determinância” (Giglio),

f) que o mesmo fato não tenha sido punido de outra maneira (*non bis in idem*),

g) finalmente, que sejam apreciadas as condições objetivas (fatos e circunstâncias materiais que envolveram a prática do ato faltoso) e subjetivas (personalidade – antecedentes, aspecto cultural, etc – do agente) do caso

A reclamante foi enquadrada na alínea “e” do artigo 482 da CLT – desidia no desempenho das respectivas funções

In casu, o Colegiado entende que restaram preenchidos os requisitos legais para a aplicação da pena de demissão por justa causa. Senão, vejamos

A reclamada observou a enumeração legal taxativa, enquadrando a reclamante dentro de uma das figuras arroladas no artigo 482 da CLT Frise-se que desidia nada mais e do que o desleixo no cumprimento do dever laboral, a falta de diligência normal no desempenho das atividades Conforme a doutrina de Jorge Severiano e a figura que mais se aproxima da culpa, sendo *o mesmo que negligencia e negligencia e uma forma de culpa Consiste a negligencia na falta de vontade firme e persistente de que cada um deve estar animado para evitar tudo que possa ser nocivo aos interesses do empregador* ⁽¹⁾ Segundo Wagner D Giglio a desidia do empregado *consiste na falta de cumprimento no exercicio de suas funções do dever de trabalhar diligentemente* ⁽²⁾

Ora, a reclamante era profissional habilitada junto ao Conselho Regional de Enfermagem COREN para desempenhas as atividades de auxiliar de enfermagem e de tecnico de enfermagem, tendo frequentado mais de dois anos de curso tecnico profissionalizante, como ela propria admitiu em depoimento pessoal, alem de contar com vasta experiência de quase dez anos de atividade na area de enfermagem Que se poderia esperar dela, portanto, que não o cumprir diligentemente suas funções como membro da equipe de saude? Se exige-se do empregado comum que trabalhe com diligência na produção de bens de consumo, como não exigir ainda maior rigor quando o trabalhador especializado esta a lidar com vidas humanas que tem valor inestimavel e que, apos perdida, não ha como recuperar?

Gize-se que o Código de Etica dos Profissionais de Enfermagem que ela tinha o dever funcional de conhecer e que foi juntado aos autos pela propria reclamante, estabelece as seguintes responsabilidades aos profissionais de enfermagem

Art 16 – assegurar ao cliente uma assistencia de enfermagem livre de danos decorrentes de impericia negligencia ou imprudência

Art 17 – avaliar criteriosamente sua competencia tecnica e legal e somente aceitar encargos ou atribuições quando capaz de desempenho seguro para si e para a clientela

⁽¹⁾ Citado por Wagner D Giglio, *in* *Justa Causa*, 5ª edição, São Paulo, LTr, 1994, p 126

⁽²⁾ obra citada, pag 128

Art 18 – manter-se atualizado ampliando seus conhecimentos técnicos científicos e culturais, em benefício da clientela coletividade e do desempenho da profissão

Art 19 – omissis

Art 20 – Responsabilizar-se por faltas cometidas em suas atividades profissionais, independente de ter sido praticada individualmente ou em equipe”

Ora, a reclamante alega que não tinha treinamento específico para atuar naquela área hospitalar, mas não recusou-se ao desempenho da atividade, como era de sua responsabilidade e direito, nos termos do Código de Ética de sua profissão (artigos 7º e 16). Ainda, ao assumir interinamente outro setor ao qual não estava habituada, não buscou atualizar-se, e nem obter informações técnicas de como proceder.

Causa espanto a simplicidade com que foi tratada a questão, pela reclamante, como se tratasse-se de um mero erro sem maiores consequências. Vejam-se trechos de seu depoimento pessoal:

“2 – que a depoente chamou a paciente que estava internada e montou a bandeja para a mielografia, colocando inclusive o contraste urografina, que era o mais utilizado, 3 – que pôs a bandeja sobre a mesa, e foi posicionar a paciente (omissis), 10 – que a depoente já havia auxiliado no setor de Raio X outras vezes, mas nunca havia montado a bandeja, só auxiliando no trato com o paciente e na lavagem do material, 11 – que sabia que existiam dois contrastes mas a única diferença conhecida pela depoente é que um deles custava três vezes mais que o outro 12 – que na ocasião a enfermeira – técnica responsável pela reclamante - estava na sala do lado, 13 – que a depoente não indagou a enfermeira o tipo de medicamento que deveria ser usado 14 – que o médico não solicitou o medicamento pelo nome 15 – que pelo que estudou a depoente sabia o material básico a ser utilizado para aquele procedimento 16 – que a depoente estudou um ano para auxiliar de enfermagem e um ano e meio para técnico de enfermagem 17 – que não lhe ocorreu de perguntar qual dos contrastes deveria ser usado ou de colocar os dois na bandeja, entendendo que o médico, que era muito meticoloso, ia avaliar se estava correto, (omissis), 20 – que reconhece como sua a caligrafia lançada no prontuário de fls 317, e realçado por caneta marca texto 21 – que nesse exame a chefe da depoente montou a bandeja e

serviu o médico, sendo que a depoente só segurou o paciente e preencheu o prontuário, 22 – que quando tinha alguma dúvida quanto ao procedimento, consultava a enfermeira” (fls. 441).

Restou evidente que a reclamante não tinha certeza quanto ao medicamento a ser colocado à disposição do médico, mas também não consultou a enfermeira responsável, e nem o médico; ao colocar na bandeja, *sponte propria*, e sem ter certeza do procedimento, medicamento que não sabia se podia ser utilizado – restando claro que sabia que existiam dois tipos de medicamento disponível, e que não procurou informar-se a respeito do uso dos dois -, a reclamante agiu com negligência, vez que não se preocupou com as conseqüências de seu ato. Ora, afinal, tinha 50% de chances de acertar!!!! Deixou ao alvedrio do médico conferir ou não o medicamento; não aguardou que ele o solicitasse; não pediu que conferisse; não perguntou qual era o medicamento adequado; também não levou os dois para a escolha do médico; muito menos preocupou-se em consultar a enfermeira responsável, e ao manifestar-se sobre a contestação buscou direcionar a culpa do ato para a enfermeira, que não a supervisionou direito. Ao prestar depoimento, chegou a ponto de comparar o procedimento de rotina de montar a bandeja com o procedimento de uma cozinheira que prepara uma receita de arroz – embora não tenha sido registrado na ata. que contém apenas a resenha do que foi dito. isso não pode ser esquecido pelos membros do Colegiado. Provavelmente, equipara seu erro ao da cozinheira que põe açúcar no arroz, ao invés de colocar sal. Em suma: não agiu com a responsabilidade que o cargo ocupado exigia – agiu, pois, de forma desidiosa. Deslembrou-se que a integridade física da paciente também estava sob sua responsabilidade, como componente da equipe de saúde, e que a responsabilidade do procedimento é de toda a equipe, e não somente do médico, e que compete a cada membro da equipe *assegurar ao cliente uma Assistência de Enfermagem livre de danos decorrentes de imperícia, negligência ou imprudência* – artigo 16 do Código de Ética.

Releva notar aqui que não está em julgamento a conduta do médico, não nos cabendo emitir juízo de valor a respeito de seu procedimento, mas sim do procedimento da reclamante, em face da provocação do Poder Judiciário pelo ajuizamento da ação trabalhista.

Muito importante ressaltar ainda que a reclamante diz que não tinha ciência de qual dos contrastes deveria utilizar, mas o prontuário médico de fls. 317 desmente essa assertiva. Veja-se que dali consta lançamento de procedimento idêntico (e anterior) ao que foi submetido a paciente que veio a

óbito, anotação feita pela reclamante, como ela mesma confessou, nos seguintes termos:

“17:50 – realizado mielografia – mesmo exame a que foi submetida a paciente que veio a óbito - pelo Dr. Márcio; anestesia local, e injeção contraste yopamiron – contraste diverso do que foi colocado na bandeja pela reclamante no fatídico dia - no canal medular; manter paciente em repouso e cabeceira levantada por 6 horas – Ronise”

Referido prontuário é datado de 17 de março de 1999, nove dias antes do fatídico procedimento que levou a paciente Ana Rosa a óbito.

A respeito do conhecimento técnico da reclamante, e do exame referido no parágrafo anterior, a testemunha da reclamada, que era a enfermeira responsável pelo setor onde a reclamante laborava (centro de imagens), asseverou o seguinte:

“3 – que a reclamante trabalhava no setor, sendo que foi treinada para trabalhar em todos os aparelhos; 4 – que no setor de Raio X a reclamante acompanhou vários exames junto com outras funcionárias; 5 – que a reclamante tinha conhecimento técnico para montar uma bandeja; 6 – que a depoente não disse quais os medicamentos que deveriam ser colocados na bandeja, mas a reclamante sempre foi orientada a consultar qualquer dúvida com a depoente; 7 – omissis, 8 – que a anotação do prontuário é feita necessariamente por quem participou do procedimento, 9 – que no procedimento relatado no prontuário de fls. 317 a reclamante com certeza participou do procedimento, e deve ter sido ela a montar a bandeja” (fls. 442)

A reclamante não agiu com a cautela que sua função exigia, e outra não pode ser a classificação de seu ato, que não desidioso, o que ora se declara.

Quanto aos demais requisitos legais:

A imediatidade (ou atualidade) foi observada, no caso em espécie, vez que entre o ocorrido e a demissão decorreu apenas o tempo necessário para apuração dos fatos e responsabilidade.

A gravidade que impede a continuação do contrato de trabalho e patente na medida em que a reclamada não tem mais como manter em seus quadros profissional de enfermagem que, por não observar procedimento técnico básico e nem tampouco o código de ética da profissão, contribuiu para o óbito de paciente. Releva notar também as nefastas consequências para a entidade reclamada, em relação a sua boa imagem diante da população local, se mantem ditos profissionais atendendo em suas dependências

A inexistência de perdão tácito ou expresso e patente, não merecendo sequer comentários pelo Colegiado. Do mesmo modo, em relação a existência de relação de causa e efeito (*nexo causal*) entre a falta e o despedimento sendo que este foi a consequência daquela. Igualmente não houve punição ao fato de qualquer outra maneira (*non bis in idem*)

Apreciadas as condições objetivas (fatos e circunstâncias materiais que envolveram a prática do ato faltoso), e subjetivas (aspecto cultural da agente), conclui-se que a reclamante tinha condições de evitar o fato se tivesse agido com a cautela que sua profissão exige, mormente por ser profissional técnico qualificado, com curso específico na área, e treinamento ministrado pela enfermeira responsável (primeira testemunha)

Por todos os ângulos que se analise a questão, enfim, não há como reverter a punição de dispensa por justa causa aplicada a reclamante, restando mantida pelo Colegiado

Rejeita-se nesses termos, o pedido de item “a”

Indevido o pagamento de aviso prévio indenizado, férias proporcionais (art. 146, parágrafo único da CLT), salário trezeno proporcional (artigo 7º do Decreto 57.155/65), multa de 40% sobre os valores fundiários, liberação do saldo do FGTS, entrega das guias para percepção de seguro desemprego. Rejeitado o pedido de item “n”

Defere-se o pagamento de saldo de salário do mês de março de 1999 autorizando-se o abatimento dos valores pagos ao mesmo título, inclusive nos autos da Ação de Consignação em Pagamento que foi distribuída a 2ª JCI de Londrina, e resolvida por acordo (fls. 432). Não se aplica ao caso o artigo 467 da CLT vez que os valores foram pagos antes mesmo da audiência inicial nesses autos de reclamação trabalhista

Acolhido, parcialmente, o pedido de item “h”

Indevida também a multa pelo atraso no pagamento das rescisórias, na medida em que a reclamante que recusou-se a receber as parcelas diante do sindicato, e a reclamada propôs ação de consignação em pagamento para evitar a mora. Rejeitado o pedido de item “l”

2. DIFERENÇAS DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A reclamante busca seja a reclamada condenada no pagamento de diferenças de adicional de insalubridade, ao fundamento de que era calculado sobre o salário mínimo, quando o correto seria sobre seu salário contratual

Em que pesem seus argumentos, não lhe assiste razão, vez que o dispositivo constitucional invocado não teve o condão de alterar o dispositivo celetário que regulamenta o assunto

Neste sentido, já decidiu o C TST

“A base de incidência dos percentuais relativos ao adicional de insalubridade continua a ser o salário mínimo, após a promulgação da CF de 1988” (TST. E-RR 5 591/89 9, Cnéa Moreira, Ac SDI 2 377/95)⁽³⁾

BASE CÁLCULO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE O texto constitucional ao vedar a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, teve como destinatário os preços e tarifas públicas, sem alcançar os créditos trabalhistas e débitos contratuais A base de cálculo do adicional de insalubridade, mesmo após a Constituição/88, é o salário mínimo ()” (TST-RR-175 469/95 6-RS - Ac 3ª T 4 917/96 - Rel Ministro Jose Zito Calasãs - DJU 02/08/96)

Rejeitam-se, assim, os pedidos da autora, de letras “b” e “e” da inicial. A análise do pedido de item “d” resta prejudicada, diante da desistência da reclamante

⁽³⁾ Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho. Valentin Carrion. Edição em CD ROM. 2ª edição. São Paulo. Saraiva. 1997. Informa o autor ainda que esta e também a Orientação Jurisprudencial da SDI TST

3. DIFERENÇAS DE ADICIONAL POR PLANTÃO A DISTÂNCIA

A reclamante alegou que os adicionais de 1/3 devidos por plantões a distancia não foram corretamente pagos na forma das Convenções Coletivas de Trabalho existindo diferenças em seu favor

A reclamada afirma que procedeu ao pagamento do devido na proporção dos dias em que a reclamante efetivamente permaneceu de plantão

A reclamante não nega a prestação em plantões nos moldes alegados pela reclamada, também não prova que fizesse plantões em tempo superior a uma semana, ate mesmo inviabilizando a prova, na medida em que não dimensionou o numero de plantões prestados, na inicial

Quanto a sua alegação de que não ha previsão convencional de pagamento proporcional, não procede, na medida em que por obvio o direito assegurado pela Convenção Coletiva de Trabalho e de pagamento relativo aos dias de plantão, e não a todos os dias do mês, sendo que a reclamante esta dando interpretação extensiva aos termos do que foi acordado coletivamente

Rejeita se em consequencia o pedido de item f e respectivos reflexos de item g

4. FGTS

A reclamada não nega sua situação de irregularidade em relação aos depositos do FGTS

Acolhe-se assim parcialmente o pedido de item i para condenar a reclamada a proceder aos depositos dos valores fundiarios da reclamante relativamente aos meses apontados na inicial, devendo comprovar a regularidade em cinco dias apos o transito em julgado

A multa requerida no item "j" da inicial tem caracter administrativo, e não e aplicada pelo Colegiado, mormente em se tratando de determinação de efetuar depositos

Sobre as verbas acima deferidas, deve ser calculado e depositado o FGTS correspondente, acolhendo-se, nesse particular e nesses estritos termos, o pedido de item “k”

Percentual de 8%, mais juros, correção monetária e multas a serem calculadas pelo órgão gestor. Em caso de recusa no cumprimento da obrigação de fazer procedeu-se a apuração dos valores como verba trabalhista através de liquidação por cálculos, com posterior recolhimento a conta vinculada

5. PIS

Esta Junta é competente para a apreciação do feito, nos termos da jurisprudência já cristalizada através do I nunciado 300/TST

O pedido é fulcrado em diferenças salariais que não foram deferidas e como acessório, segue a sorte do principal, restando também indeferido

Ainda que assim não fosse, observa-se que a reclamada cumpriu a obrigação de cadastramento da autora no PIS, o que não é negado. Ora bem. No período imprescrito, o Programa de Integração Social já estava sendo regido por novas regras, impostas pela Constituição Federal. Diante dos novos ditames constitucionais, só fariam jus ao abono anual do PIS os empregados que, dentre outras condições, percebessem remuneração mensal inferior a dois salários mínimos – o que não era o caso da reclamante, que percebia remuneração mensal média bem superior a esse valor.

Também por esse motivo, rejeita-se o pedido da autora.

6. MULTA CONVENCIONAL

Não restou demonstrado que, no caso dos autos, a reclamada tenha descumprido qualquer das cláusulas convencionais invocadas pela reclamante.

Rejeita-se o pedido de item “p”

7. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Ausentes os requisitos da Lei 5.584/70, autorizadora do deferimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, quais sejam, assistência sindical e percepção de salário inferior à dobra do mínimo legal, ou impossibilidade financeira de arcar com as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, indeferem-se os honorários advocatícios pleiteados.

Ressalte-se que a Lei 8.906/94 não revogou a Lei 5.584/70, e nem garantiu o recebimento de honorários pelo advogado no âmbito desta Justiça Especializada. O art. 133 da Constituição Federal, por sua vez, não concede aos advogados que militam nesta Justiça Especializada o direito à fixação de honorários advocatícios.

Indeferem-se, também, os benefícios da Justiça Gratuita, vez que inexistente declaração de insuficiência econômica firmada pelo próprio reclamante, ou concessão de poderes especiais a seu procurador, para o fazer.

8. REMUNERAÇÃO DA AUTORA

A remuneração da reclamante foi fixada para cada item deferido. Nada mais a deferir.

9. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS

Não vislumbra este Colegiado tenha a reclamada cometido infrações que justifiquem a expedição de outros ofícios aos órgãos fiscalizadores, além daqueles já notificados quando da propositura da ação.

Indefere-se.

10. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ

Não restou provado que a reclamante tenha se recusado a receber as verbas rescisórias apenas para obter posterior vantagem financeira; ao contrário, o que se deduz dos autos é que a reclamante não se conformava com a forma como se dava a rescisão contratual, e por isso recusou-se a receber as parcelas que a reclamada dispunha-se a pagar.

Rejeita-se o pedido da reclamada, de que se aplicasse à reclamante a penalidade por litigância de má fé.

11. COMPENSAÇÃO

A compensação, como matéria a ser alegada em sede de contestação, se dá entre parcelas de igual natureza.

Autoriza-se, portanto, a compensação de valores já pagos ao mesmo título dos que foram deferidos nestes autos.

12. CONSIDERAÇÃO FINAL

Registre-se o repúdio do Colegiado aos termos eufemísticos utilizados na carta de dispensa encaminhada à reclamante, onde fez constar que a reclamante havia ocasionado “prejuízos” ao paciente, ao fornecer medicação errada, quando à data da emissão da correspondência a paciente já havia falecido por conta do choque causado pela medicação incorreta. A linguagem utilizada pela reclamante beira o desrespeito à vida ceifada.

III. Dispositivo

Diante do exposto, resolve esta 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Londrina, por maioria de votos, decretada a prescrição parcial, observada a trintenária do FGTS, ACOLHER EM PARTE os pedidos formulados na reclamação trabalhista movida por RONISE GRACILENE ARCINI FERREIRA em face de IRMANDADE DA SANTA CASA DE LONDRINA, para condenar a reclamada ao pagamento de saldo de salários (item 1), bem como a proceder aos depósitos fundiários que se encontram em atraso (item 4).

Tudo nos termos da fundamentação supra, parte integrante deste dispositivo.

Liquidação de sentença mediante cálculos.

Juros a partir do ajuizamento da ação, e correção monetária observada a época própria de exigibilidade de cada parcela deferida, na forma da lei (artigos 145, 459, parágrafo único, e 477, parágrafo sexto, todos da CLT, e Leis 4.090/62 e 4.749/65).

Em interpretação ao disposto no art. 114 da Constituição Federal, este órgão colegiado entende que falece competência à Justiça do

Trabalho para ordenar o desconto e retenção de parcelas referentes ao imposto de renda. Declara-se, assim, de ofício, sua incompetência para apreciar tal matéria. De acordo com o estabelecido nos Provimentos emanados da Corregedoria do Egrégio TRT da 9ª Região, bem como do Colendo TST, determina-se que, tornando-se imutável a conta de liquidação, expeça-se ofício à Receita Federal, a fim de que esta proceda ao levantamento das importâncias devidas e promova a cobrança, como é de sua competência exclusiva.

Quanto aos descontos previdenciários, o Colegiado declara-se competente, diante dos termos do parágrafo terceiro do artigo 114 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional no. 20, de 16.12.98. Determina-se, assim, que, ao final da execução, a reclamada comprove os recolhimentos previdenciários devidos. Os valores serão de responsabilidade da reclamada, a teor do artigo 33, parágrafo 5º, Lei 8.212/91. Informe-se, em seguida, ao INSS, para que apure eventual diferença existente. Observem-se as tabelas e alíquotas pertinentes, apurados os valores mês a mês.

Custas, pela reclamada, no importe de R\$ 60,00, calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação de R\$ 3.000,00, sem prejuízo de complementação ao final.

Cumpra-se em 08 dias, após o trânsito em julgado.

Cientes as partes.

Nada mais.

ANA PAULA SEFRIN SALADINI - Juíza do Trabalho -
NILSO PAULO DA SILVA - Juiz Classista Repres. dos Empregados -
OCTAVIANO RODRIGUES MOREIRA JÚNIOR - Juiz Classista Repres. dos Empregadores.

2ª JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE CASCAVEL/PR

TERMO DE AUDIÊNCIA

Autos nº 2.146/1999

Aos 20 dias do mês de março do ano 2.000, às 17h46min, na sala de audiências desta Junta, sob a presidência do M.M Juiz do Trabalho, Dr. ARMANDO LUIZ ZILLI, presentes o Senhor JOSÉ ROSELANO MORETTO, Juiz Classista temporário Representante dos Empregados, e o Senhor MANOEL PEREIRA GOES, Juiz Classista representante dos Empregadores, foram apregoados os seguintes litigantes: ROSANA NUNES SOARES reclamante e TELECENTROSUL – TELECOMUNICAÇÕES DO PARANÁ S/A reclamada.

Ausentes as partes.

Submetido o processo a julgamento, formulada a proposta visando a solucionar o conflito subjetivo de interesses, colhido o voto dos Srs. Juizes Classistas, pela Junta foi proferida a seguinte

SENTENÇA

Vistos, etc.

I - RELATÓRIO

Trata-se de demanda proposta por ROSANA NUNES SOARES qualificada no item 02 da peça de ingresso, em face de TELECENTROSUL – TELECOMUNICAÇÕES DO PARANÁ S/A objetivando após a exposição da causa de pedir as pretensões declinadas em fl. 08. Protestou pela produção de prova e atribuiu à causa o valor de R\$ 900,00. A reclamada regularmente notificada apresentou defesa. Alegou inépcia da petição inicial, e ainda como prejudicial de mérito a prescrição quinquenal. Após contestou os demais pedidos formulados pela reclamante. Protestou pela produção de provas e impropriedade das pretensões.

Com a contestação documentos foram juntados, e que foram objeto de manifestação

Dispensado o depoimentos pessoal da reclamante

Depoimento pessoal do reclamado

litigantes
Dispensada a produção de prova testemunhal por ambos os

As propostas conciliatorias restaram todas infrutíferas

Razões finais remissivas e determinado julgamento

Convertido o feito em diligência, determinando ofício ao INSS para que apresentasse cópia do processo administrativo da reclamante

Designada nova audiência para encerramento de instrução

Apresentado os documentos, estes foram objeto de manifestação pelas partes

remissivas
Encerrado o ato instrutorio e razões finais novamente

Esta seria a breve resenha dos fatos e exposto o conflito

II – DECIDE-SE

I) PRELIMINARMENTE

Determina-se a retificação da autuação e demais assentamentos para que conste TELEPAR – TELECOMUNICAÇÕES DO PARANA S/A Tal medida se faz necessaria posto que toda a contratação se operou com tal empresa, sendo que a TELE CENTRO SUL possui participação societária naquela que foi o efetivo empregador da reclamante, inclusive consoante se observa em fl 55

II) – QUESTÃO PREJUDICIAL DE MÉRITO -
PRESCRIÇÃO

A questão da prescrição será analisada em conjunto com a decisão referente a reintegração, tendo em vista que posição deste juízo é no sentido de que a mesma conta-se a partir do desligamento do empregado. Ora, se este juízo reconhecer a nulidade da demissão o contrato de trabalho permaneceu existindo nos seus efeitos e portanto, conta-se a partir do ajuizamento do feito. Destarte, a matéria prescricional será analisada no tópico pertinente.

III) – PREJUDICIAL DE MÉRITO – INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 118 DA LEI N. 8.213/91

Alega a reclamada a inconstitucionalidade do artigo 118 da lei n. 8.213/91. Não prospera a tese patronal, posto que já foi pacificada no Supremo Tribunal Federal, que entendeu que a regra é constitucional, ao indeferir a liminar na ADIN n. 639-8/600, sessão plenária de 22/05/92 (decisão unânime – Rel. Moreira Alves). Vários são os fatores que levam a tal interpretação jurídica e que estão totalmente de acordo com o texto constitucional. A primeira delas diz respeito ao fato que a regra não se dirige a toda uma coletividade de trabalhadores de forma irrestrita, mas sim a situações específicas.

Em contrapartida, os direitos sociais são princípios fundamentais e como tal tem aplicação imediata. O artigo 7º, I, ao substituir a estabilidade decenal em nenhum momento quis impedir que fossem criadas outras regras mais benéficas e de proteção ao trabalhador. Ora, se pensarmos nesta perspectiva, deixaremos de aplicar um dos princípios basilares que seria aquele referente ao da proteção. Ora, o texto constitucional é um conjunto harmônico de regras que não podem ser analisados sob apenas um único ângulo.

Ao contrário, devemos visualizar a Carta da República em todo o seu conjunto. Se nos atentarmos a um dos seus fundamentos, veremos que a dignidade da pessoa humana esta retratada no artigo 1º. Nada mais digno para um cidadão de que uma garantia de trabalho após o seu retorno de um estado de incapacidade.

O artigo 193 também coloca que a saúde é um dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução dos riscos de doença. Ora, a criação de estabilidade do artigo 118 é uma forma de política social voltada para a saúde. Os valores sociais referentes a saúde em

nada diferem dos valores sociais do trabalho, sendo faces de uma mesma moeda que se completam. Não se pode negar tal direito, sem negar ao outro, não existindo incompatibilidade na regra invocada na defesa com a norma da previdência, posto que esta de acordo com os valores constitucionais. O SDI através da orientação n. 105 estabeleceu que a estabilidade provisória decorrente de acidente de trabalho é constitucional. No Curso de Especialização promovido pelo EMAGE em Santa Catarina no ano de 1998, o Juiz do Trabalho, Dr. Carlos Alberto Pereira de Castro, em suas aulas de Direito da Previdência Social lembrou que inclusive que existem doutrinadores que entendem na existência da lacuna da lei, ainda que certa norma criada por lei ordinária mesmo que expressa a sua necessidade por lei complementar, se não contrariar as finalidades da Constituição Federal, assume as peculiares deste tipo de legislação até a efetiva criação da regra O julgado abaixo e pontual:

“ESTABILIDADE DO ACIDENTADO. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO EM VIGOR. *A norma legal que prevê estabilidade ao acidentado não é incompatível com a Constituição Federal, pois o disposto em seu artigo 7º, inciso I, não obsta a criação de garantias de emprego destinadas à proteção de situações isoladas e específicas, como o acidente de trabalho, salientando que, longe de limitar os direitos de outros que visem a melhoria da condição social do trabalhador, conforme se infere do disposto no “caput” do dispositivo citado. Demais disso, a estabilidade conferida pelo artigo 118 da lei n 8 213/91 decorre do disposto nos artigos 194 e 201 da Constituição, e não do disposto no artigo 7º, inciso I, do mesmo diploma (TRT-PR-RO 2 178/98 – Ac da 5ª turma 16 880/98 – Rel Antônio Lúcio Zarbonello – DJPr 14/08/98)*

Portanto, como tal situação já está pacificada na jurisprudência, rejeita-se tal prejudicial

IV) - DO MÉRITO

A) DO PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO

a) Resenha do Conflito: A reclamante pretende a nulidade da demissão e a respectiva reintegração ao emprego. Alega em sua defesa que adquiriu doença profissional decorrente do exercício de trabalho com digitação. Alega que a respectiva estabilidade também estaria garantida através de norma coletiva. A reclamada alega que a doença adquirida não

implica em qualquer direito à reintegração, até porque quando do desligamento não encontrava-se inapta para o trabalho. Argumenta ainda que a referida doença não é considerada doença profissional do trabalho. Outrossim, também é reclamada se contrapõe a pretensão argumentando que não integra mais a administração pública indireta da União, sendo que independentemente deste fato, o poder de demissão estaria inerente posto que o regime de trabalho que é celetista. Da mesma forma, contesta a estabilidade invocada e que refere-se a garantia de emprego estabelecida no ACT 94/95, aduzindo em relação a esta última que a mesma não foi renovada nos anos posteriores.

b). Do direito à reintegração: A matéria suscitada pelas partes em razão da complexidade e dos fatores que são objeto de discussão, deve ser analisada em tópicos para melhor entendimento e visualização do assunto. Observemos:

QUESTÃO DA DOENÇA PROFISSIONAL:

Verificando a prova nos autos, constata-se que:

- Os documentos de fls. 339, 340 e 343 revelam que a autora sofreu acidente de trabalho, tendo o INSS concluído pela existência do correspondente nexos de causalidade. A autora recebeu alta do benefício em agosto/98, conforme informação fornecida na inicial e não impugnada pelo reclamado. O código utilizado para efeito de registro foi B (91) consoante f. 363 o que vem corroborar que tal benefício era referente à acidente de trabalho.

- Os documentos de fls. 390 à 399 do terceiro volume de documentos comprovam o histórico da doença profissional, inclusive que a reclamante sofreu processo de reabilitação. Todos os documentos indicam que a doença sofrida pela reclamante é tipicamente doença profissional, tanto que o INSS, órgão responsável pela análise da questão, reconheceu este direito.

- Os documentos de fls. 29, 30 e 31 (primeiro volume) e 399 à 316 do terceiro volume de documentos atestam que a reclamante sofreu um processo de reabilitação junto ao CRP – Centro de Reabilitação Profissional, tendo sido readaptada em outra atividade, inclusive conforme se comprova pelo documento de fl. 16 do primeiro volume.

- O documento de fl 393 atesta especificamente que a origem da doença ocorreu na reclamada sendo que o documento de fl 395 aponta que a reclamante possui limitações não podendo desenvolver atividades de digitação, bem como nos membros superiores

- A folha de evolução (fl 397 – verso) revela não era possível a reabilitação da reclamante em razão do setor de telefonia (grifo do juízo) estar sendo terceirizado e bem como que a partir de 06/98 estava entrando em operação um novo sistema de informática, no qual o próprio cliente faria o seu próprio atendimento. Estas questões vieram a tona em razão de visita do INSS em 26/05/98 tanto que o responsável da reclamada declarou que não seria possível utilizar a autora no mesmo cargo com as restrições respectivas

- O juízo através do despacho de fl 378 do segundo volume determinou que a reclamada comprovasse a questão prevista no artigo 93 da lei n 8 213/91, sendo que através da petição a reclamada confessou que a demissão decorreu da extinção do setor, sendo que a descrição de fl 382 em nenhum momento contempla empregado portador de DORT

- Foi deferido em julho/99 novo benefício previdenciário referente ao acidente trabalho ocorrido conforme se observa em fl 65 do primeiro volume de documentos

- O exame demissional declarando que a autora estaria apta para ser desligada contraria o próprio parecer emitido pelo INSS e constante em fl 65 do primeiro volume de documentos

Destarte, esta incontroverso que a doença adquirida pela reclamante foi reconhecida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social como acidente de trabalho ate porque este órgão e o responsável pelas concessões de benefício e porque o unico que tem competência para dirimir se determinada doença esta enquadrado nas hipoteses de lei n 8 213/91. De qualquer forma, temos que a doença adquirida pela autora e tipicamente de natureza ocupacional na forma descrita nos artigos 19 e seguintes da lei n 8 213/91, bem como, no Decreto - Lei n 2 172/97. O artigo 20 daquela norma tipifica

'Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades morbidas

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 do Trabalho e 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 diretamente, constante da relação mencionada no inciso I ()”

Comentando o artigo em epigrafe, Wladimir Novaes Martinez, acentua

“Da palida descrição legal resulta ser a doença profissional molestia ou enfermidade adquirida em razão do exercício peculiar do trabalho, por culpa do empregador, causando lesão ou perturbação funcional capaz de incapacitar o obreiro para sua atividade laboral ou ainda dificultar seu desenvolvimento, e se for o caso, invalida-lo ou leva-lo a morte (Comentarios a Lei Basica da Previdência Social - Ed LTr 4a Edição - p 161)”

O informativo da Secretaria de Saúde do Trabalhador e meio ambiente do Sindicato dos Trabalhadores nas Industrias Quimicas e Farmacêuticas de São Paulo e Sindicato dos Trabalhadores nas Industrias Plasticas de São Paulo esclarece os seguintes topicos sobre a Lesão por Esforço Repetitivo – LER ou Disturbios Osteomusculares Relacionadas ao Trabalho - DORT, conforme denominação conferida pela Ordem de Serviço do INSS n 606 de 08/08/98

“LER se manifesta devido as mas condições em que ocorre o trabalho e principalmente, a sua organização Entre os principais fatores temos trabalho empobrecido e repetitivo ritmo excessivo falta de pausas, excesso de horas extras, sobrecarga muscular baixas temperaturas, vibração, posições incômodas e posturas incorretas no trabalho provocadas entre outras causas por imobiliario inadequado”

Da mesma forma, o Sindicato dos Bancarios de Porto Alegre, publicou informativo conceituando a doença da seguinte forma

“As lesões por Esforço Repetitivo (LER) são um conjunto de doenças inflamatórias, não infecciosas (não são causadas por bacterias, virus

ou outros microorganismos), que podem atingir tendões, nervos, músculos e outras estruturas dos membros, pescoço e dorso. Trazem, como consequência, a perda da capacidade de realizar movimentos, de modo parcial ou total.”

Continuando, o referido informativo colaciona ainda

“A inflamação de tecidos do corpo humano é uma resposta do organismo a algum tipo de agressão. É uma defesa natural que se manifesta através de desconforto e dor, acompanhada de calor local, vermelhidão, inchaço, sendo estes sinais pouco visíveis em muitos casos de LER.

A recuperação das lesões exigem um determinado tempo para cicatrização. No entanto, a organização do trabalho bancário geralmente impõe uma contínua sobrecarga de atividades, e não permite que a cura se complete. Ao contrário, as lesões se somam a cada dia, tornando-se muito graves após um certo período de evolução.

Quando além dos movimentos repetitivos e exagerados acrescenta-se um ambiente hostil, autoritário e stressante, o sofrimento mental se manifesta por sintomas de depressão, sentimentos de desqualificação, desvalia etc. A soma destes fatores agrava ainda mais as dificuldades de recuperação do corpo. Em um ambiente assim, as doenças, principalmente as LER, são apenas uma questão de tempo.

A seguir, uma lista de fatores de risco para as LER.

- Fragmentação das tarefas e desenvolvimento destas através de movimentos simples e repetitivos,

- Exigências de produtividade,

- Volume e ritmo de trabalho acelerado,

- Falta de autonomia do trabalhador para controlar e determinar o seu modo particular de realizar tarefas,

- Longas jornadas de trabalho,

- Realização de frequentes horas extras,

- Impossibilidade de realizar pausas,
- Mobiliário e equipamentos inadequados gerando posturas incorretas,
- Ambiente desconfortável/temperatura abaixo de 21° C,
- Atividades que geram tensão e desprazer (doc Anexo) “

O empregador diante da ocorrência de funcionário com LER, segundo matéria “DESTAQUE” publicada no período CIPA-CONSULTA, n 257, deve adotar medidas corretivas do tipo

- “a) Introdução de pausa para descanso,
- b) Redução da jornada de trabalho ou do tempo de trabalho na atividade geradora da ler,
- c) Modificações no processo e na organização do trabalho visando a diminuição da sobrecarga gerada por gestos e esforços repetitivos, mecanizando ou automatizando o processo reduzindo o ritmo de trabalho e as exigências de tempo diversificando as tarefas,
- d) Adequação do mobiliário, máquinas, dispositivos, equipamentos e ferramentas às características fisiológicas do trabalhador, de modo a reduzir a intensidade dos esforços aplicados e corrigir posturas desfavoráveis na realização de gestos e esforços repetitivos, tais como desvio do punho (radiais ou ulnares) punho em flexão ou extensão, pronação ou supinação,
- e) Realização de estudo para análise ergonômica do trabalho ,
- f) Emissão de CAT realização de perícias, prevenção com cuidados médicos e educação do portador da afecção realização de exames periódicos, assegurar que o portador de LER não retorne ao trabalho com manifestações inflamatórias ainda presentes garantindo um período de afastamento suficientemente prolongado para a remissão completa do quadro, evitando terapias sintomáticas breves e insuficientes e a alta precoce, encaminhar o portador de LER para tratamento especializado, zelando pela adoção de medidas terapêuticas criteriosas e adequadas, e empenhar-se para

que o portador de LER voltando a alta após do tratamento, não retorne às mesmas atividades laborativas que deram origem a doença, recolocando em atividade compatível com seu estado físico, segundo as orientações contidas na NR 17, item 17.6.3 - subitem "c" (Portaria n. 3.751, de 23 de novembro de 1990/MTB)."

Vale destacar ainda, os sintomas relacionados com LER para termos noção da gravidade da situação e bem como, dos problemas emocionais que podem vir a resultar à pessoa:

"1-dor, inicialmente localizada num determinado seguimento distal (mãos, punhos, antebraços ou cotovelos) ou proximal (pescoço, região cervical, região dorsal e ombros), subseqüentemente, a dor alastra-se por um membro superior ou ambos, pela região cérvico-dorsal, pescoço e cabeça. Essa dor pode ser descrita como latejante, queimação, em peso, em alfinetadas,

2 - parestesia, incluindo sensações de pontada, agulhada, dormência, ardor, fraqueza, peso fadiga, queimação,

3 - sensação de frio nos membros superiores, mais especificamente em mãos e dedos;

4 - sensação de inchaço nos membros superiores, mais especificamente em mãos e dedos;

5 - sensação de enrijecimento muscular,

6 - sensação de câibras,

7 - variados graus de distúrbio do sono e acometimento psicológico,

Quanto as incapacidades mais comumente referidas pelos pacientes que temos avaliado destacam-se

1- diminuição da agilidade dos dedos, sentida principalmente na digitação, datilografia, contagem de dinheiro, folheamento de documentos, escrita,

2 - dificuldade para pegar, manusear ou segurar pequenos objetos, como agulhas, lápis, facas, colheres, garfos, saquinhos de leite, abotoar roupas, etc.

3 - incapacidade de permanecer sentado por muito tempo, pela dor no pescoço e cérvico-dorsal.

4 - dificuldade ou incapacidade para manter os membros superiores elevados, como nos movimentos para estender roupas no varal, segurar apoio em ônibus ou metrô, pentear cabelos, etc.

5 - sensação de peso para carregar bolsa ou tiracolo.

6 - dificuldade para escrever.

7 - dificuldade para segurar telefone.

8 - dificuldades para cortar legumes, mexer alimentos nas panelas, lustrar superfícies (por exemplo, arear panelas e esfregar paredes azulejadas), passar roupas, esfregar e torcer roupas.

9 - dificuldade para carregar peso moderado, como sacolas, bebs.

10 - falta firmeza para segurar objetos, mesmo leves, chegando a derrubá-los involuntariamente (o objeto simplesmente 'cai' da mão).

11 - dificuldade ou incapacidade para dirigir, (In Lesões por esforço Repetitivo pp 325/327, Maria Maemo Settimi e Miram Pedrolo Silvestre) '

Fora isto, em 1998 o Instituto Nacional de Seguridade Social publicou uma portaria onde estabeleceu alguns criterios sobre a propria questão da LER, que passou a ser denominada DORT (Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho) A referida ordem de serviço quando coloca os aspectos epidemiologicos especifica

Ha que se lembrar de que ao contrário de previsões feitas na decada de 80 a incidência de LER vem aumentando nos países industrializados nos quais as caracteristicas da organização do trabalho de

forma geral privilegiam o paradigma da alta produtividade e qualidade do produto em detrimento da preservação do trabalhador devido a inflexibilidade e alta intensidade de ritmo grande quantidade e alta velocidade de movimentos repetitivos falta de autocontrole sobre o ritmo do trabalho mobiliário e equipamentos ergonomicamente inadequados

A Constituição Federal assegurou no seu artigo 1º como principio fundamental “a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre concorrência” O proprio artigo 193, colocou “A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem estar e a justiça sociais” Nos direitos e garantias fundamentais, declarou que

“Art 7º

XXII - Redução dos riscos inerentes ao Trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança,

O Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização possuía as seguintes propostas

- Dentre os direitos sociais, previstos no artigo 13, figuravam saúde e segurança do trabalho (inciso XX), recusa ao trabalho em ambientes sem controle adequados de riscos, com garantia de permanência no emprego (inciso XXII), seguro contra acidentes laborais (inciso XXX), inclusive ao empregado doméstico quanto a garantia de emprego ao acidentado (artigo 14)

Comentando a matéria o professor Aníbal Fernandes, colaciona

“A Carta de 1988, repetindo formulas anteriores, declara o direito social do obreiro a higiene e segurança do trabalho (art 7º inciso XXII) Significa que são direitos do trabalhador - direitos humanos dele - prevenção e a reparação

O aprimoramento da legislação civil deveria prever, como especie de enriquecimento ilícito, a falta de medidas legais de prevenção pela empresa, ocorrendo o acidente Enriqueceu-se o mau patrão em detrimento da vítima, sua família e da concorrência (Acidentes do Trabalho, Ed LTR, p 154)”

A Consolidação das Leis do Trabalho é norma de ordem pública e de natureza indisponível, sendo que no artigo 157, estabelece que:

“Art. 157. Cabe as empresas:

I - Cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II - Instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto as precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III - Adotar as medidas que lhes seja sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV - Facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente;

A lei 8.213/91, coloca no artigo 19, parágrafo 1º, que a “empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.”

Já NR-1, criada pela Portaria 3.214/78 também fixa as responsabilidades do empregador no tocante a Segurança e Medicina do Trabalho, e ainda, que é obrigação patronal informar os trabalhadores sobre os riscos profissionais que podem se originar nos locais de trabalho, meios de evitar a aquisição de doenças e as medidas adotadas pela empresas, entre outras. Como já citado no item anterior, temos ainda a Portaria n. 3751/90 que também regula a matéria. Além dos dispositivos acima, vale lembrar das Convenções Internacionais do Trabalho, entre elas a 161, promulgada através do Decreto n. 127 de julho/91, e a Convenção 155, promulgada pelo Decreto 1254/94. É obrigação contratual condições dignas de trabalho e observância das normas supra citadas. Rui Stoco, escreve:

“A responsabilidade do patrão perante seus funcionários e contratual e segue a regra geral estabelecida no art. 159 do Código Civil, fundando-se no dolo ou na culpa.

O empregador, por força do contrato de trabalho que estabelece com o seu empregado, obriga-se a dar-lhe condições plenas de trabalho, no

que pertine à segurança, salubridade e condições mínimas de higiene e conforto

Se no decorrer da jornada de trabalho o empregado sofre danos decorrentes de ação ou omissão intencional, ou proceder culposo do empregador, responde este civilmente perante aquele.”(Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial - 2ª. ed. - Revista Ampliada - Revista dos Tribunais, cap. VII, item 21.01).”

Na lição de Délio Maranhão:

“as obrigações acessórias do empregador, e que estão previstas na lei, se referem, de um modo geral à prevenção dos danos que o empregado possa sofrer tanto física como moralmente pela execução do trabalho, à assistência e indenização quando tais danos ocorrerem, (...) (Instituições do Direito do Trabalho, Rio Freitas Bastos, 1981, p. 229) ”

Temos também que o artigo 93 da lei n. 8 213/91 fixa uma espécie de estabilidade anômala, com caráter eminente de proteção e com o fito de garantir tratamento adequado aos empregados portadores de doença e ainda beneficiários reabilitados. A regra é taxativa no sentido de que:

“Art 93 – A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção

<i>I – até 200 empregados</i>	<i>2%,</i>
<i>II – de 210 a 500</i>	<i>3%,</i>
<i>III – de 501 a 1 000</i>	<i>4%,</i>
<i>IV – de 1 001 em diante</i>	<i>5%,</i>

A dispensa de trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante ”

Portanto, a questão da reclamante não é tão simples, existindo uma série de fatores que deveriam ser analisados pela reclamada quando do desligamento

Observa-se que a mera questão de baixa produtividade neste binômio capital X trabalho não pode ser considerada em razão do contexto maior. Em que pese a existência das ideias de flexibilização, inclusive no tocante a própria questão da garantia de emprego, onde o princípio da continuidade da prestação de serviços, vem sendo substituído pela ideia da preservação da empresa como fator de crescimento econômico e motivo de impeditivo do desemprego. Marco Túlio Viana, em trecho na Revista LTr, acentua

“Não custa lembrar que a lei não é simples retrato da realidade. Se o fosse não teria essa importância que a economia lhe dá ao exigir flexibilizações. A lei não é neutra, imparcial ou anódina mesmo quando feita para manter o status quo, tem papel transformador, na medida em que o respalda e fortalece.” (LTr vol. 63, julho/99, 07/896)

Ora, em razão disso não há como reconhecer como válido o ato patronal posto que a demissão operou-se no período em que a reclamante encontrava-se em estabilidade anômala, conforme disposição contida no artigo 93 da lei n. 8.213/91. A defesa foi clara no sentido de que o desligamento operou-se em razão de processo de reestruturação e não foi considerado pela reclamada a condição da autora de reabilitada, bem como, não denota-se que não existiu contratação de outra pessoa que pudesse substituir a obreira ou mesmo estivesse em idênticas condições.

Não custa respaldar que a legislação acima mencionada permanece em vigor, sendo reconhecida pelo poder legislativo até porque de acordo com o texto constitucional que garante o acesso ao trabalho a todos os cidadãos. Isto se torna bastante evidente se fizermos uma breve leitura no Decreto 3.298/99, e que regulamenta a lei n. 7.853/99 e que trata da política de proteção à pessoa portadora de deficiência. A referida norma quando coloca os princípios e pontual ao afirmar que o estado deve buscar e assegurar mecanismos que permitam o pleno exercício de direitos básicos do texto constitucional. A empresa não é um órgão distante desta relação, inclusive por força do texto constitucional. O artigo 36 do decreto traz no seu bojo idêntica redação da lei n. 8.213/91, inclusive conceituando que o empregado reabilitado pelo INSS integra a situação descrita na lei.

Ora, em razão disso não há como reconhecer como válido o ato patronal e não nos faltam justificativas para tanto. Senão vejamos:

- A demissão operou-se no período em que a reclamante encontrava-se em estabilidade provisória, conforme disposição contida no artigo 118 da lei n. 8.213/91. A referida estabilidade encerrava-se em agosto/99. Logo, somente a partir desta data é que seria contado o respectivo aviso-prévio de 30 dias que venceria em setembro/99. O benefício previdenciário foi renovado no curso da estabilidade e portanto o direito da autora foi obstado em razão deste fato. A estabilidade ainda que provisória deve ser contada para efeito de tempo de serviço e portanto, se o contrato tivesse permanecido seguido o seu curso normal, novamente a reclamada seria afastada e não poderia ser demitida, inclusive com renovação da estabilidade acidentária por um período de um ano a contar do correspondente retorno. A jurisprudência assim se manifesta:

“DOENÇA PROFISSIONAL. GARANTIA DE EMPREGO. ARTIGO 118 DA LEI 8.213/91. Constatado, ainda que no curso do aviso-prévio, estar o trabalhador acometido de doença profissional, faz ele jus à garantia prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91. O fato de a empresa não ter ciência da doença, quando da dação do pré-aviso, não retira do empregado o direito previsto legalmente, porquanto este funda-se em responsabilidade objetiva. Recurso Provido. (TST-RR-243.630/96-5-MG – Ac. 2ª Turma – 10501/97 – Rel. Ministro Moacyr Roberto Tesch Auersvald – DJU 07/11/97)

- Estaria garantido a reclamante a estabilidade anômala do art. 93 da lei n. 8.213/91, já que está comprovado nos autos que a demissão não se operou por tais motivos descritos na correspondente norma.

Desta forma, defere-se a reintegração da reclamante aos quadros funcionais da reclamada no mesmo cargo, função e local de trabalho antes da demissão operacionalizada, tendo vista a nulidade do ato patronal, com o pagamento da remuneração (salário básico + gratificação pessoal antes de 30/11/96) desde o afastamento em 31/05/99 até a efetiva reintegração nos quadros funcionais da reclamada, observando é claro que se a autora estiver afastada por benefício previdenciário após o trânsito em julgado desta decisão, somente o ato será praticado após a correspondente alta do benefício.

O cálculo do pagamento do salário determinado no item anterior, também observará os períodos de afastamento da reclamante por

benefício previdenciário, até porque a responsabilidade do pagamento é vinculado a entidade previdenciário. Esclarece no entanto este juízo que eventual complementação de benefício não é objeto desta lide.

Não determinamos a inclusão do anuênio + abono acordo coletivo de trabalho 92/93 em razão do disposto na cláusula segunda do ACT 98/99 juntado pela própria reclamante.

Os salários deverão serem corrigidos pelos mesmos índices de reajustes concedidos aos empregados que exerceram a mesma função que a reclamante.

Fica garantida à reclamante todos os benefícios regulamentares estabelecidos antes da demissão e ainda aqueles que forem garantidos posteriormente aos empregados da reclamada, observada é claro as características específicas do cargo.

Da mesma forma, permanece o direito aos eventuais benefícios convencionais já garantidos e ainda aqueles que forem assegurados por outras normas autônomas (acordos, convenções ou sentenças normativas).

Da mesma forma, ficará onerada a ré ao pagamento do décimo terceiro salário e férias acrescidas com 1/3 constitucional desde o afastamento da autora em data de 31/05/99 até a efetiva reintegração. A reclamada deverá proceder ao recolhimento do FGTS do período anteriormente declinado em razão da nulidade da demissão imposta e inclusive no período de afastamento por benefício previdenciário posto que trata-se de acidente de trabalho.

Compensem dos valores ora condenados as parcelas pagas a título de indenização de reestruturação, bem como, aviso-prévio constante no documento de fl. 217.

Em relação à indenização de 40% a reclamada deverá comprovar o valor pago após o trânsito em julgado, no prazo de 05 dias, devendo ser intimada para a prática deste, sendo que no caso de omissão, presumir-se-á que o depósito não foi realizado.

Da mesma forma, o juízo deixa de analisar as demais questões suscitadas, tendo em vista que o exposto contempla a motivação do deferimento do pedido.

Em relação a prescrição, temos por entendimento que a mesma não deva ser contada a partir do aforamento da ação, mas sim a partir do desligamento do empregado. Sabe-se que a prescrição é um mal necessário como de garantia das relações sociais. Mas, como bem acentua Everaldo Gaspar Lopes de Almeida trata-se também de um instituto perverso, facilitador da apropriação indebita.

Vejamos o que este coloca

“e, sem sombra de dúvidas, um instituto PERVERSO, facilitador de APROPRIAÇÃO INDEBITA e de enriquecimento sem causa”
Mencionado jurista justifica a assertiva ponderando que, se as relações de trabalho são desiguais, “inaceitável a limitação ao exercício de um direito ou de uma ação sob o argumento que houve, por parte do empregado negligência, um descaso. E se nos limitarmos a experiência brasileira, onde as relações individuais de trabalho não são apenas conflituosas, mas hostis, os empregados não tem qualquer instrumento de garantia de emprego, os bolsões de miséria alcançam a casa dos trinta e dois milhões de criaturas (sem falar nos subempregados, e metade da população economicamente ocupada ganhando, no máximo um salário mínimo) o caráter social da prescrição reveste de hipocrisia” (In “A Proteção Jurídica do Trabalhador, Oswaldo Miqueluzzi, Alexandre Luiz Ramos e Edesio Franco Passos, Editora Gênesis, p. 68)”

A Constituição da República estabeleceu dois tipos de prazos prescricionais. Um que se refere ao bienal, fixando o limite de dois anos para o aforamento da demanda e outro de cinco anos, que se refere aos créditos trabalhistas. São prazos de natureza jurídica diferentes e que não se confundem, e devem ser contados independentemente, não podendo ser cumulados sob pena de haver uma dupla penalidade ao empregado.

“In casu”, o trabalhador teria dois prazos de prescrição correndo contra si, implicando em duplo prejuízo, o que é incompatível com os princípios do Direito do Trabalho. Da mesma forma o cálculo final da prescrição não seria mais de 05 anos a incidir sobre o crédito do empregado como estabelece o texto constitucional, mas tempo inferior. Na obra, ‘A Proteção Jurídica do Trabalhador’ existe uma comparação muito interessante, que vale a pena ser retratada.

“Poderíamos imaginar a prescrição como um farol traseiro de um trem em movimento. No curso do contrato, o trem vai avançando e o farol ilumina os cinco quilômetros precedentes. Quando o contrato termina apaga-se o farol do trem - mas acende-se outro no mesmo instante, num poste de ferrovia. Este farol é fixo, ilumina os últimos cinco quilômetros, que são sempre os mesmos. Não acompanha o trem, que continua o seu caminho. Por fim, dois quilômetros adiante, o trem passa por uma espécie de interruptor - que apaga a luz do farol fixo (Nilton Maia, apud Marcio Tulio Viana, in revista LTr 53-01/73)

Aliado a isto tudo, os tribunais patrios mantem entendimento semelhante, inclusive o c TST

“PRESCRIÇÃO O prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, previsto no art 7o., item XXIX, letra “a”, da CF/88, e o limite dado pelo legislador constitucional ao trabalhador urbano para propor ação em que reivindicara direitos trabalhistas até os últimos 05 anos. Portanto, não se pode inclui-lo neste lapso temporal, pois teria diminuído para 03, contrariando, desta forma, a vontade expressa do legislador constitucional, que foi a de deferir ao trabalhador o prazo prescricional de 05 anos para valer direitos oriundos da relação de emprego. Ao interprete não cabe limitar a eficácia das normas constitucionais de tutela ao empregado através de exegese restritiva, principalmente quando se trata de prescrição de créditos provenientes de relação de trabalho, de natureza alimentar e considerado por ela própria como valor fundamental da República Federativa (art 5o., #1o., item VI), base da ordem econômica (art 170) e primado de ordem social (art 193). TRT da 3a região - RO - 2 593/94 - 3a turma - Relator Juiz Antônio A. da Silva - DJMG de 17/11/94, *In Sintexe Trabalhista* n 68 - fev/95 - Jurisprudência Trabalhista, verbete n 6868)’

RECURSO DE REVISTA PRESCRIÇÃO Uma vez rescindido o contrato de trabalho, estão imprescritas todas as verbas compreendidas entre a data da extinção do contrato e os 05 anos anteriores, uma vez que não decorridos os dois anos após a rescisão. (TST - RR 117748 - Ac da 1a turma - 00008/95 - Rel Afonso Celso - DJU 24 03 95)

Neste caso em particular foi declarada a nulidade do contrato, sendo que os seus efeitos permaneceram existindo. Logo, não existiu rescisão contratual no seu estrito senso e assim os cinco anos deverão ser contados a

Os julgados abaixo são pontuais na questão

APURAÇÃO DE HORAS EXTRAS JORNADA REGISTRADA EM CARTÕES-PONTO DESCONSIDERAÇÃO DE MINUTOS INICIAIS IMPOSSIBILIDADE Todo o tempo registrado em cartões-ponto deve ser considerado como utilizado em favor do empregador, não importa se diretamente no desempenho de suas funções ou na preparação do empregado para o início efetivo da prestação de serviços. Se tal preparação é necessária, por óbvio o reclamado também dela se beneficia. A anotação de cartões-ponto visa exatamente o controle do tempo a disposição do empregador sendo inconcebível argumentar-se que mesmo anotados, parte da jornada registrada não pode ser considerada como tal. TRT-PR-RO 11 188/94 - Ac 4ª T 11 205/95 - Rel. Juiz Tobias de Macedo Filho - DJPR 12/05/95

JORNADA DE TRABALHO MINUTOS Minutos que antecedem ou sucedem a jornada de trabalho registrado nos cartões-ponto são devidos como horas extras aos empregados. O magistrado não está autorizado a retirar do obreiro o que este conquistou com seu labor. O tempo e a vida e o mínimo que se pode fazer e paga-lo integralmente a quem trabalha. Qual é a autoridade do Judiciário para dizer que poucos minutos nada representam, se foram trabalhados? TRT-PR-RO 1 324/95 - Ac 2ª T 503/96 - Rel. designado Juiz Luiz Eduardo Gunther - DJPR 19/01/96

MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO HORAS EXTRAS Impossível estabelecer-se que tempo registrado nos cartões possa ser desconsiderado. Em ordenamento jurídico como o pátrio, em que valorados, inclusive, os segundos (hora noturna reduzida), não há como desprezar as frações consignadas nos cartões-ponto, eis que representam tempo a disposição do empregador (artigo 4º da CLT). TRT-PR-RO 3 853/95 - Ac 2ª T 8 253/96 - Rel. Juiz Mario Antônio Ferrari - DJPR 26/04/96

Destarte defere-se

Horas extras excedentes da sexta diária, bem como, o tempo não compreendido nestes elastecimentos, mas que implicam em extrapolamento da trigesima sexta hora semanal. A partir de 26/03/99, excedentes da oitava diária, bem como, o tempo não compreendido nestes elastecimentos mas que implicam em extrapolamento da quadragésima hora semanal.

Os adicionais serão os convencionais, garantido o mínimo de 50%

b) Intervalo intrajornada Em relação ao intervalo intrajornada, temos que este seria de quinze minutos até 26/03/99, sendo que a partir daí, o tempo mínimo seria de 01 hora diária, consoante interpretação do artigo 71 da CLT. Esclarecido este tópico, temos que a autora informou que este constaria no registro de ponto. Por consequência, se não houver qualquer anotação e porque este não foi usufruído

Temos por entendimento que o intervalo deve constar no registro de ponto ou devera constar o período de fruição no correspondente cabeçalho do cartão de ponto. Caso a empresa não proceda desta forma, terá o ônus de apontar efetivamente que o empregado gozou do correspondente intervalo intrajornada. A jurisprudência assim se manifesta

“Descanso intrajornada Assinalação Embora a lei não exija anotação mecânica, eletrônica ou manual diária do intervalo intrajornada, ele ha de estar assinalado nos cartões ou controles de ponto, a fim de que se tenha conhecimento qual o horário destinado a tal mister (Ac do TRT - 2ª Região n 29201130611, rel Juíza Dora Vaz Trviño DOE 11 04 94, In Dicionário de Decisões Trabalhistas de B Cavalheiros Bonfim, 25ª ed , verbete 2596) ”

“Intervalos para repouso e alimentação Não cuidando o empregador de sua pre - assinalação, chama a si o ônus de demonstrar a sua existência”(Ac da 6ª turma - 1ª Região - Proc 20 485/93 - Rel Doris Castro Neves, DO/RJ de 14/12/95, p 231, In Dicionário de Decisões Trabalhistas, B Cavalheiros Bonfim, 26ª ed , verbete 1348) ”

Neste caso em particular, os registros de ponto atestam que a reclamante em muitas oportunidades não usufruiu de intervalo intrajornada, posto que não existe anotação em tais documentos, bem como, não consta no correspondente cabeçalho do controle de horário o período em que o empregado deveria usufruir o intervalo respectivo. A previsão convencional não isenta a reclamada de proceder a pre-assinalação

Destarte, a re não se desincumbiu do seu ônus de prova, devendo ser condenada ao pagamento de intervalo intrajornada no total de 15 minutos até 26/03/99 e a partir desta data o total de 01 hora diária

Não haverá pagamento se constar a devida anotação do intervalo no controle de jornada, sempre se atentando que se a jornada for inferior a 04 horas não há intervalo legal a ser concedido e horas extras devidas. Se for superior a 04 horas e inferior a 06 horas, o intervalo será de 15 minutos. Se for superior ou igual a 06 horas, o intervalo deveria ser de 01 hora diária.

Os intervalos deverão ser calculados em toda a contratualidade, observado o marco prescricional, posto que é entendimento deste juízo que antes da vigência da lei n. 8 923/94 a não concessão de intervalo, não tratava-se de infração administrativa, mas deveria ser recompensado com o pagamento de horas extras, posto que a finalidade do instituto era de recuperação do desgaste físico sofrido nas horas de trabalho. A sua não concessão implica em reparação que se materializa no pagamento de horas extras. O direito a concessão do intervalo é norma de ordem pública, que está diretamente relacionada com saúde do trabalhador. Ora, ainda que exista infração de ordem administrativa não podemos esquecer que existe também uma infração no plano do próprio contrato que poderá ter uma série de repercussões, principalmente no aspecto da saúde do empregado, que é o mais fraco desta relação. Logo, a melhor forma de reparação é o pagamento deste tempo como horas extras, no seu sentido literal, ou seja: hora base + adicional. Para corroborar o nosso entendimento em relação a matéria trazemos a baila as considerações de Mauricio Godinho Delgado:

“Há algumas poucas dúvidas que devem ser afastadas na interpretação do novo dispositivo legal

Em primeiro lugar, não desapareceu a infração administrativa, é óbvio. Ela continuará a existir, caso desrespeitado o intervalo intrajornada imperativo (art 75 da CLT). A norma jurídica concernente a tais intervalos, afinal, é de saúde e segurança laborais, mantida pela própria Constituição da República (art. 7º, XXII, da CR/88). Apenas ficou definido que o reconhecimento da infração administrativa não elide a necessidade específica sobre-remuneração ao obreiro decorrente esta da disponibilidade temporal frustrada no interior da jornada

Em segundo lugar, não se trata de remunerar o tempo não fruído de intervalo através do simples adicional de horas extras. A lei é clara, tendo criado, sem dúvida, a figura das horas extras fictas. O novo dispositivo (art 71, #4º) determina que o empregador ficará: “.... obrigado a remunerar

o período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (grifos acrescidos) O objetivo da lei ao sobrevalorizar esse tempo desrespeitado foi garantir efetividade (isto é, eficácia social) às normas jurídicas assecuratórias do essencial intervalo intrajornada para refeição ou descanso, por serem normas de saúde e segurança laborais, enfaticamente encorajadas pela Constituição (art 7, XXII, CR/88)

A inversão da crua equação econômica que favorecia o desrespeito conduziu a supervalorização do tempo de intervalo frustrado tornando a infração administrativa desaconselhável ao empregador (que detem a direção da prestação de serviço) ate mesmo sob a ótica estritamente econômico - financeira (Direito do Trabalho – Estudos – Coordenar Jose Affonso Dallegrave Neto - Ed LTr – pag 129 e 130)

O julgado abaixo e pontual

“O descumprimento do intervalo mínimo intrajornada, com prejuízo a saúde do trabalhador, não pode ser solvido como simples infração administrativa. Cuida-se de dupla infração administrativa e contratual. A primeira, sancionada pela administração através de multa. A segunda, por importar em violação do contrato, lesão ao direito individual, comporta reparação, cujo o melhor parâmetro indenizatório da lesão é a condenação ao ressarcimento como sobrejornada (TRT - 12a Região - Ac da 1a turma 1046/93 - Rel Juiz Antônio Carlos Faccioli Chedid, DJSC - 26/03/93, p 82)”

Destarte, defere-se

Horas extras decorrentes de intervalos não concedidos. Os adicionais serão os convencionais, garantido o mínimo de 50%

c) Intervalos Intrajornadas decorrentes do exercício de trabalho de digitação A reclamante alega que apesar de laborar no cargo de telefonista no exercício de suas atividades laborava com digitação. A reclamada, por seu turno, aduz que o empregado telefonista atende as chamadas e se for necessário utiliza o computador. Alega que a maior parte de sua jornada é despendida em conversa com o usuário.

E fato incontroverso que a autora utilizava o computador para o exercício de suas atividades, tanto que as normas coletivas que estabelecem

jornada diferenciada afirmam claramente a existência de terminal de vídeo em determinados setores de trabalho. O fato também esclarecido em audiência através do depoimento da preposta, bem como, tendo em vista os documentos referentes ao processo administrativo apresentado pelo INSS

Neste particular também cumpre respaldar que o ônus da prova quanto ao não exercício da função de digitação de forma contínua seria da reposta que incontestável a utilização do terminal de computador e o exercício da atividade de digitação (fato constitutivo do direito obreiro)

Ademais, não houve impugnação quanto ao número de toques efetivamente declinado na inicial, sendo que as doenças adquiridas pela reclamante são tipicamente de digitadores

Desta forma, reconhecemos que as atividades da reclamante no período reconhecido como imprescrito até o suposto desligamento eram de digitação bastando analisar a existência ou não do direito postulado

Não são as denominações que implicam na concessão do benefício, mas sim a realidade de fato ao qual esta submetido o empregado (princípio da primazia da realidade). Ora, se o cargo implica no exercício da função de digitação ainda que de forma análoga o direito persiste. Não é o teclado ou ainda a complexidade técnica do aparelho utilizado que não implica no reconhecimento do direito. O que implica o reconhecimento do direito é que a atividade de mecanografia gera um esforço repetitivo e uma situação de penosidade que pode acarretar desgaste ao empregado. Quando a regra da CLT foi estabelecida no tocante ao intervalo daqueles empregados que trabalham com máquinas de datilografia não existia o ritmo de produção e o desenvolvimento técnico hoje apresentado. O direito deve se adaptar ao contexto histórico, não tendo um caráter de imutabilidade. Isto decorre da interpretação e da própria aplicação da norma jurídica. Machado Neto aponta as seguintes funções da interpretação

a) *Conferir aplicabilidade da norma jurídica as relações sociais que lhe deram origem*

b) *Estender o sentido da norma a relações novas inéditas ao tempo de sua criação e*

c) Temperar o alcance do preceito normativo para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais do caráter social (Compêndio de Introdução a Ciência do Direito, pp 216-217)

Ora a atividade de digitação de dados implica em esforço repetitivo, estando “in casu” materialmente caracterizado o direito conforme se observa da prova testemunhal realizada nos autos. O intervalo intrajornada, em decorrência de uma interpretação extensiva da norma, deveria ser observado, tanto que posteriormente tal procedimento foi adotado pela reclamada. O próprio TST já pacificou a matéria através de súmula específica.

O julgado abaixo também pontual neste sentido

DIGITAÇÃO LABOR EM COMPUTADOR JORNADA DE TRABALHO INTERVALO PARA REPOUSO Sendo fato incontroverso e decorrente da evolução tecnológica de que hodiernamente os serviços de mecanografia e outros assemelhados estão sendo substituídos por computadores, o direito também deve acompanhar tal evolução, com a finalidade de se adaptar aos novos tempos. Nesta esteira utilizando-se do permissivo legal constante no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho para os empregados que laboram em digitação por meio de computadores e em substituição aos serviços de mecanografia há que se aplicar por analogia o disposto no artigo 72 daquele mesmo diploma legal supramencionado. TRT-PR-RO 3 860/97 - Ac 5ª T 387/98 - Rel Juiz Gabriel Zandonai - DJPr 16/01/98

Portanto deferiu-se o pagamento do total de horas extras decorrentes da não concessão do intervalo intrajornada na forma do artigo 72 da CLT independentemente do intervalo intrajornada de 15 minutos fixado pelas partes e ainda daqueles constantes nos registros de ponto juntados ao caderno processual. Os adicionais serão os convencionais, garantido o mínimo de 50%.

d) Base de Cálculo São fixados os seguintes critérios de cálculo das horas extras deferidas nos itens anteriores. Senão vejamos

- As horas extras ora deferidas e aquelas pagas deverão refletir no repouso semanal remunerado, após ambos refletirem em décimo terceiro salário, férias, abono de 70% de férias até novembro/98, sendo que a partir daí

1/3 de férias Indefere-se outros reflexos por incabíveis Da mesma forma, deverão ser compensados os valores pagos sob o mesmo título, mês a mês, devidamente comprovadas nos autos

- Para efeito de base de calculo sera considerada salario fixo + anuênio + abono acordo coletivo ate fevereiro/99 sendo que a partir de março/99 a base de calculo sera o salario basico + gratificação pessoal

- O adicional noturno devera ser considerado para efeito de calculo das horas extras deferidas, observando o horario compreendido entre 22hs as 05hs da manhã e o percentual sera o convencional garantido o minimo de 20% consoante as disposições contidas no artigo 73 do texto consolidado Da mesma forma, devera ser observada a redução legal

O julgado abaixo e esclarecedor

HORAS EXTRAS CALCULO CÔMPUTO DO ADICIONAL NOTURNO O trabalho extraordinario realizado no horario noturno e ainda mais penoso ao trabalhador, devendo ser remunerado de maneira ainda mais aditivada que aquele realizado em condições de normalidade Assim, no calculo das horas extras deve ser computado o adicional noturno, quando o excesso ocorrer em horário noturno TRT-PR-RO 5 555/97 - Ac 5ª T 5 708/98 - Rel Juiz Célio Horst Waldraff - DJPr 20/03/98

- Para efeito de apuração de jornada observe os criterios desta fundamentação, sendo que na ausência de algum documento ou mesmo anotação no tocante a jornada de trabalho utiliza-se a media do mês posterior, devendo serem contados os minutos anteriores e posteriores a jornada de trabalho

- Quando constarem as siglas AL, CHT, FO e LS nos controles de frequência não havera apuração de jornada diaria, exceto quando constar "ES" que sera apurada pela media da jornada do dia anterior

- Divisor a ser observado em razão do tipo de jornada praticada sera 180 ate janeiro/99 e partir desta data 200, em razão da reclamante laborar sob uma jornada de 40 horas semanais, conforme termo aditivo de acordo firmado entre as partes (fl 302)

Os instrumentos normativos (ACT 93/94 – clausula 16, clausula 18 do ACT 94/95, 11 do ACT 95/96, 96/97, 97/98 e 98/99) estabelecem jornada de 08 horas de segunda-feira a sexta-feira, o que redunda em carga horaria de 40 horas

Não podemos deixar de olvidar que em razão da existência de divisor inferior, também redundam diferenças nos valores quitados pela re O fato do sabado ser dia util não interessa ao deslinde da causa posto que trata-se de condição mais benefica ao empregado, que incorpora-se no seu patrimônio na sua totalidade, não apenas como um meio termo, conforme dito Ademais, a clausula convencional e expressa neste sentido

Destarte, sendo a jornada de 40 horas semanais, opera-se uma redução do divisor, que deixa de ser 220 para se tornar 200 A regra matematica abaixo esclarece bem a questão

44 horas semanais equivalem a 220 horas mensais
horas semanais equivale a X horas mensais

$$44x = 8800$$

$$x = 8800 \text{ dividido por } 44$$

$$x = 200$$

Os tribunais assim se manifestam sobre a materia

“HORAS EXTRAS LIMITE SEMANAL DIVISOR O calculo de jornada elasticida para o obreiro que cumpre o limite semanal de quarenta horas deve utilizar o divisor 200, e não 220 (RO-V 1671/97 - 1a turma - Ac 166/98 - Rel Juiz Godoy Ilha, DJSC 19/01/98, p 69)”

A utilização de divisor 200 e condição mais benefica e portanto tal criterio devera ser praticado pela reclamada apos a correspondente reintegração, exceto e claro se houver redução de jornada para divisor inferior

C) ADICIONAL NOTURNO

A reclamante pretendeu o pagamento de adicional noturno e correspondentes reflexos Verificando os registros de ponto juntados ao caderno processual constatamos a existência de diferenças, posto que a reclamada não considerava a redução legal para efeito de apuração da jornada noturna, conforme se observa no mês de agosto/94 Defere-se o pagamento do adicional noturno no contrato, observada a redução legal, nos percentuais

previstos nos instrumentos normativos garantido o mínimo de 20% consoante disposição contida no artigo 73 da CLT

O adicional noturno (pago e devido) se integra para efeito de repouso semanal remunerado na forma do enunciado 60 do c TST O adicional noturno e o repouso semanal remunerado sobre adicional noturno reflete em decimo terceiro salario, ferias, abono de 70% de ferias ate novembro/98, sendo que a partir dai 1/3 de ferias Indefere-se outros reflexos por incabiveis Da mesma forma, deverão serem compensados os valores pagos sob o mesmo titulo, mês a mês, devidamente comprovadas nos autos

- Para efeito de base de calculo sera considerada salario fixo + anuênio + abono acordo coletivo ate fevereiro/99 sendo que a partir de março/99 a base de calculo sera o salario basico + gratificação pessoal

- O adicional noturno devera ser considerado para efeito de calculo das horas extras deferidas conforme determinado

- Para efeito de apuração da verba observe os criterios desta fundamentação, sendo que na ausência de algum documento ou mesmo anotação no tocante a jornada de trabalho utiliza-se a media do mês posterior devendo serem contados os minutos anteriores e posteriores a jornada de trabalho

- Quando constarem as siglas AL CHT, FO e LS nos controles de frequência não havera apuração de jornada diaria, exceto quando constar "ES" que sera apurada pela media da jornada do dia anterior

- Divisor a ser observado em razão do tipo de jornada praticada sera 180 ate janeiro/99 a e partir de 26/03/99 o divisor 200, devendo tal criterio ser praticado pela reclamada posto que trata-se de condição mais benefica, inclusive apos a correspondentemente reintegração, exceto e claro se houver redução de jornada para divisor inferior

D) ANUÊNIOS

A reclamante alega que os anuênios não foram calculados corretamente durante o contrato de trabalho e busca o pagamento destas diferenças A reclamada por seu turno aduz que o pagamento sempre foi efetuado de forma correta, conforme se observa nos recibos de salario

O documento de fl 13 revela que a reclamante teria sido contratada pela re em outubro/92 O direito ao percentual de 1% seria a partir de outubro/93, devendo isto ser contado de forma sucessiva ate o suposto desligamento Se procedermos ao calculo ate outubro/95 teriamos o total de 3% Aplicando sobre o salario base resultaria em R\$ 8,51 (R\$ 283,89 multiplicado por 3%), sendo que tal parcela e que foi quitada a reclamante neste mês (fl 268 – terceiro volume de documentos) Nota-se que posteriormente (08/96) houve alteração do salario base para R\$ 340,67, sendo que o percentual considerado pela reclamada foi tambem correto

A partir de setembro/96 a autora se afastou por beneficio previdenciario e consta nos recibos uma complementação de auxilio-doença o pagamento e efetuado de forma diferenciada, sendo que o pedido não e formulado neste sentido

Finalmente, quando do retorno da reclamante o anuênio atraves da norma coletiva tinha sido substituido pela gratificação pessoal, na forma da clausula segunda do ACT 98/99

Indefere-se

E) DEVOLUÇÃO DE VALORES

A reclamante alega que a reclamada procedeu a devolução de uma serie de descontos no seu salario, apesar de apresentar atestado medico justificando a ausência A re aduz que nem todos os dias mencionados na inicial foram objeto de desconto e se a mesma procedeu desta forma e porque não houve qualquer justificativa da autora

Observando os periodos mencionados pela autora (26 e 27 de novembro de 1988) constata-se que em fl 38 dos autos que a reclamante apresentou atestado referente aos dois dias mencionados na inicial

No verso do documento, se depreende que a reclamada não homologou o mesmo em razão de estar desempenhando atividade em outro setor sem risco para DORT Tendo em vista que comprovada a apresentação do atestado, sendo que de estar reabilitada não e motivo para que a doença permaneça existindo, não haveria porque da reclamada não homologar os dias de afastamento

Verifica-se que inclusive a própria reclamada no seu depoimento pessoal afirmou que mesmo nas novas funções, ainda digitação apesar das restrições impostas. Assim, a justificativa apresentada não é válida, até porque a não homologação deveria basear-se em avaliação técnica do problema, ou seja: a persistência a doença da autora e não em suposições. Ademais, a própria reclamada reconheceu posteriormente outro atestado apresentado pela reclamante em 30/11/98, conforme informação de fl. 239, verso, não sendo plausível tratamento diferenciado.

Defere-se a devolução dos dois dias de serviço na forma postulada no item “XI”. Sobre este valor não incide FGTS, posto que o recolhimento foi efetuado quando do pagamento do salário.

F). FGTS DE 8% + 40%

Defere-se o FGTS de 8% sobre as seguintes parcelas, que deverão ser depositadas na conta vinculada do reclamante, esclarecendo que não existe indenização de 40% em razão da reintegração determinada:

Horas extras e reflexos;

Horas extras decorrentes de intervalos não concedidos e reflexos;

Horas extras decorrentes do exercício da atividade de digitação e reflexos;

Repouso semanal sobre todas as horas extras ora deferidas e mencionadas nos tópicos anteriores, inclusive pagas, e reflexos;

Adicional noturno e reflexos;

Repouso semanal remunerado sobre adicional noturno (pago e devido) e reflexos;

G) - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A parte autora não está amparada pela entidade sindical e também não realizou declaração de hipossuficiência na peça de ingresso.

Portanto, rejeita-se o pedido de pagamento de honorários e não se concede a assistência judiciária gratuita

H) - DESCONTOS PREVIDENCIARIOS E FISCAIS

A Justiça do Trabalho é incompetente para analisar o pedido de descontos fiscais face as disposições contidas no artigo 114 do texto constitucional, declarando-se este juízo incompetente para análise do pedido. No entanto, por força da alteração promovida pela Emenda Constitucional n.º 20 promulgada em 16/12/98 declara-se a competência desta justiça especializada para promover e executar os descontos previdenciários, devendo os parâmetros serem definidos em regular liquidação de sentença.

I) CORREÇÃO MONETARIA E JUROS DE MORA

A correção monetária a ser aplicada deverá ser aquela do mês da prestação de serviço devendo este servir como parâmetro para execução de sentença. Temos por entendimento que uma das características do salário é a posnumeração ou seja a fixação de tempo para pagamento que no caso do Direito Brasileiro não pode extrapolar o módulo mensal.

A Consolidação das Leis do Trabalho no artigo 459, no seu parágrafo único estabelece um período de carência ou seja uma faculdade do empregador, mas que não retira a obrigatoriedade desta característica do salário. A correção monetária não está abrangida pela faculdade patronal, mas sim pela disposição específica da lei o que implica em aplicação da correção monetária no mês da prestação de serviço. Os julgados abaixo são pontuais.

CORREÇÃO MONETARIA EPOCA PROPRIA DEBITOS TRABALHISTAS DECISÃO JUDICIAL A data limite para o pagamento dos salários durante a vigência do pacto laboral não se confunde com a época própria para a incidência da correção monetária nos casos de pagamento de débitos salariais postulados em juízo. O mês efetivamente trabalhado é aquele que da origem a exigibilidade do "quantum debeatur", e não o limite fixado pela lei como prazo máximo para a satisfação do salário. Sentença mantida TRT-PR-RO 7 103/96 - Ac. 5ª T 2 580/97 - Rel. Juiz Luiz Felipe Haj Mussi - DJPr 31/01/97.

No entanto não aplica-se tal situação em relação às férias decimo terceiro salário, verbas rescisórias, já que estas parcelas possuem data

certa de pagamento, devendo em relação as mesmas ser observado o dispositivos legais que regram a sua data de pagamento. Após a correção monetária respectiva, aplica-se os juros de mora na forma da lei.

III – DO DISPOSITIVO

ISTO POSTO, a 2ª JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DE CASCAVEL, decide por unanimidade de votos DECLARAR A INCOMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DO PEDIDO DE DESCONTOS FISCAIS, bem como, por divergência de votos JULGAR PROCEDENTE EM PARTE as pretensões formuladas pela reclamante ROSANA NUNES SOARES em face da TELEPAR – TELECOMUNICAÇÕES DO PARANÁ S/A, declarando prescritas todas as parcelas anteriormente exigíveis a 07/07/94 e para condenar ao cumprimento das seguintes obrigações, nos termos da fundamentação que integram este dispositivo para todos os fins:

1º). Efetuar a reintegração da reclamante nos seus quadros funcionais (mesmo cargo, função e local de trabalho) tendo em vista a nulidade do ato demissionário, com a remuneração corrigida pelos mesmos índices de reajustes concedidos aos empregados que exerceram a mesma função que a reclamante, ficando garantidos os benefícios tudo consoante exposto na forma da motivação;

2º). Efetuar o pagamento da remuneração do período de afastamento, devida desde o desligamento em 31/05/99, bem como, das férias acrescidas com 1/3 e o décimo terceiro salário do período, devendo tal tempo ser computado para efeito de contagem de tempo de serviço, observado os períodos de afastamento;

3º). Efetuar o pagamento de horas extras, inclusive decorrentes do intervalo intrajornada não concedido (art. 71 da CLT) e reflexos;

4º). Efetuar o pagamento de horas extras decorrentes do exercício da função de digitação e reflexos;

5º). Efetuar o pagamento de adicional noturno e reflexos;

6º). Efetuar o pagamento do repouso semanal sobre horas extras deferidas nos itens 3º, 4º, e ainda sobre aquelas pagas na forma do enunciado 172 do c. TST e seus correspondentes reflexos;

7º). Efetuar o pagamento do repouso semanal remunerado sobre adicional noturno (pago e devido) e reflexos correspondentes;

8º). Efetuar a devolução de valores;

9º). Efetuar o recolhimento do FGTS de 8%, mês a mês, nos termos do item “A” e “F”;

Para efeito de cálculo das parcelas acima deferidas observa-se os parâmetros expedidos na fundamentação, inclusive no tocante a compensação.

Proceda-se a liquidação por simples cálculos, sendo que a correção monetária a ser aplicada deverá ser aquela do mês da prestação de serviço, observada as exceções da fundamentação. Após, aplica-se os juros de mora, na forma da lei.

Proceda-se o recolhimento das contribuições previdenciárias quando da liquidação de sentença. Custas pela ré no importe de R\$ 200,00 calculadas sobre o valor ora arbitrado em R\$ 10.000,00, sujeitas a complementação. Cientes as partes deste ato processual.

Transitada em julgado, cumpra-se.

Nada mais.

ARMANDO LUIZ ZILLI - Juiz do Trabalho - **JOSÉ ROSELANO MORETTO** - Juiz Classista temporário Representante dos Empregados - **MANOEL PEREIRA GOES** - Juiz Classista representante dos Empregadores.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 131.750-0, DE CURITIBA

6ª VARA CÍVEL.

APELANTES: FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO COMÉRCIO DO ESTADO PARANÁ E OUTROS

APELADO: SINTRACOOP – SINDICATO DOS TRABALHADORES EM COOPERATIVAS AGRÍCOLAS AGROPECUÁRIA E AGROINDUSTRIAS DO ESTADO DO PARANÁ

RELATOR: JUIZ WALDEMIR LUIZ DA ROCHA

REVISOR: JUIZ MIGUEL PESSOA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA PROCESSADA PELO RITO ORDINÁRIO. ART. 275 DO CPC. RITO SUMÁRIO. PRAZO RECURSAL. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA.

Se ocorreu o equivocado trâmite da ação pelo procedimento ordinário, tendo em vista que em razão do valor dado à causa estava sujeita ao procedimento sumário, o prazo recursal se interrompe face a interveniência das férias forenses, recomeçando a fluir no primeiro dia útil ao decurso das mesmas.

SINDICATO. SISTEMA DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL ATUAL. PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL (ART. 8º, II DA CF). VIOLAÇÃO COOPERATIVISMO. FORMA DE ORGANIZAÇÃO VISANDO A EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES DIVERSIFICADAS. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. CATEGORIA PROFISSIONAL INEXISTENTE.

RECURSO PROVIDO.

“Um sindicato de empregados de cooperativas é tão ilegal quanto um sindicato de trabalhadores em média e pequenas empresas, por exemplo. Em ambos os casos o enquadramento não se daria pela atividade preponderante do empregador, mas pela definição jurídica da unidade de

produção (caso das cooperativas), ou pelo volume de capital e negócios (pequenas e médias empresas)” (Ac 4 758/94 – TRT – PR – DC 52/93)

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 131 750-0, de Curitiba, 6ª Vara Cível, em que figuram como apelantes FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO COMERCIO DO ESTADO DO PARANA E OUTROS e apelado o SINTRACOOOP – SINDICATO DOS TRABALHADORES EM COOPERATIVA AGRICOLA, AGROPECUARIA E AGROINDUSTRIAS DO ESTADO DO PARANA

1 RELATORIO

Trata a especie de recurso de apelação interposto por FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO COMERCIO DO ESTADO DO PARANA E OUTROS, contra a r sentença monocratica (fls 652/660) proferida em Ação Ordinária Declaratoria, na qual o ilustre Dr Juiz a quo julgou procedente o pedido formulado por SINTRACOOOP – SINDICATO DOS TRABALHADORES EM COOPERATIVA AGRICOLA, AGROPECUARIA E AGROINDUSTRIAS DO ESTADO DO PARANA, declarando que os requeridos, FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES DO COMERCIO DO ESTADO DO PARANA E OUTROS, não mais representam os trabalhadores de cooperativas agricolas, agropecuaria e agroindustriais do Estado do Parana e condenou os requeridos a absterem-se de praticar atos em nome dos citados trabalhadores sob pena de multa, julgando, via de consequência, improcedente a reconvenção intentada e a ação cautelar inominada em apenso, a qual, nada obstante, se constituir de 5 (cinco) volumes, ao menos foi apreciado o pedido liminar

Em suas razões para reforma da decisão (fls 678/700), apontam os apelantes nulidade da sentença, por omissão, ja que manifestaram-se acerca da existência de vícios intrinsecos no tocante a criação do SINTRACOOOP, englobando falhas de convocação da assembléia de criação e irrisoria participação no ato de criação, a falta de registro no Ministerio do Trabalho e outros fatos que impedem a perpetuação do mesmo por flagrante ilegalidade e criação ao arrepio da lei, argumentos esses não enfrentados pelo d julgador monocratico

Alegam, tambem, a ocorrência de cerceamento do direito de defesa consubstanciado no julgamento antecipado da lide

No merito, apos a transcriçao da sentença hostilizada, asseveram que a decisão teve claro cunho ideologico, não tendo o julgador se conduzido de forma equidistante das partes

Apontam ainda que cometeu-se verdadeira heresia juridica porquanto, apesar de reconhecer-se a existência do principio da unicidade sindical, expressa na Carta Constitucional de 1988 (art 8º, II), atraves da qual somente se admite um unico sindicato como orgao representativo de uma certa categoria, dentro de um determinado limite territorial, negou-se o reconhecimento a seus efeitos praticos

Argumentam, tambem que a norma constitucional vigente, claramente recepcionou aquele principio da unicidade sindical

Observam que a estrutura sindical brasileira vem contida na CLT, frisando, no que interessa a especie, o exame do artigo 577 que versa acerca do sistema de enquadramento sindical

Destarte, e a propria Lei que fixa o enquadramento sindical, o fazendo por categorias, dentro de um plano de atividades conexas e convergentes (v g industria, comercio, agricultura, transportes, empresas de creditos, de educação, etc), restando estabelecido, expressamente, um plano de atividades, que consta na CLT como “Anexo – Quadro a que se refere o artigo 577 da Consolidação das Leis do Trabalho”

Por similitude de atividades, ainda, criou-se então a denominada Pirâmide Sindical Nacional, estruturada em termos de Confederações (genericamente havidas, reunindo varias Federações, como v g, a Confederação Nacional do Trabalhadores no Comercio), Federações (tambem de carater amplo, mas localizadas regionalmente e representando um grupo de Sindicatos, como e o caso da Federação ora Requerente), e os Sindicatos (especificos para determinada categoria, dentro de determinada base territorial)

Todo esse sistema obedece portanto, ao previo enquadramento sindical, legalmente estipulado

Questões de enquadramento se apresentaram, não claramente atendidas pelo quadro mencionado, seriam examinados uma a uma, tendo sua

classificação definida por Comissão especializada, dentro do Ministério do Trabalho, denominada Comissão de Enquadramento Sindical

Na esteira da novel Constituição Federal, e como medida reguladora do registro e arquivamento dos atos constitutivos de entidades sindicais, o Ministério do Trabalho baixou a Instrução Normativa nº 1, de 27 08 91, fixando em seu artigo 5º, a inviabilidade de registro de entidade sindical que pretendesse representar categoria já coberta por entidade sindical específica, com registro anterior ao mesmo arquivo e conferindo condições para impugnação de qualquer pretensão neste sentido

Plenamente estabelecido, assim, tanto o princípio da unidade sindical, quanto a possibilidade de registro de apenas uma entidade sindical frente a categoria pre-definida em Lei

Assim, ja se espelha a impossibilidade de criação de entidade tal como o Sindicato ora autor

Da mesma forma, evidenciado o equívoco do Julgador monocrático ao mencionar em seu decisum que “A exigência de registro, enquanto não existir lei definidora, pode ser feita no MT como querem alguns (com efeitos meramente cadastrais, I N n 1, 27.08.1991), ou no Cartório, art 18 CCB Planos classificatorios não mais prevalecem ”

Requerem, ao final, o provimento recursal para o fim de reconhecer-se a ilegalidade na criação do SINTRACOOP, face os vícios intrínsecos referentes a tal (Assembléia irregularmente convocada, participação irrisória de membros fundadores, as nefastas e anti-jurídicas razões de sua fundação, etc) bem como por restarem quebrados os princípios da unicidade sindical

Contra arrazoado o recurso (fls 723/736), alega o apelado, em sede de preliminar a intempestividade recursal e, no merito, reforça e sustenta a tese anteriormente expendida no curso da demanda

Apos o processamento do feito, vieram os autos conclusos para decisão

E o relatório

2 – VOTO:

Prefacialmente ao exame de mérito, necessário se faz a análise da questão preliminar pertinente ao pressuposto de admissibilidade recursal, qual seja, a tempestividade.

É inquestionável que o presente feito teve seu trâmite regido pelas regras estabelecidas para o rito ordinário, nada obstante, em razão do valor dado à causa, o correto seria o procedimento sumário.

A propósito, julgamento do agravo de instrumento sob nº 48.901-6, da Terceira Câmara do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, envolvendo as mesmas partes, o eminente Juiz Sérgio Arenhardt, então convocado àquela Corte, lavrou o Acórdão 11.404, publicado em 24.06.99, assim ementado:

“COMPETÊNCIA RECURSAL. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA COM EFEITO COMINATÓRIO. CAUSA DE VALOR INFERIOR A VINTE VEZES O SALÁRIO-MÍNIMO. SUJEIÇÃO AO PROCEDIMENTO SUMÁRIO, EMBORA TENHA TRAMITADO PELO ORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DE RITO PROCESSUAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ALÇADA. CPC. ARTS. 250, I E 295, V. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ART. 103, III, LETRA “F”. RECURSO NÃO CONHECIDO. UNÂNIME. Competindo ao Egrégio Tribunal de Alçada julgar em grau de recurso as ações sujeitas ao procedimento sumário, e tendo em vista a indisponibilidade do rito processual, que constitui matéria de ordem pública, não se conhece do recurso, com remessa dos autos ao referido órgão julgador”.

O referido agravo de instrumento, dado a normal demora na diligência de remessa, ainda não aportou neste Tribunal para ser conhecido e julgado.

Contudo, aquele julgamento referencia tão-só aspecto pertinente à competência e não ao exame de admissibilidade recursal, questão esta argüida nas contra-razões, a merecer enfrentamento, preliminarmente, nesta oportunidade.

A alegação aduzida para o fim de considerar intempestivo o recurso, se resume no entendimento expressado no petitorio de fls 672/675, alicerçado nos artigos 174, inc 1 e 183, ambos do CPC, verbis

DO PRAZO RECURSAL

No caso do presente processo – AÇÃO DECLARATORIA ORDINARIA COM EFEITO COMINATORIO E RECONVENÇÃO decidida em conjunto com a Ação de Medida Cautelar Inominada, o prazo não se suspende no periodo de ferias forense, isto porque o juizo da 6ª Vara Cível ao proferir a sentença julgou três ações na verdade, e que possuem o mesmo tema

Em razão da ação de Medida Cautelar possuir natureza acautelatoria, e ter por objeto materia de extrema relevância para as partes, não suspende, em consequência, o prazo para pratica dos atos processuais, notadamente o prazo para interposição de recursos Mesmo a Ação Declaratoria com Efeito Cominatoria e a Reconvenção, os prazos não podem ser suspensos em virtude das consequências negativas que podem advir da mora, pois o efeito cominatorio dado a ação Declaratoria obriga que as ora requeridas se abstenham de praticar atos em nome dos trabalhadores representados pelo requerente

O estabelecido pela regra do art 174, do CPC, infere que a superveniência das ferias não suspendem os atos necessarios a conservação de direitos, quando possam pela demora ser prejudicadas

“art 174 Processam-se durante as ferias e não se suspendem pela superveniência delas

I – os atos de jurisdição voluntaria bem como os necessarios a conservação de direitos, quando possam ser prejudicados pelo adiamento”
(grifos nossos)

DA PRECLUSÃO OPERADA

A r sentença proferida nos autos de Ação Declaratoria Ordinaria, com Efeito Cominatório e Reconvenção nos autos 466/93, ação de Medida Cautelar Inominada 270/93, foi publicada no Diario Oficial da Justiça

do Paraná no dia 19 de junho de 1995, portanto o prazo para eventual recurso iniciou no dia 20 de junho de 1995.

Até o dia 05 de julho de 1995, conforme certidão do Juízo da 6ª Vara Cível anexa, as requeridas FEDERAÇÃO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DO ESTADO DO PARANÁ e OUTROS não haviam interposto recurso da sentença que julgou procedente a Ação Declaratória Ordinária com Efeito Cominatório dando ganho de causa para o SINTRACOOOP, e improcedente a Reconvenção, e a sua malfadada Ação de Medida Cautelar Inominada.

Assim, denota-se que decorreu o prazo recursal para que a FEDERAÇÃO DOS EMPREGADOS DO COMÉRCIO DO ESTADO DO PARANÁ e OUTROS, interpusesse recursos cabíveis da r. sentença que julgou improcedente (?) a Ação Declaratória Ordinária com Efeito Cominatória, determinando-se a preclusão do direito de praticar o ato de recorrer, conforme o art. 183, do CPC.

“art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa”.

O ilustre Dr. Juiz monocrático acolheu a tese supra expandida e, de conseqüência, reformou o despacho que recebeu a apelação, em ambos os sentidos. Mas, o fez com absoluta ausência de fundamentação (fls. 761), razão porque, resultou acolhido (de ofício, por fundamentação outra) o agravo de instrumento aposto contra tal r. despacho (Ac. 6958, de minha relatoria), determinando a subida do recurso de apelação, oportunidade em que referida alegação merecia exame.

Pois bem.

Passo ao exame da questão preliminar expandida.

Razão nenhuma assiste à alegação e expedita nas contra-razões (fl.), referentemente à preclusão do prazo recursal, na consideração de que a apelação não foi interposta no período de férias forenses, cuja interveniência não o suspenderia, ex-vi do artigo 174 do Código de Processo Civil, por tratar a espécie de Ação Cautelar julgada concomitantemente com a Ação Declaratória e Reconvenção. Nada obstante ter havido condenação, de efeito

cominatório, ao ser determinado que a parte vencida se abstinhasse de praticar atos em nome dos trabalhadores em cooperativas agrícolas, agropecuárias e agroindustriais do Estado do Paraná, sob pena de multa de cinco salários mínimos ao dia, não se ha interpretar, como pretendido, que tal situação esteja albergada pela disposição contida no artigo 174 do CPC, e por isso, os prazos processuais fluiriam no período de férias forenses, e de consequência, o recurso de apelação teria sido interposto serodidamente, porque decorrido o prazo legal e não praticado o ato de recorrer, resultando precluso tal direito, ex-vi do artigo 183 do CPC

E que, por se tratar de condenação imposta na ação ORDINÁRIA DECLARATÓRIA, (a Cautelar foi julgada improcedente) estaria esta sujeita a reexame, como ocorreu, tendo sido o recurso de apelação recebido em seu duplo efeito (despacho de fls 710, que resultou restabelecido, ante o provimento ao agravo de instrumento 95 961-5, desta 7ª Câmara Cível)

Demais disso, não se ha argumentar da ocorrência de eventuais prejuízos ou danos, que dependessem de atos necessários a conservação de direitos, como alegado, porque decidida a questão e declarado o direito, resultaria esgotada qualquer função cautelar, se pre-existente

Sob outro vertice, afastada a aplicação do disposto nos artigos 174 e 183 do CPC e tendo por estima que a ação Declaratoria tramitou pelo procedimento ordinário, nada obstante, em razão do valor dado a causa o rito deveria ser o sumário, o prazo para interposição do recurso de apelação, iniciado em 20 06 95 quando da retirada dos autos, em carga, pelo procurador da apelante (fl 661), flui regularmente ate 30 06 95 (10 dias), sendo interrompido em face da interveniência das férias forenses e, reiniciado no dia 01 08 95 se encerraria no dia 05 08 95

Destarte, o recurso interposto no dia 31 07 95 (certidão de fl 678), se revela absolutamente tempestivo

Registre-se, por oportuno, não se desconhecer que o rito processual, por se tratar de matéria de ordem pública, e indisponível Contudo, na espécie, o próprio Autor rotulou-a, erroneamente, de Ação Ordinária, omitindo-se o ilustre Juiz monocrático em determinar a oportuna correção, com a necessária emenda da inicial

Não podera, portanto, na fase recursal, se operar prejuízo ao ora apelante, em não se conhecendo da apelação por descumprimento de requisito de admissibilidade a saber, a tempestividade, porque desatendido o disposto no art 174, inciso II, parte final, do CPC

Sobre o tema

PROCEDIMENTO SUMARIO Procedimento ordinario
Substituição de um pelo outro Prazo recursal Ferias

Adotado o procedimento ordinario, e por ele que se regula a fluência do prazo recursal

Tendo o processo seguido outro rito que não o sumario, causaria surpresa a parte considerar fluente o prazo no periodo de ferias forenses

Voto vencido,

Recurso não conhecido (DJ Nº 277, 29 11 99)

O voto supra, retrata exatamente a **questio** ora em discussão Embora vencido, encerra absoluto fundamento de justiça, na medida em que não penaliza a parte vencida, oportunizando-lhe a oposição do recurso proprio, no prazo estipulado para o procedimento ordinario

De fato, como na especie, a parte vencida não poderia ser surpreendida com a fluência do prazo recursal, sem interrupção no periodo das ferias forenses (procedimento sumario), a uma, porque, foi a propria a parte vencedora quem provocou o errôneo procedimento, a duas, porque, o errôneo procedimento foi ratificado pelo ilustre Juiz que comandou o processo, sem corrigi-lo Ao ser citada, cumpriu a determinação judicial para contestar o feito, que tramitou regulamente, ate a fase final, pelo procedimento ordinario

Não pode o ora recorrente, agora, ser penalizado por erro a que não deu causa

Destarte, se adotado, tal procedimento, a fluência do prazo recursal, portanto, deve ser por aquele regulada

Por tais razões, conheço do recurso

No exame do merito, o apelo merece provimento

No meu sentir, não se houve o ilustre Juiz monocratico com o costumeiro acerto que caracteriza as suas decisões ao deixar de aplicar a especie a melhor doutrina e jurisprudência que norteiam a materia em debate

Com efeito

A controversia remanecente nos autos reside na questão da legitimidade ou não do Sindicato apelado na representação e recebimento de contribuições dos empregados das Cooperativas Agrícolas, Agropecuaria e Agro-industriais do Estado do Parana

Conquanto se revele polêmica a questão da representatividade dos sindicatos em face do sistema adotado pela novel Carta Magna, que não oportuniza facil interpretação, porque, segundo o ilustrado professor Amauri Mascaro Nascimento (*in* *Direito Sindical* Ed Saraiva, 1991, pag 76) E sustentado em contornos contraditórios, na análise perficiente do contido nos autos tenho que o SINTRACOOOP não se amolda ao sistema de organização sindical atual (art 8º, II da CF), em que pese a r sentença recorrida assim entender, declarando a sua legitimidade na representação dos empregados das cooperativas referidas

Firmo tal convencimento alicerçado nas razões e fundamentos a seguir expendidos

Antes mesmo de adentrar ao cerne da questão meritória, em exame preliminar anoto que a r sentença recorrida deixou de analisar com maior profundidade a questão relativa a falta de regular registro do sindicato junto ao Ministerio do Trabalho

Com efeito, neste particular, embora profusamente alegado na contestação laconicamente foi aduzido “*A exigência de registro enquanto não existir lei definidora pode ser feita no MT como querem alguns (com efeitos meramente cadastrais IN n 1, 27 8 1991) ou no Cartório, art 18 CC B*”

No entanto, a referida instrução normativa, em seu artigo 5º, fixa a inviabilidade de registro de entidade sindical que pretenda representar categoria ja coberta por entidade sindical especifica, com registro anterior ao

mesmo arquivo. Vale dizer, estabelece nesse enunciado, tanto o princípio da unidade sindical, como também, somente a possibilidade de registro de apenas uma entidade sindical frente à categoria pré-definida em lei.

É bem verdade que inexistente lei ordinária que defina onde devam ser registrados os sindicatos, tendo o legislador constituinte endereçado o registro à órgão competente, sem determiná-lo. Contudo, na consideração de que a natureza específica e complexa do sindicato não permite enquadrá-lo entre as associações civis, tampouco entre as sociedades comerciais, razoável é se entender que preferencialmente aos Cartórios de Registros de pessoas jurídicas civis e comerciais, o Ministério do Trabalho, dado a especificidade do registro e atribuição residual, se erige como o órgão competente para tal procedimento, porque melhor aparelhado para o exame da ressalva constitucional que veda a existência de organização sindical da mesma categoria em idêntica base territorial.

Assim, a falta de regular registro no Ministério do Trabalho, inviabilizaria a possibilidade de criação do sindicato ora apelado.

Sobre o tema, já decidiu o STF (verbis):

“REGISTRO DE ENTIDADES SINDICAIS. RECEPÇÃO, EM TERMOS, DA COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO, SEM PREJUÍZO DA POSSIBILIDADE DE LEI VIR A CRIAR REGIME DIVERSO.

Conforme decidido pelo Plenário (MI 144, 28.5.93), ‘a função de salvaguarda da unicidade sindical induz a sediar, *si e et in quantum*, a competência para o registro das entidades sindicais no Ministério do Trabalho, detentor do acervo das informações imprescindíveis ao seu desempenho’. ...” (Rex 134300 – 1ª Turma, j. 16.8.94, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Mas, assim não fosse, a legitimidade do sindicato ora apelado, esbarraria na vedação constitucional, ao contrariar o princípio da unicidade sindical prevista no artigo 8º, II da Constituição Federal.

A criação de mais de um sindicato, em qualquer grau, representativo de categoria profissional e econômica, na mesma base territorial, não pode ser inferior à área de um Município.

Ademais, para o modelo sindical adotado em nosso país, se revela necessário e, porque não, imprescindível a adoção de melhor organização, até para evitar atropelamento da autonomia sindical, nada obstante as críticas existentes a respeito do seu enquadramento, no pertinente ao comprometimento da organização espontânea dos trabalhadores

De fato

Como na espécie dos autos, o sindicato ora apelado engloba pessoas que exercem atividades diferentes dentro da categoria inexistente de “*trabalhadores em cooperativas*”, quando consabido, a toda evidência, que o cooperativismo não se constitui na atividade fim da cooperativa, mas sim, uma forma de organização visando a exploração de atividades diversificadas

A pretendida amplitude e abrangência representativa, contrária a finalidade sindical, a saber, a defesa dos interesses da categoria profissional específica, posto que, numa cooperativa trabalham indivíduos que pertencem a uma variedade de categorias profissionais v.g., comerciantes, médicos, agrônomos, engenheiros, motoristas, farmacêuticos, técnicos agrícolas veterinários, etc que, em razão da atividade em suas áreas de formação e especialidade de suas funções, não podem ser englobadas por um sindicato único

De fácil percepção que, é impossível agregar categorias tão distintas, sob a proteção e representatividade de uma entidade específica

Senão vejamos

O v. acórdão nº 11 859/96 do TRT, 9ª Região, 2ª Turma, RO 455/95, rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther, publicado no DJPR, em 21/06/96, referentemente ao sindicato apelado sintetiza em sua ementa

“ENQUADRAMENTO SINDICAL SINDICATO DE EMPREGADOS EM COOPERATIVAS

O Sintracoop é entidade que não se ajusta ao sistema de correspondência entre sindicato econômico e sindicato profissional base da estrutura sindical brasileira cuja essência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Um Sindicato de empregados em cooperativas é tão ilegal quanto um sindicato de trabalhadores em média e pequenas empresas, por

exemplo. Em ambos os casos, o enquadramento não se daria pela atividade econômica preponderante do empregador, mas pela definição jurídica da unidade de produção (caso das cooperativas), ou pelo volume de capital e de negócios (pequenas e médias empresas). ...”

Ratificando o mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento de recursos opostos em ações de consignação em pagamento, em que figuram na relação processual o sindicato ora apelado, ao dirimir a legitimidade para o recebimento de contribuição sindical tem assim decidido:

“CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS. SINDICATO APELADO (SINTRACOOOP), QUE SINDICAL ATUAL. LEGITIMIDADE DOS APELANTES COMO CREDORES DOS VALORES CONSIGNADOS. SENTENÇA REFORMADA, COM CONDENAÇÃO DO SINTRACOOOP. (SINDICATO DOS TRABALHADORES EM COOPERATIVAS AGRÍCOLAS, AGRO-PECUÁRIAS E AGRO-INDUSTRIAL DO ESTADO DO PARANÁ) NO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÕES PROVIDAS”. (AP. CÍV. nº 64748-9, 4ª C. CÍV., J. em 10.02.99, Rel. Des. OTÁVIO VALEIXO).

“APELAÇÃO CÍVEL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DÚVIDA DA AUTORA SOBRE A QUEM DEVE PAGAR. CITAÇÃO DE NOVO SINDICATO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. COMPETÊNCIA, JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. LIBERDADE SINDICAL PREVISTA NO ART. 8º, INC. II DA CF/88. PRINCÍPIO DA UNIDADE E DO ENQUADRAMENTO SINDICAL. ILEGITIMIDADE REPRESENTATIVA DO NOVO SINDICATO POR ADOTAR CRITÉRIO GENÉRICO E POR EMPRESA. LEGITIMIDADE DOS SINDICATOS ANTERIORES. PROCEDÊNCIA DA CONSIGNATÓRIA. RECURSO PROVIDO” (grifei). (AP. CÍV. nº 58.208-3, 5ª C. CÍV., J. em 19.05.98. Rel. Des. ANTONIO CARLOS SCHIEBEL).

Do corpo do referido julgado se extrai:

“O sindicato apelante tenta desagregar os diversos trabalhadores de suas respectivas entidades representativas, para reuni-los à guisa de uma categoria profissional uma, porém existente.

Com efeito, a apelante tenta retirar para um sindicato de trabalhadores em empresas cooperativas, os associados profissionais que desempenham seus serviços na respectiva área de formação; os motoristas da fiação de tecelagem; os que prestam serviços nas indústrias alimentícias ou farmacêuticas. Dos químicos, engenheiros agrônomos, médicos veterinários, técnicos agrícolas etc.

Impossível, agregar atividades tão diferenciadas, afetas a categoria tão distintas, sob a proteção de uma entidade específica, no caso, uma cooperativa.

Adoto por conseguinte a decisão do TRT, que apontou o ora apelante como parte illegítima para representar os funcionários das Cooperativas do Estado, por violar o princípio da unicidade sindical”. (grifei)

E, nos Embargos Infringentes opostos (nº 58.208-3/01. Rel. Juiz convocado Lauro Laertes de Oliveira) julgados em 25.03.99, o II Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade, decidiu:

“EMBARGOS INFRINGENTES. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DÚVIDA QUANTO AO SINDICATO LEGITIMADO PARA RECEBER CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. REPRESENTAÇÃO DOS EMPREGADOS EM COOPERATIVAS. SINDICATO EMBARGANTE QUE NÃO SE AMOLDA AO SISTEMA DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL ATUAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL ACOLHIDO PELO ART. 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENQUADRAMENTO. CATEGORIA PROFISSIONAL INEXISTENTE. COOPERATIVISMO NÃO SE CONSTITUIU EM ATIVIDADE FIM DA COOPERATIVA, MAS UMA FORMA DE ORGANIZAÇÃO VISANDO A EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES DIVERSIFICADAS. EMBARGOS REJEITADOS. (grifei)

Um sindicato de empregados de cooperativas é tão ilegal quanto um sindicato de trabalhadores em média e pequenas empresas, por exemplo. Em ambos os casos, o enquadramento não se daria pela atividade preponderante do empregador, mas pela definição jurídica da unidade de produção (caso das

cooperativas) ou pelo volume de capital e negócios (pequenas e médias empresas). (Acórdão 4.758/94, TRT-PR-DC 52/93)”.

No corpo do referido acórdão, com propriedade, sustentou-se:

“O artigo 511, da CLT define os contornos legais do sindicato, estatuinto que: “É lícita a associação para fins do 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””.

No parágrafo 2º e 4º, do referido artigo restou consignado, ainda:

“2º. A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.”

“4º. Os limites de identidade, similariedade ou conexidade fixam as dimensões dentre das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação natural”.

Assim, “Sindicato de empregados é o agrupamento estável de membros de uma profissão, destinado a assegurar a defesa e representação da respectiva profissão para melhorar as condições de trabalho” (*in* Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Valentim Carrion, 1992, Editora RT, pág. 401). A formação de um sindicato é fruto de uma conjugação de interesses comuns de uma categoria, donde conclui-se que a similariedade e a conexidade de que trata a lei trabalhista se formam entre iguais ou semelhantes, não sendo possível agregar no mesmo sindicato profissões tão diferenciadas, com interesses dispares e representatividade em todo o Estado do Paraná, como pretende o embargante.

Não se pode olvidar que o escopo da liberdade sindical é o fortalecimento da classe. Daí se deduz que a filiação dos empregados a sindicatos com categorias profissionais mais específicas é deveras salutar.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu em caso análogo:

“Assiste ao Sindicato dos Empregadores em Centrais de Abastecimento de Alimentos do Estado de São Paulo (SINDBRAST) a prerrogativa de representar a categoria profissional ‘Empregados em Centrais de Abastecimento de Alimentos’, dissociada, em caráter específico, da categoria.”

“Empregados no comércio (preposto em geral)”. Compete-lhe, ainda o direito de representar todos os empregados em centrais de abastecimento de alimentos, sejam eles empregados de cooperativas ou de outras empresas quaisquer, desde que exerçam as suas funções em centrais de abastecimento e nestas efetivamente trabalhem.

Os empregados de cooperativas, que exerçam suas atividades no interior de centrais de abastecimento enquadram-se na categoria profissional “Empregados em centrais de abastecimento de alimentos”

(Recurso e, MS 21;028-1ª Turma do STF – Rel. Min. CELSO DE MELO, julgado em 25.08.92, publicado no DJU de 12.02.93, p. 1.451).

Em terceiro lugar, não se trata de desmembramento do sindicato, previsto no art. 577 da CLT, pois “o desmembramento só poderá se dar dentro do próprio sindicato titular da Carta Sindical se dela possuidor, ou se anterior àquele que se quer desdobrar” (Rec. Ord. DC 28055/91.3 – Ac. SDC 941/92 – Rel. Ministro Marcelo Pimentel – DJU 26.02.96 – pág. 2419).

Veja-se, ainda, o seguinte julgado:

“Qualquer desmembramento por parte da categoria profissional já representada por Sindicato legalmente constituído, deve passar pelo crivo democrático da categoria e não se sujeitar a uns poucos que resolvem criar um sindicato sem qualquer apoio em um fato social autorizado e relevante”.

(TST-RP-DC 1794/90, Ac. Do SDC 449/91, Rel. Min. Wagner Pimenta, *in* LTr, vol. 55, 10/228/91)

E, conclui, ante a ausência de legitimidade de representação do SINTRACOOP, por não se amoldar ao sistema de organização sindical atual, pela rejeição dos embargos para o fim de conferir legitimidade aos sindicatos embargados ao recolhimento das contribuições consignadas.

exemplo. Em ambos os casos, o enquadramento não se daria pela atividade econômica preponderante do empregador, mas pela definição jurídica da unidade de produção (caso das cooperativas), ou pelo volume de capital e de negócios (pequenas e médias empresas). ...”

Ratificando o mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento de recursos opostos em ações de consignação em pagamento, em que figuram na relação processual o sindicato ora apelado, ao dirimir a legitimidade para o recebimento de contribuição sindical tem assim decidido:

“CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS. SINDICATO APELADO (SINTRACOOOP), QUE SINDICAL ATUAL. LEGITIMIDADE DOS APELANTES COMO CREDORES DOS VALORES CONSIGNADOS. SENTENÇA REFORMADA, COM CONDENAÇÃO DO SINTRACOOOP. (SINDICATO DOS TRABALHADORES EM COOPERATIVAS AGRÍCOLAS, AGRO-PECUÁRIAS E AGRO-INDUSTRIAL DO ESTADO DO PARANÁ) NO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÕES PROVIDAS”. (AP. CÍV. nº 64748-9, 4ª C. CÍV., J. em 10.02.99, Rel. Des. OTÁVIO VALEIXO).

“APELAÇÃO CÍVEL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DÚVIDA DA AUTORA SOBRE A QUEM DEVE PAGAR. CITAÇÃO DE NOVO SINDICATO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. COMPETÊNCIA, JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. LIBERDADE SINDICAL PREVISTA NO ART. 8º, INC. II DA CF/88. PRINCÍPIO DA UNIDADE E DO ENQUADRAMENTO SINDICAL. ILEGITIMIDADE REPRESENTATIVA DO NOVO SINDICATO POR ADOTAR CRITÉRIO GENÉRICO E POR EMPRESA. LEGITIMIDADE DOS SINDICATOS ANTERIORES. PROCEDÊNCIA DA CONSIGNATÓRIA. RECURSO PROVIDO” (grifei). (AP. CÍV. nº 58.208-3, 5ª C. CÍV., J. em 19.05.98. Rel. Des. ANTONIO CARLOS SCHIEBEL).

Do corpo do referido julgado se extrai:

“O sindicato apelante tenta desagregar os diversos trabalhadores de suas respectivas entidades representativas, para reuni-los à guisa de uma categoria profissional uma, porém existente.

Com efeito, a apelante tenta retirar para um sindicato de trabalhadores em empresas cooperativas, os associados profissionais que desempenham seus serviços na respectiva área de formação; os motoristas da fiação de tecelagem; os que prestam serviços nas indústrias alimentícias ou farmacêuticas. Dos químicos, engenheiros agrônomos, médicos veterinários, técnicos agrícolas etc.

Impossível, agregar atividades tão diferenciadas, afetas a categoria tão distintas, sob a proteção de uma entidade específica. no caso, uma cooperativa.

Adoto por conseguinte a decisão do TRT, que apontou o ora apelante como parte ilegítima para representar os funcionários das Cooperativas do Estado, por violar o princípio da unicidade sindical”. (grifei)

E, nos Embargos Infringentes opostos (nº 58.208-3/01. Rel. Juiz convocado Lauro Laertes de Oliveira) julgados em 25.03.99, o II Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade, decidiu:

“EMBARGOS INFRINGENTES. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DÚVIDA QUANTO AO SINDICATO LEGITIMADO PARA RECEBER CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. REPRESENTAÇÃO DOS EMPREGADOS EM COOPERATIVAS. SINDICATO EMBARGANTE QUE NÃO SE AMOLDA AO SISTEMA DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL ATUAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL ACOLHIDO PELO ART. 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENQUADRAMENTO. CATEGORIA PROFISSIONAL INEXISTENTE. COOPERATIVISMO NÃO SE CONSTITUIU EM ATIVIDADE FIM DA COOPERATIVA, MAS UMA FORMA DE ORGANIZAÇÃO VISANDO A EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADES DIVERSIFICADAS. EMBARGOS REJEITADOS. (grifei)

Um sindicato de empregados de cooperativas é tão ilegal quanto um sindicato de trabalhadores em média e pequenas empresas, por exemplo. Em ambos os casos, o enquadramento não se daria pela atividade preponderante do empregador, mas pela definição jurídica da unidade de produção (caso das

cooperativas) ou pelo volume de capital e negócios (pequenas e médias empresas). (Acórdão 4.758/94, TRT-PR-DC 52/93)”.

No corpo do referido acórdão, com propriedade, sustentou-se:

“O artigo 511, da CLT define os contornos legais do sindicato, estatuinto que: ‘É lícita a associação para fins do 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”’.

No parágrafo 2º e 4º, do referido artigo restou consignado, ainda:

“2º. A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.”

“4º. Os limites de identidade, similariedade ou conexidade fixam as dimensões dentre das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação natural”.

Assim, “Sindicato de empregados é o agrupamento estável de membros de uma profissão, destinado a assegurar a defesa e representação da respectiva profissão para melhorar as condições de trabalho” (*in* Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Valentim Carrion, 1992, Editora RT, pág. 401). A formação de um sindicato é fruto de uma conjugação de interesses comuns de uma categoria, donde conclui-se que a similariedade e a conexidade de que trata a lei trabalhista se formam entre iguais ou semelhantes, não sendo possível agregar no mesmo sindicato profissões tão diferenciadas, com interesses dispares e representatividade em todo o Estado do Paraná, como pretende o embargante.

Não se pode olvidar que o escopo da liberdade sindical é o fortalecimento da classe. Daí se deduz que a filiação dos empregados a sindicatos com categorias profissionais mais específicas é deveras salutar.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu em caso análogo:

“Assiste ao Sindicato dos Empregadores em Centrais de Abastecimento de Alimentos do Estado de São Paulo (SINDBRAST) a prerrogativa de representar a categoria profissional ‘Empregados em Centrais de Abastecimento de Alimentos’, dissociada, em caráter específico, da categoria.”

“Empregados no comércio (preposto em geral)”. Compete-lhe, ainda o direito de representar todos os empregados em centrais de abastecimento de alimentos, sejam eles empregados de cooperativas ou de outras empresas quaisquer, desde que exerçam as suas funções em centrais de abastecimento e nestas efetivamente trabalhem.

Os empregados de cooperativas, que exerçam suas atividades no interior de centrais de abastecimento enquadram-se na categoria profissional “Empregados em centrais de abastecimento de alimentos”

(Recurso e, MS 21;028-1ª Turma do STF – Rel. Min. CELSO DE MELO, julgado em 25.08.92, publicado no DJU de 12.02.93, p. 1.451).

Em terceiro lugar, não se trata de desmembramento do sindicato, previsto no art. 577 da CLT, pois “o desmembramento só poderá se dar dentro do próprio sindicato titular da Carta Sindical se dela possuidor, ou se anterior àquele que se quer desdobrar” (Rec. Ord. DC 28055/91.3 – Ac. SDC 941/92 – Rel. Ministro Marcelo Pimentel – DJU 26.02.96 – pág. 2419).

Veja-se, ainda, o seguinte julgado:

“Qualquer desmembramento por parte da categoria profissional já representada por Sindicato legalmente constituído, deve passar pelo crivo democrático da categoria e não se sujeitar a uns poucos que resolvem criar um sindicato sem qualquer apoio em um fato social autorizado e relevante”.

(TST-RP-DC 1794/90, Ac. Do SDC 449/91, Rel. Min. Wagner Pimenta, *in* LTr, vol. 55, 10/228/91)

E, conclui, ante a ausência de legitimidade de representação do SINTRACOOP, por não se amoldar ao sistema de organização sindical atual, pela rejeição dos embargos para o fim de conferir legitimidade aos sindicatos embargados ao recolhimento das contribuições consignadas.

Bem se vê, pois, nos termos da novel constituição, legislação trabalhista e posicionamento da jurisprudência reiterada, que a r. sentença recorrida ao concluir pela legitimidade do SINTRACOOOP se afastou do melhor entendimento sobre os temas debatidos quais sejam, “o princípio da unicidade sindical e o princípio do enquadramento sindical”.

Na verdade, embora tenha reconhecido o princípio da unicidade sindical, na espécie, negou os seus efeitos, desconsiderando, também, que o ora apelado, em ocasiões anteriores, já teve negada a sua legitimidade, ante a ilegalidade de sua existência.

Registre-se, ademais, que no implícito reconhecimento de ilegitimidade para atuar na ampla base territorial inicialmente pretendida, à guisa de pretender validar a sua atuação na representação dos empregados, houve por bem, em assembléias de seus nominados associados, proceder a alteração dos seus estatutos, para fim de **reduzir base**, tão-somente para sindicato dos trabalhadores em Cooperativas Agrícolas, Agropecuárias e Agro-industriais no Estado do Paraná (doc. fls. 576/603), alterando a sua finalidade. Tal alteração, não foi comunicada ao juiz monocrático, ao menos para as normais e necessárias alterações processuais. Contudo, a alteração estatutária promovida, não tem o condão de sanar os vícios de sua origem e existência, consoante já anteriormente anotado.

Por tais sintéticas razões, a reforma da r. sentença recorrida, *data venia*, se impõe.

Ante o exposto, voto no sentido de **dar provimento** ao recurso de apelação, para fim de reformar a r. sentença monocrática e, via de consequência:

- **Julgar procedente** a medida cautelar nº 270/93, com suspensão das atividades do Sindicato de Trabalhadores em Cooperativas em Geral, Empreiteiras Prestadoras de Serviços as Cooperativas do Estado do Paraná, presentemente denominado SINDICATO DOS TRABALHADORES EM COOPERTIVAS AGRÍCOLAS, AGROPECUÁRIAS E AGRO-INDUSTRIAIS NO ESTADO DO PARANÁ, com inversão dos ônus sucumbenciais;

- **Julgar improcedente** a ação declaratória (autos 466/93) e **procedente** a reconvenção intentada, para o fim de declarar que a titularidade

das prerrogativas e obrigações atribuídas pela legislação à entidades sindicais, na representação dos trabalhadores no comércio, nas regiões de sua abrangência, é legitimidade aos Requeridos (Federação dos Empregados no Comércio do Estado do Paraná e Outros), não validando as deliberações tomadas na assembléia de constituição do Sindicato Autor e demais atos atinentes a legitimação e legalidade de sua existência, procedendo-se as anotações necessárias, com inversão dos ônus da sucumbência.

ACORDAM, os juízes integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Juízes MIGUEL PESSOA E PRESTES MATTAR.

WALDEMIR LUIZ DA ROCHA - Presidente e Relator.