

REVISTA DO
TRT 9^a
REGIÃO



ABO

LEX

PARANA

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

TRT 9.ª REGIÃO	
ORIGEM	TRT 9.ª REGIÃO
DATA	30/09/92
EMPENHO	
ANO/REGISTRO	

*** DOCTRINA**

**Direito Constitucional e Direito
Administrativo**

**Direito Processual Civil e Direito
Processual do Trabalho**

**Direito do Trabalho e da
Seguridade Social**

**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO**

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

PUBLICAÇÃO ANUAL

COMISSÃO DE REVISTA

Presidente: Juiz Pedro Ribeiro Tavares

**Membros: Juiz José Fernando Rosas
Juiz Luiz Eduardo Gunther**

Secretário: Sebastião Antunes Furtado

**Correspondência
Av. Vicente Machado, nº 147
80.420 - Curitiba - PR**

-

**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.

- 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

Distribuição Gratuita

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

Presidente: Juiz Euclides Alcides Rocha

Vice-Presidente: Juiz Ricardo Sampaio

Corregedor: Juíza Carmen Amin Ganem

1ª TURMA

Presidente:

Juiz Tobias de Macedo Filho

Juiz Pretextato Pennafort Taborda Ribas Netto

Juiz Manoel Antonio Teixeira Filho

Juiz Iverson Manoel Pereira Rocha (repres. dos Empregados)

Juiz Silvonei Sérgio Piovesan (repres. dos empregadores)

2ª TURMA

Presidente:

Juiz João Antônio Gonçalves de Moura

Juiz José Montenegro Antero

Juiz Alberto Manenti

Juiz Ernesto Trevizan (repres. dos empregados)

Juiz Lauro Stellfeld Filho (repres. dos empregadores)

3ª TURMA

Presidente:

Juiz José Fernando Rosas

Juiz Pedro Ribeiro Tavares

Juiz João Oreste Dalazen

Juiz Roberto Coutinho (repres. dos empregados)

Juiz Helmuth Kampmann (repres. dos empregadores)

JUÍZES DO TRABALHO PRESIDENTES DE JCJs

JCJ de Apucarana	Marlene Teresinha Fuverki Sugumatsu
JCJ de Campo Mourão	Nair Maria Ramos Gubert
1ª JCJ de Cascavel	Arion Mazurkevic
2ª JCJ de Cascavel	Archimedes Castro Campos Júnior
JCJ de Cianorte	Vago
JCJ de Cornélio Procopio	Fernando Eizo Ono
1ª JCJ de Curitiba	Lauremi Camaroski
2ª JCJ de Curitiba	Luiz Eduardo Gunther
3ª JCJ de Curitiba	Zeno Simm
4ª JCJ de Curitiba	Ney José de Freitas
5ª JCJ de Curitiba	Arnor Lima Neto
6ª JCJ de Curitiba	Stélio Olivé Malhadas
7ª JCJ de Curitiba	Dirceu Buys Pinto Junior
8ª JCJ de Curitiba	Rosemarie Diedrichs Pimpão
9ª JCJ de Curitiba	Roberto Dala Barba
10ª JCJ de Curitiba	Fátima Teresinha Louro Ledra Machado
11ª JCJ de Curitiba	Rosalie Michaele Bacila Batista
12ª JCJ de Curitiba	Luiz Celso Napp
13ª JCJ de Curitiba	Flávia Angélica Bello do Amaral
14ª JCJ de Curitiba	Ana Carolina Zaina
1ª JCJ de Foz do Iguaçu	Sandra Maria da Costa Ressel
2ª JCJ de Foz do Iguaçu	Eneida Cornel
JCJ de Francisco Beltrão	Terezinha Salete Admshuk
JCJ de Guarapuava	Gabriel Zandonai
JCJ de Ivaiporã	Péricles Ferreira Cortes
JCJ de Jacarezinho	Adriana Nucci Paes Cruz
1ª JCJ de Londrina	Eliane de Sá Marsiglia
2ª JCJ de Londrina	Altino Pedroso dos Santos
3ª JCJ de Londrina	Maria Hercília Horácio Stawinski
1ª JCJ de Maringá	Célio Horst Waldraff
2ª JCJ de Maringá	Nacif Alcure Neto
3ª JCJ de Maringá	Edmilson Antonio de Lima
JCJ de Paranaguá	Marco Antônio Vianna Mansur
JCJ de Paranavai	Márcio Dionísio Gapski
JCJ de Pato Branco	Vago
JCJ de Ponta Grossa	Carlos Fernando Zarpellon
JCJ de Toledo	Rubens Edgard Tiemann
JCJ de Umuarama	Vago
JCJ de União da Vitória	Vago

JUÍZES SUBSTITUTOS*

Francisco Roberto Ermel
Neide Alves dos Santos
Maria Walkiria Cavalcanti Brizoto
Adayde Santos Cecone
Cláudia Cristina Pereira
Sueli Gil El Rafihi
Karin Boehler
Roberto Pereira
Dinaura Godinho Pimentel Gomes
Ilse Marcelina Bernardi Lora
Adilson Luiz Funez
Manoel Vinícius de Oliveira Branco
Cassio Colombo Filho
Gesyra Medeiros da Hora
Ney Fernando Olivé Malhadas
Carlos Henrique de Oliveira Mendonça
Noêmia Saltz Gensas
Paulo Ricardo Pozzolo
Luiz Alves
Elder de Souza Pedrosa
Sérgio Guimarães Sampaio
Irã Alves dos Santos
Neide Akiko Fugivala Pedrosa
Lisete Valsecchi Fávoro
Odete Grasselli
Morgana de Almeida
Valdecir Edson Fossatti
Rosiris Rodrigues de Almeida Amado Ribeiro
Aparecido Sérgio Bistafa

(*) Ordem de antigüidade

SUMÁRIO

Editorial	11
------------------	----

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Poder Judiciário. Autonomia e Justiça</i> <i>(Clèmerson Merlin Cleve)</i>	15
<i>Controle Externo do Judiciário</i> <i>(Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior)</i>	33
<i>Sistemas Jurídicos y Estilos de Getion Administrativa</i> <i>(Enrique I Groisman)</i>	37
<i>El informalismo y la concurrencia en la licitacion publica</i> <i>(Augustin Gordillo)</i>	48
<i>O Problema da Função Pública no Brasil</i> <i>(Jose Carlos Moreira Alves)</i>	74
<i>Servidor Público versus Administração: Competência da Justiça Comum</i> <i>(Floriano Corrêa Vaz da Silva)</i>	90
ANEXO I <i>Ação Direta de Inconstitucionalidade</i> <i>nº 492-1 Distrito Federal</i>	99
ANEXO II <i>Voto Vencido do Ministro Marco Aurelio Mendes</i> <i>de Farias de Mello</i>	109

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

<i>A Justiça no Limiar de Novo Século</i> <i>(José Carlos Barbosa Moreira)</i>	121
<i>Reestruturação dos Tribunais do Trabalho (impacto constitucional)</i> <i>(Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena)</i>	136

<i>A Justiça do Trabalho e Imperiosa Necessidade de sua Reforma</i> <i>(Eugênio Roberto Haddock Lobo)</i>	151
<i>Algumas Reflexões Sobre o Devido Processo Legal</i> <i>(Indalécio Gomes Neto)</i>	169
<i>O art. 8º da Lei nº 8.542/92 e seu caráter enigmático</i> <i>(Manoel Antonio Teixeira Filho)</i>	181

DIREITO DO TRABALHO E DA SEGURIDADE SOCIAL

<i>A Injustiça na Justiça do Trabalho</i> <i>(Ricardo Sampaio)</i>	205
<i>Sobre la Compensacion de los Salarios de Tramitacion en caso de Despido Nulo con los Obtenidos por el Derecho Español del Trabajo</i> <i>(Germán Barreiro González)</i>	211
<i>Democracia e Relações Coletivas do Trabalho</i> <i>(Euclides Alcides Rocha)</i>	219
<i>Sindicalismo do Direito Comparado</i> <i>(Dinaura Godinho Pimentel Gomes)</i>	230
<i>A questão da Contribuição à Seguridade Social nas Ações Trabalhistas</i> <i>(Zeno Simm)</i>	244

EDITORIAL

A REVISTA DO TRT 9ª REGIÃO ESTÁ DE CARA NOVA

Caro leitor,

Aqueles que estavam acostumados a receber a cada semestre a Revista do TRT 9ª Região provavelmente imaginaram o quanto este número está atrasado – o último publicado foi o referente ao segundo semestre de 1991 (vol. XVI, nº 2). O aparente atraso tem explicação: a Revista agora é anual!

Em face da reestruturação administrativa, decorrente da reforma do Regulamento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, foi criado o Serviço de Jurisprudência encarregado agora elaborar a Revista do TRT – antes função da Comissão – além da elaboração mensal do Boletim de Jurisprudência. Com o aperfeiçoamento e a rigorosa periodicidade do Boletim não se justificava mais a publicação de jurisprudência na Revista - quer da íntegra dos acórdãos, quer do ementário, razão pela qual a Revista além da periodicidade também teve o conteúdo alterado.

A Revista não mudou apenas no seu aspecto gráfico, a capa, o que mudou efetivamente foi a concepção que a deve nortear. Optou pelo caráter da “formação”, deixando a “informação” para o Boletim, que é muito mais dinâmica. Os estudos e artigos doutrinários passaram a constituir a sua

prioridade.

Como se sabe, o Direito paulatinamente vai se subdividindo em ramos e sub-ramos mas, por paradoxal que possa parecer, na medida em que se constitui em especialidades exige mais e mais um conhecimento enciclopédico, multidisciplinar. A Revista do TRT 9ª Região não poderia ser insensível a essa realidade, pelo que, incluiu no seu conteúdo matérias de extrema importância para o Direito do Trabalho, tais como: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Processual Civil, Direito da Seguridade Social. Ainda, nesta alheta e discordando de Ihering, para quem o Direito é o Direito das localidades, artigos de autores estrangeiros, dado caráter **universal** do Direito foram incluídos no texto da Revista, enriquecendo assim o seu conteúdo.

Finalizando, é oportuno ressaltar que a nossa Revista se constitui num espaço aberto àqueles que estejam preocupados em pensar o Direito.

A Comissão da Revista

Direito Constitucional
e
Direito Administrativo

**Poder Judiciário.
Autonomia e Justiça**
CLÊMERTON MERLIN CLÈVE

APRESENTAÇÃO

Dr. Clèmerson Merlin Clève

Professor de Direito Constitucional e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFPr. Pós-graduado pela Université Catholique de Louvain - Bélgica. MESTRE (UFSC:1983) e DOUTOR (PUC/SP:1992) em Direito Constitucional. Ex-Procurador da República. Procurador do Estado e advogado em Curitiba.

Poder Judiciário Autonomia e Justiça *

1. Função Jurisdicional e Judiciário

A Constituição Federal de 1988 prestigiou o Poder Judiciário. Concedeu, afinal, a esse Poder o monopólio da função jurisdicional. Não há mais autorização para a criação de contenciosos administrativos, tal como ocorria com a Constituição revogada. Por isso que o **princípio da inafastabilidade da apreciação judicial** obteve, com o novo Pacto Fundamental, uma carga semântica reforçada. Com efeito, estabeleceu o Constituinte que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça a direito**” (art. 5º, XXXV, da CF). A Constituição anterior referia-se apenas à hipótese de lesão e, pois, não àquela de ameaça. Essa simples alteração na textura lingüística da norma pode favorecer a emergência de teses que procuram restringir a liberdade de conformação normativa do Legislador quando atuada para suprimir mecanismos, ainda que de ordem infra-constitucional, existentes exatamente para a proteção de direitos ainda que não lesionados mas, entretanto, ameaçados de lesão.

Possível exceção ao monopólio da função jurisdicional do Judiciário constitui a competência atribuída ao Senado Federal para o julgamento de algumas autoridades, entre elas o Presidente da República, pela prática de crimes de responsabilidade (competência, esta, que se repete, também, no plano estadual). Mas aqui, afinal, não se pode dizer com firmeza se tal competência constitui, mesmo, exercício de função jurisdicional. Ademais,

(*) Exposição preparada para o II Congresso dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Paraná realizado, pelo SINDIJUS, em Curitiba, nos dias 25 e 26 de Setembro/92.

pela lógica do sistema constitucional de controle recíproco entre os Poderes, deve mesmo caber ao Legislativo, e não ao Judiciário, o julgamento de questão que envolve, afinal, juízo tipicamente político e, pois, não jurídico como aquele atuado pelos exercentes de cargos judiciais.

Essa possível exceção ao monopólio da função jurisdicional do judiciário, todavia, não compromete a expressão desse Poder. Apanhe-se o direito comparado, e então veremos a situação privilegiada do judiciário brasileiro. Na França, sob o prisma constitucional, não existe verdadeiro Poder Judiciário, mas simplesmente uma autoridade judiciária. Um corpo de funcionários com regime jurídico peculiar. Não obstante o esforço daqueles que procuram decalcar da jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* o fundamento para a justificativa da magistratura enquanto Poder, a verdade é que a Constituição francesa não concedeu à magistratura a significação que a Carta Brasileira a ela atribuiu. Ademais, a autoridade judiciária, naquele país, sofre importante amputação, em virtude da existência do contencioso administrativo (Tribunais Administrativos e Conselho de Estado). Contencioso administrativo, aliás, que é encontrável, também, em outros países integrantes do território ocupado pelas democracias ocidentais: Bélgica e Itália, por exemplo. Ou mesmo os EUA com as comissões exercentes dos poderes (quase-legislativos e) quase-judiciais.

2. O Problema da Autonomia

Talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça brasileira.

Em primeiro lugar o Judiciário constitui um Poder. Um Poder do Estado que se localiza ao lado do Executivo e do Legislativo (art. 2º da CF). E, mais do que isso, um poder com efetiva autonomia. Aliás uma autonomia concedida no interesse dos jurisdicionados e, não propriamente no interesse dos órgãos integrantes da estrutura judiciária. Trata-se a autonomia de importante mecanismo possibilitador da independência do Judiciário, bem assim como de seus membros. Os Poderes da República são independentes (e harmônicos) diz o Constituinte (art. 2º, da CF).

Aliás a independência do Judiciário é assegurada seja em virtude da (I) **autonomia institucional**, seja, ainda, em virtude da (II) **autonomia funcional** concedida à magistratura.

A **autonomia institucional** desdobra-se em alguns princípios constitucionais norteadores da organização dos tribunais judiciais. Com efeito, no sistema jurídico brasileiro, vigoram os princípios organizativos do (a) **auto-governo**, (b) **da auto-administração**, (c) **da inicialidade legislativa**

e (d) da auto-administração financeira.

Em face desses princípios compete aos próprios tribunais eleger seus dirigentes (art. 96, I, a). Basta uma olhadela no direito comparado e veremos que nem todos os sistemas constitucionais caminham nesse diapasão. Apenas um exemplo será capaz de ilustrar a afirmação. Nos EUA, compete ao próprio Presidente da República nomear (com aprovação do Senado) o nome do *Chief of Justice*, ou seja o nome do Presidente da Suprema Corte Americana que, aliás, exercerá essa função de modo vitalício. No Brasil vigora o princípio da periodicidade dos mandatos, inclusive, na esfera governativa interna do Judiciário.

Em face do princípio da auto-administração compete aos próprios tribunais elaborar seus regimentos internos, organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva (art. 96, I, b) da CF), conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (art. 96, I, f), da CF). O poder de auto-administração dos tribunais foi ampliado, afinal, na medida em que, hoje, esses órgãos podem também prover os cargos necessários à administração da justiça (serviços auxiliares) bem como aqueles dos juízes de carreira da respectiva jurisdição (art. 96, I, c), da CF). Temos aqui, no último caso, verdadeira novidade incorporada pela Constituição Federal de 1988. Em que país do mundo afinal, conta o Judiciário com um poder de auto-administração tão pronunciado? Em que país do mundo dispõe o Judiciário de competência para prover os cargos da carreira da magistratura?

Do princípio da inicialidade legislativa decorre a iniciativa reservada de algumas leis. A primeira delas é o Estatuto da Magistratura Nacional, lei complementar de iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal. Diante do disposto no art. 93 da Constituição Federal, não pode o Congresso Nacional dispor sobre essa matéria sem a preliminar provocação da Suprema Corte brasileira. Ao depois, cabe unicamente aos tribunais a iniciativa de leis que disponham sobre (1) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; (2) a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, dos serviços auxiliares e dos juízos que lhe forem vinculados; (3) a criação ou extinção dos tribunais inferiores bem como (4) a alteração da organização e da divisão judiciárias (art. 96, II, da CF). O princípio da inicialidade legislativa impede a alteração de tais matérias sem a prévia provocação de Judiciário. Onde, em que país do mundo, o Judiciário detém poder de iniciativa legislativa? De se lembrar que nos EUA nem o Presidente detém tal poder.

O princípio da auto-administração financeira é suficiente para autorizar os tribunais a gerirem suas dotações orçamentárias (necessariamente entregues

pelo Executivo, em duodécimos, a cada dia 20 art. 168 da CF) bem como a elaborar suas propostas orçamentárias que, ao depois, serão submetidas ao Poder Legislativo por ocasião da votação da lei orçamentária anual (art. 99 da CF). A Constituição de 1988 inovou quando possibilitou ao próprio Judiciário elaborar a proposta orçamentária. É verdade que essa inovação produzirá alguns problemas. O Constituinte não foi muito claro quando definiu a questão. Não se sabe exatamente se deve o Judiciário encaminhar a sua proposta diretamente ao Poder Legislativo (a proposta constituiria uma providência assimilável à iniciativa legislativa) ou se, afinal, deve aquele Poder encaminhar referida proposta ao Executivo, detentor da iniciativa privativa da lei orçamentária (art. 165 da CF). A verdade é que, com o primeiro ou com o segundo encaminhamento deve, necessariamente ser considerada a proposta do Judiciário que incluída no projeto de lei orçamentária (pelo Executivo ou já no âmbito do Legislativo), sujeitar-se-á à aprovação dos parlamentares.

A **autonomia funcional** do Judiciário decorre do regime jurídico atribuído, pela Constituição, aos magistrados. Os membros do Poder Judiciário gozam das garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos, nos termos fixados pelo Pacto Fundador (art. 95, I, II e III, da CF). Mas a autonomia funcional é, igualmente, assegurada pelas vedações que alcançam os juízes (art. 95, parágrafo único, da CF: o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; a percepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processos e, finalmente, o exercício de atividade político-partidária).

A autonomia, nas suas múltiplas dimensões, é condição da independência do Judiciário e da imparcialidade de seus membros. O sentido da imparcialidade exigida da magistratura será esclarecida mais tarde.

3. O Problema do Controle

Um Estado que se pretende Democrático de Direito não pode prescindir de mecanismos de controle da função jurisdicional. Dois são basicamente os tipos de controle reclamados. O primeiro (I) é o **controle da atividade jurisdicional propriamente dita**. O segundo (II) é o **controle da legitimidade dessa atuação**.

O primeiro tipo de controle é encontrável sem maiores dificuldades no sistema constitucional brasileiro. Em alguns casos pode ser deduzido de princípios e preceitos constitucionais. O sistema de distribuição de competências jurisdicionais no direito brasileiro sugere a existência de um **princípio do duplo grau de jurisdição**. O jurisdicionado, inconformado com uma decisão judicial prolatada por juiz de primeiro grau, em geral, pode, satisfeitos os

requisitos constitucionais ou legais, interpor recurso para reclamar sua reapreciação. A existência de óbices de alçada, estabelecidos por meio de lei, não é suficiente para infirmar a existência do referido princípio. Até porque, mesmo nesta hipótese, cabe ao jurisdicionado sucumbente interpor recurso que será, todavia, apreciado pelo próprio juiz prolator de decisão impugnada, salvo quando envolver matéria constitucional.

O controle da atividade judicial é possibilitado, também, pela exigência de publicidade. Com efeito, dispõe a Constituição (art. 93, IX) que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade, podendo a lei, todavia, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. Quando se vê o modo como funcionam as Cortes Constitucionais européias, com decisões tomadas a portas fechadas e se as compara com a prática brasileira, então vemos as vantagens da nossa experiência constitucional que, neste particular, atende plenamente o sonho republicano da transparência das atividades do Estado.

Por outro lado a fundamentação das decisões judiciais, igualmente exigida pela Constituição, é outro meio possibilitador de amplo controle sobre a atividade do Juiz. Deve o Juiz expressar objetivamente as razões pelas quais decidiu deste ou daquele modo. Em que pesem as últimas descobertas da ciência, especialmente da psicanálise, da semiologia e da ciência política (teoria das ideologias) que procuram demonstrar a presença de componentes irracionais e ideológicas ocultos nas decisões, nem por isso se pode deixar de reconhecer que a fundamentação (motivação) constituiu esforço para racionalizar a atividade do Juiz, tornando-a controlável, pela sociedade e, igualmente, pelas instâncias judiciais superiores ou, mesmo, pela doutrina.

Aliás, diga-se que no âmbito do Judiciário todos os atos exigem fundamentação, constituam eles atos jurisdicionais típicos (art. 93, IX, da CF), ou simples atos administrativos (art. 93, X, da CF). Por isso que a atuação do Judiciário, seja ela jurisdicional (exercício de função típica) ou administrativa (exercício de função atípica), implica sempre a mais ampla possibilidade de controle. A motivação necessária dos atos administrativos dos demais poderes, lamentavelmente, não foi exigida pela Constituição.

Como se vê, o sistema constitucional oferece mecanismos suficientes para o controle da atividade do Judiciário. Cabe discutir, agora, o problema do controle da legitimidade de sua ação.

Dos três poderes da República, o Judiciário é o único que é composto por agentes cuja investidura independe da vontade popular. O Pacto Fundamental (I) pretende instaurar um Estado Democrático de Direito, cujo primeiro fundamento é a (II) soberania (inclusive a popular) e, ademais, onde (III) o poder sempre emana do povo, que o exerce por meio de representantes

eleitos ou diretamente. A legitimidade, então do Legislativo e do Executivo reconduz-se, pelo menos num primeiro momento, ao problema da soberania popular. Tal não ocorre com o Judiciário. Não se quer advogar que a investidura dos membros do Judiciário dependa, também, de eleições. A experiência de alguns Estados norte-americanos é suficiente para demonstrar que o Juiz eleito não será um Juiz necessariamente independente. Aliás, em nome da independência do Judiciário a Constituição impede que os seus membros exerçam atividade político-partidária. O sistema de investidura adotado pelo Brasil, combinando concurso público para ingresso na carreira e nomeação, observados os requisitos impostos pelo Constituinte, para os cargos dos Tribunais Superiores e alguns dos Tribunais de Segunda Instância (o famoso quinto constitucional; art. 94 da CF), constitui modelo que desmerece crítica. Está perfeitamente ajustado à realidade brasileira.

O eleitorado participa, de modo indireto, da escolha dos membros dos Tribunais Superiores (especialmente do STF e do STJ), na medida em que estes são nomeados pelo Presidente da República (arts. 101 e 104 da CF). Ora, tanto o Presidente quanto os Senadores foram investidos por força da vontade popular. O eleitorado pode participar outra vez nesse domínio (escolha de membros do Judiciário) quando escolhe, pelo voto direto, universal e secreto, os juizes de paz para um mandato de quatro anos (art. 98, II, da CF). Como se sabe, dispõem os juizes de paz de competência para celebrar casamentos e, na forma da lei, “verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.

Outra forma de legitimação da atuação jurisdicional ocorre com a participação direta dos cidadãos no exercício da função judicial. Ela, com efeito, pode ocorrer nos juzados especiais que, nos termos da Constituição, podem ser compostos por juizes togados e leigos (art. 98, I, da CF); mas, necessariamente ocorre nos juzados de paz (compostos por cidadãos leigos eleitos: art. 98, II, da CF); nos Tribunais do Júri (compostos por cidadãos: art. 5º, XXXVIII, da CF), competentes para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e nas juntas eleitorais (compostas por cidadãos; art. 118, IV, da CF).

Uma certa forma de participação poderia igualmente ser encontrada na Justiça do Trabalho, cuja composição em nosso país é necessariamente paritária (arts. 111 a 117 da CF). Por isso que seus órgãos, inclusive os de primeira instância (as juntas de conciliação e julgamento), são compostos por juizes togados (na Junta: o Juiz Presidente) e por juizes classistas, temporários, representantes dos empregados e dos empregadores. Ocorre que a participação, aqui, não é do eleitorado (corpo de cidadãos = soberania popular), mas sim das corporações. Trata-se, portanto, de mera participação corporativa,

ademais, deturpada pelo jogo de interesses menores certamente exasperado em face da remuneração concedida aos juizes classistas que, diante de previsão legal, podem inclusive obter aposentação no cargo. Diga-se nesta altura que, por ocasião da revisão constitucional que ocorrerá a partir de 1993, o instituto do vocalato na Justiça do Trabalho deve passar por profunda rediscussão. Boa parte da dotação orçamentária da Justiça do Trabalho se destina, hoje, ao pagamento da remuneração, de aposentadoria, ou pensão de juizes classistas. Sem esta despesa a prestação jurisdicional nesse campo poderia ser ampliada, especialmente pela instalação de órgãos de primeira instância dessa importante justiça especializada nas cidades de certo porte que, ainda hoje, não a possuem.

A legitimidade da atuação jurisdicional não repousa necessariamente sobre o problema da forma de investidura dos membros da magistratura. É verdade que a participação popular no universo jurisdicional constitui interessante mecanismo de aproximação entre a justiça e a sociedade. É verdade, também, que no Brasil, a exemplo do que ocorre em outros países, a sociedade deveria discutir intensamente os nomes indicados pelo Presidente da República para integrarem os Tribunais Superiores. O próprio Senado deveria levar mais a sério a arguição que realiza antes de sua manifestação sobre a escolha presidencial.

A legitimidade da ação jurisdicional repousa basicamente, sobre a racionalidade e a justiça da decisão. A decisão judicial deve ser racional e, portanto controlável racionalmente. Por isso que o Juiz deve, na medida do possível, procurar exercer um controle sobre os mecanismos psicológicos orientadores da sua decisão. A decisão judicial deve, ademais, ser justa. O padrão de justiça, por evidente que não será encontrado em nenhum referencial arbitrário, aprioristicamente deduzido desta ou daquela concepção filosófica, mas, sim, na própria Constituição, quando se trate de uma Constituição Democrática como a brasileira.

Os valores consagrados na Constituição, inclusive os Princípios Fundamentais e as normas dedutíveis do Preâmbulo, informam o conceito de justiça que orientará a atuação jurisdicional. Justiça e racionalidade; aqui se encontram os fatores legitimadores da atuação jurisdicional do Estado Democrático de Direito.

Discute-se sobre a possibilidade da instituição, no Brasil, de um mecanismo de controle externo da atividade jurisdicional. Esse mecanismo, composto por pessoas representantes dos demais Poderes da República e, também, da sociedade, se encarregaria de velar pela regularidade da atuação dos membros do Judiciário. É claro que não pode constituir instância recursal. É evidente, ademais, que não poderá discutir o mérito das decisões judiciais. Ou estabelecer diretivas orientadoras do agir do Juiz. O Conselho apenas teria

por finalidade estabelecer uma ponte de ligação entre a sociedade e o Poder Judiciário, sem ferir, pois, a autonomia e a independência da magistratura. Traria ao Judiciário as preocupações da sociedade; cuidaria da regularidade dos concursos públicos para ingresso na carreira. Fiscalizaria, ademais, a correção da atuação judicial, exercendo competência para, inclusive, aplicar punições aos membros da magistratura incidentes em faltas funcionais.

É verdade que o Judiciário já dispõe de mecanismos internos (as corregedorias) de fiscalização da atuação funcional do Juiz. Se esses mecanismos, quanto aos juizes de primeiro grau, têm funcionado, a verdade é que são quase inoperantes quanto à fiscalização da atuação dos órgãos jurisdicionais de grau superior. Isso precisa mudar.

O Judiciário, hoje, no Brasil desenvolve intensa campanha para evitar, na revisão judicial, a criação de órgão externo de controle de sua atividade. Penso que a idéia não deveria ser combatida. Poderia, ser discutido, sim, o modo como tal conselho externo será composto, bem assim a sua competência. Não há razão para o Judiciário temer algo que, em si, não tem a finalidade de amesquinhar sua independência ou sua autonomia, mas, sim, contribuir para a legitimação de sua atuação.

Agora, se o Judiciário é, mesmo, contra a idéia da criação do referido órgão de controle externo, então que, pelo menos, sugira ao Constituinte a criação de órgãos internos, desde que eficazes e sérios, exercentes de idênticas atribuições.

4. O Problema da Justiça

A Função do Judiciário, em princípio é a de dirimir conflitos de interesses. Mas, a função do Judiciário, também, é a de distribuir justiça. O povo tem fome de justiça. Mas qual justiça é distribuída pelo Judiciário?

O Estado Democrático de Direito é mais do que um Estado de Direito. É um Estado de Justiça. A Constituição Federal de 1988 procurou fazer do Brasil um Estado de Justiça. Por isso inscreve na Ordem Constitucional uma série de valores que, agregados em regras e princípios (os princípios fundamentais), são suficientes para informar o conteúdo mínimo do direito brasileiro. Esse conteúdo mínimo, corresponde aos *standards* de justiça aceitos pela formação social brasileira. A justiça da decisão judicial é a justiça deduzida de um Texto Constitucional que procura privilegiar a dignidade da pessoa humana. No sistema constitucional brasileiro atual é perfeitamente possível se advogar a inconstitucionalidade da lei injusta. Qualquer lei injusta, ofensiva dos *standards* definidos pelo Constituinte, será uma lei inconstitucional cuja aplicação pode ser perfeitamente negada pelo Juiz.

O juiz deve, no atual momento histórico, ter um compromisso com a

justiça normativamente inscrita na Constituição Federal. E isso é perfeitamente possível no Brasil, já que aqui, ao contrário de outros países, todos os juízes exercem jurisdição constitucional (todos os órgãos do Judiciário são órgãos da Justiça Constitucional).

A realização da justiça pelo Juiz implica, todavia, a discussão de, pelo menos, três intrigantes questões. Primeiro, o problema da neutralidade e da imparcialidade do juiz. Segundo, o problema da concepção de direito subjacente às decisões e, terceiro, a questão da dimensão ideológica do direito e, então, também, da decisão judicial.

Há um certo mito quanto à imparcialidade e neutralidade do juiz. O Juiz é um ser humano e não alguém que esteja acima do bem e do mal. Enquanto ser humano ele não pode deixar de sofrer a influência do meio onde vive. Além do mais, hoje já está demonstrado que o Juiz não constitui mero aplicador da lei despido de vontade; um órgão neutro, surdo e mudo, que nada mais faz do que solucionar o caso concreto aplicando não a sua vontade (decisão), mas sim aquela antes pronunciada pelo Legislador. Muito mais do que isso, o Juiz participa, ainda que procure negá-lo, ativamente do processo de formação e eterna reconstrução da ordem jurídica. Logo, possui vontade; não constitui um autômato, escravo da técnica surrealista e mentirosa do silogismo.

Por outro lado não basta, hoje, desconstruir o discurso tradicional. É muito pouco desmontar a mitologia que aos poucos foi sendo formada no universo da dogmática jurídica. É necessário ir adiante. O juiz não é neutro. Mas deve fazer um esforço para alcançar a neutralidade quando decide uma questão. Deve procurar controlar os mecanismos psíquicos que comandam o seu processo decisório. Deve procurar afastar a carga irracional que contamina o seu alcance intelectual. Deve procurar mergulhar na complexidade da questão submetida à sua apreciação. Esse processo é difícil, todos sabem. Nem sempre é possível, ninguém desconhece. Mas deve ser experimentado, deve ser praticado, deve ser concretizado, deve ser tentado, insistentemente, pelo juiz. O universo da decisão judicial deve ser o universo da racionalidade. O esforço do juiz é o esforço de despir-se dos processos mentais irracionais para alcançar a razão (como reclamavam os iluministas). A dialética processual e a discussão judicial concretizam uma caminhada que corresponde àquela mesma experimentada pela ciência. A verdade última é a verdade decorrente do embate das idéias, onde apenas a força do argumento (ajustado aos paradigmas postos pela ciência ou pelo direito) deve prevalecer.

A neutralidade do juiz exige, pois, não a criação de um ser despido de vontade, mas apenas que o órgão judicial se encontre pronto para decidir qualquer demanda rendendo-se unicamente à força dos argumentos produzidos em juízo em face do contraditório. Exige, ademais, que o juiz não possua qualquer interesse pessoal na demanda, por isso que o processo decisório,

tanto quanto possível, será um processo controlado e controlável, submetido apenas às coordenadas impostas pela razão. Não significa que o juiz não possa, em face das coisas do mundo, ter as suas preferências. É claro que o juiz pensa sobre as questões do mundo, daí porque, certamente, opta por certos caminhos, adota determinadas idéias, possuindo uma concepção particular sobre os problemas (políticos, econômicos, jurídicos) debatidos no universo societário. O juiz, ninguém pode esquecer, é antes de tudo um homem e um cidadão. E assim deve ser.

O juiz tem um compromisso com a imparcialidade. A Constituição como vimos, confere ao juiz certos predicamentos exatamente para permitir que atue com independência e com imparcialidade. A imparcialidade constitui idéia complementar da neutralidade. O juiz não pode preferir qualquer das partes que integram a relação processual. Deve presidir o processo zelando pela igualdade das partes. Isto, todavia, não impede que o juiz possua, em relação à questão de direito debatida nos autos certa convicção.

Há que ser dito algo a respeito da ideologia. Os juristas procuram negar a ideologia. O mesmo ocorre com os juizes. Estes, muitas vezes, escondem as suas preferências fazendo uso de certo discurso mentiroso e mistificador da neutralidade. Na verdade, aplicam o direito tal como o compreendem, ajustando-o à sua professada ideologia, todavia argumentando que o fazem com apoio unicamente na norma e na lei. Tudo se passa como se prolatassem uma não-decisão. Uma sentença que não faz mais do que concretizar a vontade (decisão) abstrata da norma. Possuem, esses discursos (sentenças), verdadeiros silêncios discursivos com uma carga de significação muito mais intensa do que aquela do texto. Em casos assim há que se ler não o que o discurso diz, mas sim, efetivamente, aquilo que ele deixa de dizer. O controle da decisão judicial deve nesses casos, pois, incidir sobre o silêncio e não apenas sobre o texto da decisão. Porque se assim não agir, a carga de significação do silêncio intencional e determinante da decisão acabará por fazer coisa julgada.

Os operadores jurídicos e, em especial, os juizes devem assumir a dimensão ideológica do direito. Devem, mais do que isso, dizer (motivação) em que tipo de ideologia fazem repousar a decisão judicial. De onde parte o vetor determinante da solução do caso decidido. Somente assim se conseguirá alcançar a transparência no universo jurisdicional, transparência esta exigida pelo Estado Democrático de Direito. A negação da ideologia muitas vezes não passa de mecanismo de ocultação da carga ideológica da decisão. Ocultação que impede ou dificulta o exercício do direito de impugnação pelo jurisdicionado (duplo grau de jurisdição).

Pior todavia do que o que pretende decidir ocultando a ideologia é aquele que decide ideologicamente imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade. O juiz inconsciente, aquele incapaz de

enxergar a carga de significação do universo jurídico-imaginário, aquele que desconhece os movimentos da história e os interesses concretos das classes sociais, este é cativo das ideologias hegemônicas, é escravo do poder e dos interesses dominantes. Este juiz é perigoso, porque age ideologicamente, acobertando certos interesses com a plena convicção de que não fez mais do que aplicar a lei. Mas de que modo foi aplicada a lei? A compreensão literal do texto normativo nem sempre significa plena compreensão do direito.

A aceitação da dimensão ideológica do direito e a demonstração do ponto de partida ideológico tomado para a decisão constituem necessários aportes para a construção de uma ordem jurídica atualizada.

A concepção de direito subjacente às decisões integra outra dimensão necessária para a realização de justiça. Que direito, afinal, deve ser aplicado pelo juiz?

Vivemos um momento de superação dos postulados individualistas do direito. Os conflitos individuais vão, na sociedade técnica e de massas, cedendo espaço para conflitos coletivos. Por outro lado, o tempo se acelera; conflitos novos nascem sem uma pronta solução normativa. As leis vão assumindo um caráter de provisoriedade. O papel do juiz cresce cada vez mais em importância. Cabe a ele, afinal, adequar os velhos dados normativos às renovadas conjunturas, às situações emergentes, aos conflitos outrora inexistentes e, hoje, recorrentes. Se o direito dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz. Teria, todavia, o juiz consciência disso?

No Brasil de agora, não pode o juiz aplicar, simplesmente, os dados normativos residentes, por exemplo, no Código Civil, sem procurar adequá-los aos novos tempos e, mais, à idéia de direito consagrada na Constituição. Esse trabalho de adequação (negativa de aplicação de determinados dispositivos e interpretação de outros conforme a Constituição) não é fácil. E, neste ponto, nem todos estão preparados para levá-lo adiante.

O preparo dos novos operadores jurídicos constitui função das escolas de direito. E neste ponto, afirma-se, as escolas de direito estão falhando. Não se preocupam em atualizar os seus programas curriculares; não se preocupam em discutir as novas dimensões do direito; não se preocupam em analisar o papel dos operadores jurídicos, inclusive do juiz, na sociedade contemporânea; não se preocupam com a crítica da dogmática jurídica nem com a desconstrução de uma mitologia jurídica que, muitas vezes, além de ultrapassada e inadequada, é surrealista e reacionária. Quanto aos juizes, é necessário dizer que eles próprios devem, nas escolas da magistratura, discutir esses temas. Aliás, é indispensável que o façam.

Se o juiz não consegue, com o apoio de disciplinas como a filosofia, a

sociologia e a história jurídicas, desenvolver uma visão global do direito, de sua estrutura e de seus problemas, então teremos um homem escravo de concepções jurídicas que podem ser contraditórias. Sim, porque o universo de produção da lei é um universo, muitas vezes, irracional, fortemente marcado pelas concepções políticas cambiantes, por isso que, no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, é possível encontrar normas de conteúdo marcadamente corporativo (a CLT), ao lado de outras absolutamente individualistas (o Código Civil) que se encontram ao lado de outras de conteúdo plenamente ajustado às exigências do Estado Democrático de Direito (Código de Defesa do Consumidor). Um juiz perdido no cipoal normativo do direito, que se pretende mero aplicador da lei, será um juiz corporativo ou individualista ou social conforme o texto que aplicar. O juiz não pode ser prisioneiro das concepções que presidiram a elaboração dos textos normativos individualmente considerados. O juiz deve entender a dimensão axiológica que preside, hoje, na atualidade, no momento da realização da justiça, todo o sistema jurídico. Assim a normativa, de não importa qual época, deve ser compreendida à luz das coordenadas hermenêuticas atualizadas pela história e corporificadas na norma constitucional.

A análise séria, interdisciplinar e consciente, da concepção de direito subjacente às decisões judiciais é fundamental para a realização de uma justiça atualizada. A discussão do direito aplicável (os dados normativos) bem como do direito aplicado (as decisões judiciais) deve ser urgentemente retomada pelas escolas de direito, pelos operadores jurídicos e também pela sociedade.

5. A Questão do Acesso à Justiça

Afirme-se: não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa.

O acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional.

O problema do acesso à justiça tem sido muito discutido. Ninguém desconhece a existência de sérios obstáculos impositivos do referido acesso. Ninguém desconhece, também, que muitas medidas tem sido sugeridas para a ultrapassagem desses obstáculos. De certo modo a Constituição se preocupou com essa questão. Trata-se, agora, de tornar efetivas as normas constitucionais que dispõem a respeito.

A sociedade técnica e de massas altera o perfil dos conflitos de

interesses. Os conflitos individuais cedem, cada vez mais, espaço para os conflitos coletivos. A Constituição atenta a esse problema, instituiu, entre os direitos fundamentais, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX). Admitiu, ainda, que as associações, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente (art. 5º, XXI). Determinou, também, que aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III). Ampliou, depois, a legitimação ativa do Ministério Público para a propositura da ação civil pública que, agora se presta para proteger além do patrimônio público, do social e o meio ambiente, igualmente outros interesses difusos e coletivos. Previa, ademais, a defesa do consumidor e, por isso que o Congresso Nacional aprovou o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Por outro lado, textos legislativos esparsos igualmente dispõem sobre mecanismos processuais que ultrapassam os limites da concepção liberal: Lei 7.347, de 24.07.85 (alterada pela Lei 8.078 de 11.09.90) disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Lei nº 7.853, de 24.10.89, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas (ação civil pública para proteção de interesses coletivos ou difusos de pessoas portadoras de deficiência). Lei 7.913, de 07.12.89, dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Lei nº 8.069, de 13.07.90, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; os arts. 208 e 224 dispõem sobre a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos de crianças e adolescentes.

Como se vê, o direito brasileiro admite a provocação do Judiciário por meio de instrumentos processuais adequados à tutela de interesses coletivos (não vamos aqui falar dos interesses difusos). Esses mecanismos são de extrema importância porque a um, permitem amplo acesso aos cidadãos ao Judiciário, e a dois, permitem decisões judiciais únicas incidentes sobre todo um universo coletivo, o que implica em celeridade e economia processuais. Importa, entretanto, que o Judiciário não crie embaraços à utilização desses institutos, o que muitas vezes ocorre em face da formação acentuadamente liberal-individualista dos Juízes.

Para além da instituição (e plena aplicação) dos instrumentos coletivos, é necessário a informalização dos procedimentos judiciais. Ora, a Constituição prevê (art. 98, I) a criação de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor

potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Prevê, mais (art. 98, II) a justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos por voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. Se esses dois mecanismos forem implementados, então mais um importante passo será dado para o fim de, tornando efetivas normas constitucionais, garantir a democratização do acesso à decisão judicial.

É necessário, também, a ampliação dos juízos e varas, levando o juiz até o povo (o juiz, como o artista da canção de Milton Nascimento, deve ir aonde o povo está). Esta providência implica a racionalização do aparelho judicial, para o fim de criar novos juízos e varas onde efetivamente haja precisão, com a conseqüente extinção das varas que não justifiquem um número mínimo de feitos em andamento. É fundamental, ademais, tornar efetiva a norma do art. 126 da Constituição Federal, segundo a qual “para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias”. Juízes que, nos termos da Constituição (art. 126, parágrafo único), sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, far-se-ão presentes no local do litígio. É indispensável, por outro lado, reduzir o custo da prestação jurisdicional, daí porque a oficialização dos cartórios do foro judicial (justiça comum estadual) constitui providência urgente. Aliás providência outra vez determinada pela própria Constituição (art. 31 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Muitas vezes, querendo provocar a tutela jurisdicional, o cidadão fica impedido por não possuir recursos para a contratação de advogados. Outras vezes, sem assessoria jurídica indispensável, acaba por incidir em erros que poderiam, muito bem, ser contornados. Ora, não há justiça sem a instituição, pelo Estado, de assistência judiciária gratuita. Assim como o Estado oferece serviços públicos na área de saúde, deve, igualmente fazê-lo na área da justiça. A Constituição Federal (art. 5º, LXXV) dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A assistência judiciária hoje prevista na legislação ordinária, especialmente na Lei nº 1.060, de 05.02.1950, não é suficiente para satisfazer o comando constitucional. Por isso que o Estado (União, Estados-membros e Municípios) devem, urgentemente, colocar à disposição dos cidadãos necessitados, por meio de órgãos próprios ou de outro meio, serviços públicos prestadores de assistência jurídica integral. No âmbito da União, Distrito Federal e dos Estados, a Constituição Federal instituiu as Defensorias

Públicas (art. 134 da CF) às quais incumbiu a orientação jurídica e a defesa em sede judicial, em todos os graus, dos necessitados. É imperioso que a União (inclusive para o Distrito Federal) e os Estados-membros, de uma vez, instituem ou organizem as suas Defensorias Públicas. Quanto aos Municípios podem e devem, também prestar esse tipo de serviço público. Não é indispensável que instituem órgãos próprios (Defensorias) bastando que, por meio de convênios com particulares, com escolas de Direito, ou por outra fórmula, assumam uma responsabilidade que também é deles. Não se pode esquecer que a Constituição Federal estabelece no art. 23, II, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - “cuidar da saúde e assistência pública, ...” e X - “combater as causas de pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”. Esses dois incisos, nas partes referidas com grafia em negrito, são suficientes para justificar a responsabilidade do Município quanto a essa matéria. Afinal, a assistência jurídica integral constitui uma modalidade de “assistência pública” (a Constituição aqui não se refere à assistência social, mas, sim, à assistência pública, que é mais ampla), constituindo, ademais, importante mecanismo de promoção da integração social dos setores desfavorecidos.

A assistência jurídica integral aos necessitados deve com urgência ser prestada pelo Estado. Cabe, afinal, à assistência jurídica fazer a ponte entre a sociedade, especialmente aquela imensa parcela composta pelos desfavorecidos, e o Poder Judiciário. Sem a prestação desse serviço público, pelo Poder Público. O Estado Democrático de Direito jamais poderá ser concebido como Estado de Justiça. E o princípio da inafastabilidade da prestação judicial apenas terá eficácia na sua dimensão formal, mas jamais, na indiscutivelmente importante dimensão material (vedação da instituição, pela lei, de mecanismos obstaculizadores da tutela judicial: - dimensão formal. Instituição de mecanismos promotores do acesso à prestação jurisdicional: - dimensão material do princípio).

O acesso à Justiça pressupõe, finalmente, a informação. Num país assolado pela miséria, onde milhões de cidadãos nem mesmo conseguem alcançar a alfabetização, é indispensável a informação. Um cidadão desinformado é presa fácil do arbítrio e da injustiça. Sem saber os direitos que possui, sem saber a quem recorrer no caso de agressão, sofre todos os infortúnios da vida imaginando que essa, afinal, é a carga do destino.

Há a necessidade da realização de programas nacionais de informação. O pleno exercício da cidadania depende da implementação dessas iniciativas. Preocupada com essa questão, a Associação dos Magistrados Brasileiros está elaborando uma cartilha com o objetivo de aproximar o Judiciário da sociedade. O Judiciário, esse poder desconhecido pelo povo, com medidas

como estas, passa a ser incorporado ao cotidiano dos cidadãos informados. Espera-se que essas medidas continuem no futuro, sem sofrer interrupção. A OAB também deveria se sentir responsável pela realização de amplas campanhas de informação popular.

6. Considerações Finais

A Constituição Federal procurou instituir um Judiciário forte, independente e autônomo. Concedeu aos magistrados um estatuto que, efetivamente, os protege contra o arbítrio e a prepotência. Preocupou-se com o problema do acesso à justiça. Preocupou-se com o problema da investidura dos juízes e da racionalidade das decisões judiciais.

Talvez, quanto ao Judiciário, mudança na Constituição que pudesse ser reclamada diria respeito com o controle externo da atividade judicial.

Cabe, agora, reclamar a plena efetividade da Constituição, porque, sem a plena realização da Constituição não alcançaremos jamais a plena realização da justiça. Mas esta questão já não depende apenas do direito. Depende, sim, do homem. Do homem juiz e do homem jurisdicionado!

Controle Externo do Judiciário

DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

APRESENTAÇÃO

Dr. DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR

**Juiz de Direito em São Paulo e membro do Conselho de Administração
da Associação Juizes para a Democracia**

Controle Externo do Judiciário *

Vigora na magistratura a apresentada interpretação de que o controle do Poder Judiciário por órgão externo - tema que será reaberto ao debate na revisão constitucional - se prestaria a atividade censória, comprometendo a independência no exercício da jurisdição. Contudo, tanto a validade quanto a abrangência do controle ainda são objeto de muitas discussões, das quais lamentavelmente não participa a maioria dos juizes, fechada na imponderada atitude de repúdio. Na democracia não pode haver poder estatal autosuficiente na verificação da regularidade de sua atuação. A sujeição à fiscalização de todo poder público é elemento caracterizador do estado de direito. Se todo poder tem limites juridicamente definidos, seu exercício é suscetível de verificação institucionalizada. Não se trata de argumentar com um suposto déficit de legitimação democrática por falta de investidura eleitoral dos juizes. O Judiciário se submete à lei, sua estruturação tem raízes constitucionais e sua legitimação material se prende à garantia dos direitos fundamentais do homem. Ademais tanto na investidura de carreira quanto na escolha do quinto constitucional dos tribunais, há participação externa (OAB e MP). A fundamentação do controle externo se prende, na verdade, ao exercício do poder em sua forma, ou seja, à orientação administrativa pela qual o Judiciário se impõe perante a sociedade e a outros poderes. Estes, aliás, apesar de eleitos seus membros, controlam-se reciprocamente e têm a legalidade de seus atos conferida pelo Judiciário. No processo de *impeachment* do presidente da República, tivemos exemplo de atuação institucional múltipla. Sem contar a cobrança da sociedade civil, nas ruas e na imprensa. Controle não-jurisdicional, interno ou externo, das decisões de cada juiz não pode, evidentemente, ser feito, sob pena de se solapar os princípios pelos quais são aquelas tomadas,

(*) Publicado no Jornal "FOLHA DE SÃO PAULO" JAN/93

de acordo com a fundamentada convicção. Deve haver, sim, um controle administrativo externo amplo sobre o Poder Judiciário e não sobre a magistratura. Mazelas não faltam para justificá-lo. As cúpulas concentram poder de forma sutil: setores estratégicos são submetidos à prática de designação de juízes, critérios de prioridades na aplicação de verbas são desconhecidos e um perverso corporativismo alimenta o conceito de que “roupa suja se lava em casa”, “ética” sob a qual se justifica a falta de transparência. No delineamento de um conselho externo deve-se procurar combater tal corporativismo sem alimentar, porém, outras distorções ou criar fiscalização dominada pela sociedade política. Além de representantes dos três poderes, há que se fazer representar a sociedade civil. Um perfil diversificado, renovável temporariamente, evitaria a dominação por grupos com interesses cristalizados ou profissionalmente dependentes da prestação jurisdicional. Um controle adequado sobre os órgãos superiores implicaria supervisionar: as prioridades com que se gastam verbas; a implantação de sistemas de modernização; a legalidade de nomeação de funcionários; a distribuição de processos aos juízes: a transparência nas promoções e remoções com respeito à alternância antiguidade/merecimento. Ao órgão externo competiria propor aos Conselhos Superiores de Magistratura a abertura de processo para apuração de falta ou crime praticado por juiz, fiscalizando seu andamento e zelando por sua integral publicidade. A ele caberia também definir a orientação administrativa dos tribunais, a partir de dados sobre as carências, demandas e recursos. Acima de tudo convém lembrar que todo poder em si mesmo é um mal. Na democracia, deve ser constantemente questionada para que se limite a cumprir suas funções, infelizmente necessárias. Se tudo for feito na dose certa, torna-se um bem socialmente apreciável. A efetividade dos instrumentos de controle é garantia de vigência do princípio de distribuição equilibrada de poderes dentro do Estado.

Sistemas Jurídicos y Estilos de Gestion Administrativa

ENRIQUE I. GROISMAN

APRESENTAÇÃO

Dr. ENRIQUE I. GROISMAN

**Professor de Direito Administrativo da Universidade de
Buenos Aires.**

Sistemas Jurídicos y Estilos de Gestion Administrativa *

Este trabajo tiene por objeto describir críticamente el estado actual de la discusión acerca de la influencia que ejercen los sistemas jurídicos sobre los estilos de gestión administrativa.

El tema ha sido planteado desde diferentes ángulos y en diversas épocas; fue enriquecido por la tipología elaborada por Max Weber respecto del modelo racional-burocrático, y se ha vuelto más más complejo a raíz del cuestionamiento de las funciones del Estado.

La cuestión entraña varias interrogantes. La primera de ellas es si la eficiencia y la eficacia en la gestión dependen o no de la existencia de un adecuado marco normativo.

Si la respuesta es afirmativa surgen interrogantes acerca de las características y funciones que deben tener las respectivas normas, y de cómo a quién corresponde generarlas.

El primer problema tiene una índole predominantemente técnica y los demás revisten claras consecuencias políticas.

El modelo weberiano hizo explícita, la relación entre las normas y la gestión que éstas enmarcan, orientan o constriñen. Pero hizo más que eso porque - además de las consecuencias técnicas que de él derivan - su planteo implicó proporcionar ciertos criterios de legitimación para el obrar administrativo.

El problema del contenido de las normas, a su vez, forma parte de otro más amplio referido a las funciones del Derecho, y éste se inscribe en el del debate sobre el papel que debe cumplir el Estado respecto de la vida social.

(*)Trabajo presentado en el Coloquio Internacional: *Le "métier" de dirigeant: son passé, son présent, son avenir* (École des Hautes Études Commerciales, Montréal, junio de 1992).

La influencia que los modelos administrativos ejercen sobre el sistema político está tempranamente planteada en la comparación que hizo Tocqueville entre Francia y los Estados Unidos de América.

Este autor adelantó los lineamientos de la discusión acerca de si existen diferencias esenciales entre los sistemas administrativos de Europa continental e Inglaterra o - en los términos jurídicos en que después lo planteó Dicey - si en el sistema anglosajón existe o no lo que en Francia se llama Derecho Administrativo.

Si bien esta discusión fue superada en sus aspectos jurídicos, los problemas que subyacen en ella conservan actualidad. Muestra de ello es un reciente trabajo denominado *Le droit sans l'état*, sugestivamente subtítulo *Sur la démocratie en France et en Amérique*⁽¹⁾ en una clara invocación del clásico *De la démocratie en Amérique*.

En ese trabajo se insiste en las diferencias señaladas por Tocqueville e, independientemente de que este último tuviera o no razón o del grado en que sus observaciones conserven vigencia, resulta sorprendente verificar que los rasgos que atribuye al sistema americano son precisamente los opuestos a lo que mucho después caracterizaría Weber como modelo burocrático: señala como hechos positivos el de que “la jerarquía administrativa no existe”, que “el poder administrativo se encuentra diseminado en una multitud de manos” y “el Estado gobierna y no administra”.

La actualidad de Tocqueville, que por otra parte ha sido “redescubierto” en diferentes épocas,⁽²⁾ constituye una manifestación pública, a la cual aquel agudo analista consideraba más poderosa que los césares y veía como un peligro para la democracia.

Pero estos días la discusión central no versa - sobre si la administración pública debe estar regida por un derecho exorbitante respecto de los particulares, sino acerca de si ha de ser o no el Estado quien genere las reglas de convivencia social⁽³⁾.

De la idea de la administración pública como representante del interés general parece, pues, haberse llegado al polo opuesto de considerarla como un estorbo. Así, la desregulación es propuesta como manera de devolver a la sociedad civil funciones que el Estado había ido asumiendo y que ejercería de un modo inadecuado, ineficiente o francamente negativo.

En este planteo no se trata tanto de suprimir las regulaciones como de

(1) COHEN TANUGI, Laurent: *Le droit sans l'état. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, 1985, Presses Universitaires de France.

(2) SHIEFER, James T.: *Cómo nació “La Democracia en América de Tocqueville*, México, 1987, Fondo de Cultura Económica.

(3) CARBONNIER, Jean: *Flexible Droit. Textes pour une sociologie du Droit sans rigueur*, Paris, 1983, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence; ROULAND, Norbert: *Aux Confins du Droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, 1991, Editions Odile Jacob.

permitir que se generen en el seno de la sociedad civil. Por ello se habla de “sociedad autorregulada”,⁽⁴⁾ lo que recuerda -paradojalmente- la concepción hegeliana de la administración pública como parte de la sociedad civil⁽⁵⁾. HEGEL, cuya tesis esencial al respecto consistía en la preeminencia de lo público sobre lo privado, se hubiera sorprendido ante esta aplicación de su idea.

Otros autores, admitiendo que aún (o más aún) en un marco de libertad de mercado las reglas de juego son indispensables, diferencian entre reglamentación y regulación. La primera sería heterónoma y la segunda surgiría de las opciones, alternativas y márgenes que quedarían librados a la espontaneidad de los actores sociales. Se contraponen, en ese sentido, los ejemplos del cruce de rutas con semáforo o agente de tránsito y la rotonda de circulación continua, que ordena sin constreñir⁽⁶⁾

Por otra parte, como señala BOBBIO, la tendencia a la **publicización** del derecho privado, característica del Estado de Bienestar, coexiste con la **privatización** del derecho público, manifestándose en fenómenos como el de la contratación colectiva o los pactos políticos, porque “los dos procesos, de publicización de lo privado y de privatización de lo público, de ninguna manera son incompatibles, y de hecho se compenetran uno en otro”⁽⁷⁾

Como puede apreciarse, las relaciones entre Derecho y gestión han sido planteadas de diversa manera y con diferentes alcances desde hace más de un siglo y medio. La tendencia en favor de la desregulación y del libre juego del mercado reactualiza, pues, un debate bastante antiguo. Sin embargo, los problemas que lo suscitaron ya no son los mismo y los anteriores permanecen sin ser resueltos. No cabe, por consiguiente, remitirse a alguna de las posiciones ya explicitadas en otras épocas sino que se trata de construir soluciones para los desafíos actuales.

En el campo específico de la gestión este debate se ha librado entre los partidarios del modelo racional-burocrático y el gerencial. El primero supone que puesto que la ley es producto de la voluntad general, su respeto constituye la base de legitimación del obrar administrativo.

Esta concepción implica exigir a administradores y gobernantes que no violen el orden jurídico, pero se desentiende de los resultados de la gestión. La ineficacia es susceptible de generar responsabilidades políticas, pero no tiene consecuencias administrativas y sólo alcanza a los funcionarios electivos. Los

(4) COHEN-TANUGI, *op. cit.*

(5) HEGEL, Guillermo Federico: *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1944, Editorial Claridad, pág. 175.

(6) MIAILLE, Michel: *La régulation et le pouvoir politique*, Barcelona, 1991, Institut de Ciències Polítiques i Socials.

(7) BOBBIO, Norberto: *Estado, gobierno y sociedad*, México, 1991, Fondo de Cultura Económica, pág. 32.

burócratas, mientras se atengan a las reglas, están a salvo de las consecuencias de su mala gestión.

La función de la ley en este modelo consiste primordialmente en poner límites al obrar administrativo, y secundariamente en habilitar competencias y establecer reglas organizativas. Protege contra la arbitrariedad al fijar las atribuciones y competencias de los funcionarios - lo que no es poco - pero no resuelve el problema de la eficacia en la gestión ni responde exigencia de satisfacer las necesidades sociales.

Además de la legitimación que proporciona el respeto de la legalidad, este modelo supone la previsibilidad de las conductas y la eliminación de los conflictos.

Puesto que las reglas no están referidas a hombres concretos sino a tipos ideales, no se tienen en cuenta las diferencias ni las particularidades. Este principio - que es esencial para preservar la igualdad jurídica - cuando se aplica automáticamente a la gestión tiene el efecto de condenar la iniciativa, la heterodoxia y, por consiguiente, la innovación.

El modelo racional-burocrático plantea una tensión y un eventual conflicto entre la regularidad y la eficacia, ya que la adopción de decisiones siempre eutroira el riesgo de incurrir en responsabilidades. Esto fomenta el comportamiento rutinario, que casi siempre se convierte en estrategia de supervivencia y permite el desarrollo de una carrera sin sobresaltos.

La gestión concebida con base en estos principios impone a los agentes obligaciones de medios y no de resultados, y la responsabilidad "puede surgir de la infracción a las reglas, pero no porque no se hayan alcanzado los objetivos asignados"⁽⁸⁾.

La relativa coherencia de este modelo se mantiene mientras la administración pública no se enfrenta a tareas de alta complejidad como las que plantean la promoción de actividades económicas, la preservación ecológica o la asistencia social. Este tipo de problemas ha puesto en evidencia no sólo la disfuncionalidad del modelo racional-burocrático, sino también algunas contradicciones en lo que se suponía una construcción sin fisuras.

Se observó en primer lugar que los comportamientos individuales suelen responder a motivaciones, actitudes y lógicas que no necesariamente coinciden con lo que suponen las reglas.

A esa comprobación siguió la de que las relaciones interburocráticas no se limitan a lo establecido en las previsiones formales, sino que existen vínculos y comportamientos reales tanto o más efectivos y frecuentemente contradictorios con aquellas.

(8) CHEVALLIER, Jacques y LOSCHAK, Danielle: "Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française", *Revue Française d'Administration Publique*, Paris, 1982, N° 4 pág. 67.

A su vez, los estudios sobre la naturaleza del lenguaje jurídico señalaron que éste, lejos de ser inequívoco, admite interpretaciones disimiles.

A estas objeciones se agregó la de la imposibilidad fáctica de que las reglas contemplen todas las situaciones posibles, de lo cual resulta que es difícil alcanzar la previsibilidad que era su objetivo. Si lo logran, por otra parte, matarían toda iniciativa y se desentenderían de la eficacia.

La división rígida entre funciones de dirección y ejecución, inherente al modelo racional-burocrático, aparte de las objeciones que merece desde el punto de vista de su inadecuación a la realidad, supone en los subordinados una tarea mecánica que excluye la reflexión y el análisis, desaprovecha su experiencia e iniciativa y perjudica su productividad.

Esa rigidez, se ha observado, “induce a una reacción en dos direcciones fundamentales: o los hombres “se ajustan y se redondean”, según las exigencias burocráticas, resignando sus potencialidades fundamentales de creación, o resisten la presión burocrática saboteando de uno u otro modo la actividad de la organización”⁽⁹⁾.

Como reacción contra este problema en la década del 70 se abrió paso en el sector público el modelo gerencial, que ya tenía varias décadas de aplicación en la actividad privada.

Los nuevos métodos, se dijo, “tienden a eliminar la administración tradicional, jerárquica, compartimentada y caracterizada por un negativo juridicismo”⁽¹⁰⁾.

El modelo gerencial perseguía reemplazar el modelo weberiano por otro que, superando sus disfuncionalidades, fuera verdaderamente científico, previsible y eficaz.

En lugar de lograr esa previsibilidad a través de la observancia de reglas establecidas y de evitar los conflictos respetando las competencias, en el modelo gerencial estos objetivos se persiguen mediante el empleo de instrumentos técnicos como el procesamiento de la información, los juegos de simulación, la teoría de sistemas.

Se trata de resolver la despersonalización del modelo burocrático llamando la atención sobre las relaciones humanas; de borrar la separación tajante entre dirección y ejecución proponiendo la persuasión, la participación y el consenso; de flexibilizar la rigidez organizativa mediante los grupos operativos, la delegación y la descentralización.

El control de gestión adquiere un nuevo sentido, ya que en lugar de priorizar el cumplimiento de las reglas y la correspondencia formal entre

(9) KLIKSBURG, Bernardo: “La racionalidad irracional de la burocracia”, en *Cuestionando en administración*, Buenos Aires, 1973, Paidós.

(10) SFEZ, cit. por MICHEL MASSANET: *La nouvelle gestion publique. Pour un état sans bureaucratie*, Suresnes, 1975, pág. 58.

gastos, previsiones y comprobantes, se indaga acerca del cumplimiento de las metas y del adecuado empleo de los recursos.

La dirección también requiere un estilo diferente, ya que en lugar de basarse en el mando es concebida como la tarea de “obtener resultados mediante la acción de los otros”⁽¹¹⁾. Queda atrás, desde luego, la receta de TAYLOR, para quien el subordinado ideal debía limitarse a “ejecutar las órdenes dadas en sus menores detalles” sin examinarlas ni preguntarse por sus finalidades⁽¹²⁾.

El supuesto esencial de esta fórmula reside en que el cumplimiento mecánico de las reglas garantiza el logro de los resultados. Si esto no ocurre lo que debe hacerse es cambiar las reglas hasta lograr las que resulten adecuadas, pero de ese modo no queda resuelto el problema de cómo hallarlas si no es a través de la aplicación de la iniciativa y la inteligencia, y a esto último apunta la propuesta del modelo gerencial.

Por este modelo tiene a su vez diversas debilidades. En primer lugar, porque da a las técnicas un valor y una funcionalidad que parecen no depender de previas opciones políticas, valores, finalidades e intereses. En segundo lugar, porque supone una racionalidad universal cuando la realidad ofrece “racionalidades múltiples, quizás contradictorias, que se enfrentan en el seno de una misma sociedad”⁽¹³⁾.

No hay duda de las ventajas del modelo gerencial sobre el racional-burocrático cuando se trata de medir la eficiencia y la eficacia. Sin embargo, puede haber diferencias para considerar lo que es eficiente o eficaz según se trate de organismos públicos o empresas privadas. Esto ocurre, por ejemplo, en las actividades estatales no productivas de bienes o servicios, donde no existe el parámetro del resultado económico. En ese caso los consumidores o prestatarios no son “clientes” porque no actúan con libertad de elección, porque sería difícil identificarlos, y porque ciertos servicios (salud o educación, por ejemplo) a menudo deben ser impuestos. Los productos, a su vez, son a veces intangibles o de difícil medición, como la calidad de vida, el ambiente natural o la justicia⁽¹⁴⁾.

La corriente inspirada en el modelo gerencial ejerció una influencia positiva sobre la administración pública: llamó la atención sobre la existencia de relaciones informales, sobre las ventajas de fomentar la iniciativa y de favorecer la motivación y sobre la necesidad de lograr resultados en lugar de conformarse con la regularidad de los procedimientos.

(11) CHEVALLIER y LOSCHAK, op. cit., pág. 70.

(12) KLIKSBURG, op. cit., pág. 172.

(13) CHEVALLIER y LOSCHAK, op. cit., pág. 72.

(14) KEE, Jed y BLACK, Roger: Is excellence in the public sector possible?., en **Public Productivity Review**, volume IX, N° 1, New York, 1985.

Todo esto inspiró nuevas formas de organización y gestión que - sin dejar de lado el respeto por el orden jurídico - recurren a las estructuras flexibles, favorecen la participación y fomentan la iniciativa. Pero estas nuevas formas coexisten con las antiguas y a veces son absorbidas por ellas. La tensión es permanente, no sólo por la fuerza de los intereses creados en torno al modelo burocrático, sino también porque la exigencia de que la administración pública actúe con eficacia tiene un límite en la necesidad de proteger a los individuos contra la arbitrariedad.

Las normas que enmarcan y limitan la actividad administrativa son, pues, esenciales en el Estado de Derecho, lo que explica la tradicional preponderancia de la formación jurídica de los funcionarios públicos (por lo menos en el sistema continental europeo)⁽¹⁵⁾. El sistema británico, en cambio, se inclinó hacia la cultura clásica - filosófica o artística - sobre el supuesto de que interesa más la disciplina mental y el buen sentido que los conocimientos específicos⁽¹⁶⁾.

Esta diferencia aporta en principio un argumento de peso para quienes - como originariamente Tocqueville, después Dicey y recientemente Cohen-Tanugi - contraponen ambos sistemas. Pero actualmente ya no se considera que existan los tipos puros que fueron llamados en su tiempo *rule of law* y *droit administratif*, y hay - por ejemplo - tratados de derecho administrativo en los Estados Unidos de América y en Gran Bretaña⁽¹⁷⁾.

Hoy el Derecho ha perdido la primacía que detentaba en la formación de funcionarios públicos, no porque éstos no deban conocerlo y aprender a respetarlo, sino porque se reconoce que eso no basta para su desempeño eficiente en un entorno en el cual predominan las situaciones de incertidumbre en lugar de un supuesto horizonte previsible y previsto mediante reglas micuniosas⁽¹⁸⁾.

El problema no reside, pues, en que el Derecho no deba enmarcar la actividad administrativa porque esto no se planteó ni siquiera durante el apogeo del *droit administratif*, en cuya esencia reinaba la idea de una administración pública con prerrogativas frente a los particulares. La cuestión consiste en optar por el Derecho como límite o como punto de partida para una actividad que, sin violarlo, persiga objetivos materiales cuyo logro es tan esencial como el respeto por las normas.

(15) KOENIG, Klaus: *La educación para la administración pública en Europa Occidental*, Madrid, 1978, Instituto Nacional de Administración Pública.

(16) *El Informe Fulton. Tres estudios sobre el servicio civil británico*, Madrid, 1973, Instituto Nacional de Administración Pública.

(17) Sic.

(18) FABREGAT ROMERO, Pilar y URANGA COGOLLOS, Carlos: "*La selección de personal en la Administración Pública. El mito del Administrador Educado*", Revista Internacional de Ciencias Administrativas, Madrid, volumen 57 N° 2, junio de 1991.

Si no se resuelve esa disyuntiva, la función de las normas como garantía puede convertirse en contradictoria con la necesidad de actuar con eficacia.

A su vez, en la actual desconfianza hacia el Estado hay algunos planteos contradictorios. Por una parte la separación de las esferas pública y privada - propia de la concepción liberal - requiere constreñir la actividad del Estado con limitaciones normativas, lo que llevaría a la adopción del modelo racional-burocrático. Al mismo tiempo se exige a la administración pública el logro de resultados materiales con el menor empleo posible de recursos, lo que implica un predominio de los criterios gerenciales y consecuentemente una menor influencia de los recaudos formales entre los que se cuentan las normas jurídicas.

Simultáneamente, esta corriente propicia la desregulación (o desreglamentación, según la precisión formulada en el citado trabajo de Míaille), basada en la confianza en el poder autorregulatorio de la sociedad a través del libre funcionamiento del mercado⁽¹⁹⁾. Pero al respecto se han señalado dos órdenes de objeciones: por una parte, el juego del mercado requiere regulaciones estatales que lo garanticen contra las prácticas que lo desvirtúan o eliminan; por otra, la supuesta autorregulación tiende a suprimir la mediación del sistema político, que es precisamente el campo en el que se presume la igualdad y se puede aspirar al ejercicio de la democracia⁽²⁰⁾.

Aún sin llegar a una propuesta de tan graves consecuencias como la de HAYEK, - que con apariencia de máxima libertad se limita a la de las fuerzas económicas y se desentiende de la democracia política - la tendencia actualmente predominante conduce sin duda a un menor grado de regulación, y cuestiona la idea de que la totalidad de la vida social esté subsumida en el Derecho. En cambio, propicia el pluralismo de sistemas normativos, o bien "l'ypothese du non-droit": "Quand nous parlerons de non droit, il sera dono loisible plus ou moins considérable de la pression juridique"⁽²¹⁾.

Desde diferentes ángulos, ideologías y posturas políticas se objeta la pretensión de un Derecho omnipresente que de cuenta, prevea y enmarque la totalidad de la vida social.

A su vez, el cuestionamiento de la regulación proveniente del Estado puede verse - desde el punto de vista de la teoría organizacional - como una segunda etapa de la toma de conciencia que comenzó con la crítica al modelo racional-burocrático: en esencia, en ambos casos se parte de un fenómeno real que consiste en la dificultad para lograr al mismo tiempo, a través de las

(19) VON HAYEK, *Droit, Legislation et Liberté*, Paris, 1980, Presses Universitaires de France.

(20) VERGARA, Jorge: *Popper y la teoría política neoliberal*, en *Crítica y Utopía*, N° 12, Buenos Aires, 1984.

(21) CARBONNIER, Jean: *Flexible Droit. Textes por une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 1983, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, pág. 25.

normas, la previsibilidad, la eficiencia y la eficacia⁽²²⁾.

Si bien, como dijo MICHEL CROZIER en el afortunado título de una de sus obras, “no se cambia la sociedad por decreto”, tampoco es posible hacerlo *sin* el Derecho. En el estado actual de la cuestión no se puede sostener que las reglas - ni las jurídicas ni las técnicas - sean suficientes para resolver los problemas y prever las alternativas de la gestión. Pero de aquí en más, si el debate ha de ser fructífero deberá centrarse en los temas referidos al origen, carácter y contenido de las normas en lugar de versar de modo genérico sobre su mayor o menor presencia en la vida social.

(22) Sic.

El informalismo y la concurrencia en la licitacion publica

AGUSTÍN GORDILLO

APRESENTAÇÃO

Dr. AGUSTÍN GORDILLO

**Professor de Direito Administrativo da Universidade de
Buenos Aires.**

El informalismo y la concurrencia en la licitación pública *

1. Igualdad y Concurrencia

1.1. Introducción

La licitación pública es un procedimiento administrativo ⁽¹⁾ cuya finalidad es seleccionar la mejor oferta para celebrar un contrato ⁽²⁾; constituye un *pedido de ofertas* efectuado en forma general al público o a cualquier empresa inscripta en un Registro creado al efecto ⁽³⁾.

(*) Conferência ministrada no II Congresso Internacional de Direito Administrativo, promovido pela GENESIS Congressos, em Foz do Iguaçu, agosto/92.

(1) La doctrina es unánime al respecto. La hemos receptado en nuestro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, 1966, Ed. Macchi, p. 345, y lo han dicho también GRAU, Armando E., *Licitación*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII, Buenos Aires, 1964, p. 702; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Elementos de direito administrativo*, 3ª edición, ed. Malheiros, San Pablo, 1992, p. 176; VALLE FIGUEIREDO, Lúcia, y FERRAZ, Sérgio, *Dispensa de Licitação*, San Pablo, 1980, Ed. Revista dos Tribunais, p. 3, entre muchos otros autores.

(2) BANDEIRA DE MELLO, *op. loc. cit.*, agrega un elemento fundamental, que la selección de la propuesta más conveniente se haga “en función de parámetros establecidos y divulgados anticipadamente”.

(3) Que será, según el caso, el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, o el Registro de Proveedores del Estado; sobre la insuficiencia de estos como controles de las condiciones técnicas, financieras y morales ver ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, tomo I, ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 340.

Esta calificación inicial como *procedimiento administrativo*, sin embargo, no ha llevado siempre a los autores a subsumir sus principios dentro de los principios generales del procedimiento, o a explicar en caso de discrepancia a qué pudiera deberse que en el procedimiento licitatorio hubiera de regir una regla distinta del procedimiento administrativo en general al cual pertenece.

Ello ha ocurrido principalmente con dos de los principios generales del procedimiento administrativo, el del informalismo y el de contradicción⁽⁴⁾, que no siempre tuvieron receptado un equivalente lógico en el procedimiento licitatorio en particular. También allí cabe hablar, según lo veremos, de informalismo y concurrencia o competitividad, que supone contradicción.

Antes de entrar a analizar tales principios conviene tal vez recordar que la licitación pública se diferencia de la *licitación privada*, que también es un pedido de ofertas, en que esta última está dirigida a personas o empresas determinadas (las que la administración invita especial y directamente para cada caso), mientras que aquélla está dirigida a un número mayor y a veces indeterminado de empresas (cualquiera que reúna las condiciones generales exigidas para la presentación). En la *contratación directa*, por fin, la administración elige directamente la empresa con quien desea contratar y celebra el convenio con ella.

La licitación pública y la licitación privada tienen ciertos caracteres comunes que las diferencian de la contratación directa:

1*) en ambas hay *comparación* de ofertas de distintas empresas, y por lo tanto mayor control y mejores posibilidades de obtener ofertas ventajosas; en la contratación directa no se compara en cambio la oferta de la empresa elegida con ninguna otra;

2*) en las primeras existe una *concurrencia* de distintas empresas, y por ello clásicamente se afirma que debe mantenerse *la igualdad entre los oferentes*, a resultas de lo cual no puede la administración adjudicar el contrato a una empresa en condiciones sustancialmente distintas de aquellas por las que llamó a licitación; en cambio, en la contratación directa la administración puede apartarse de las bases con las cuales pensaba originalmente contratar, salvo que la contratación directa sea consecuencia de una anterior licitación pública fracasada.

1.2. La igualdad de antaño

(4) Hemos desarrollado estos principios en nuestro *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, tomo 2, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1975, capítulo XVII, números 12 y 14, ps. 22 y ss., y en *Teoría general del derecho administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, capítulo XIII, número 12 y 14, ps. 662 y ss.

Este principio clásico de la igualdad viene enfatizado de antaño tanto en la doctrina ⁽⁵⁾, como en la jurisprudencia ⁽⁶⁾, y todavía se lo mantiene contemporáneamente ⁽⁷⁾, e incluso es considerado por algunos autores como el principio más importante de la licitación, o uno de los más importantes ⁽⁸⁾, aunque por los motivos que veremos hoy está en crisis o al menos cabe apuntar que su importancia se ha sobrevalorado en exceso en el pasado

1.3. El conflicto entre igualdad y concurrencia

Siempre se ha admitido, con mayor o menor énfasis, que uno de los objetivos de la licitación era la comparación de ofertas, con lo cual la competitividad o concurrencia de los oferentes, conforme a las reglas del mercado, era así un principio propio de la licitación pública

A ello cabe agregar que dicho principio resulta por lo demás congruente con el ya mentado principio de contradicción que rige en el procedimiento administrativo cuando existen intereses contrapuestos de los mismos particulares interesados en un procedimiento

Por nuestra parte, ya hace tiempo señalamos que el principio de contradicción era aplicable en la licitación pública y que ella se dá siempre “*en el propio interés público, ya que con las observaciones y pruebas de los contrainterésados la administración contará con mayores elementos de juicio y estará en más adecuadas condiciones de tomar la decisión que mejor responda a los intereses de la colectividad*” ⁽⁹⁾

Ahora bien, uno de los conflictos que se solían dar habitualmente entre el principio tradicional de la igualdad formalista a rajatabla, y la finalidad de obtener el mayor número de oferentes para acercarse al precio del mercado y

(5) SAYAGUÉS LASO, Enrique, *La licitación pública*, ed Peña & Cía, Montevideo, 1940, p 53 y sig

(6) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, t 179, p 249 entre otros

(7) DE LAUBADÈRE, Andre, MODERNE, Frank y DELVOLVÉ, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, tomo I, 2° ed, ed Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1983, p 609, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Licitação*, ed Revista dos Tribunais, San Pablo, 1980, p 2, DALLARI, Adilson, *Aspectos jurídicos da licitação*, 2° edicion, ed Saraiva, San Pablo, 1980, p 33, SERVÍDIO, Américo, *Dispensa de licitação pública*, ed Revista dos Tribunais, San Pablo, 1979, ps 20 y sigs y sus referencias, VALLE FIGUEIREDO, Lúcia, *Direitos dos licitantes*, 3° edicion, ed Malheiros, San Pablo, 1992, p 19, BEZZI, Osvaldo Maximo, *El Contrato de obra pública*, 2° edicion, ed Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1982, ps 66 y ss

(8) BERCAITZ, Miguel Angel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2° edicion, ed Depalma, Buenos Aires, 1980, p 323, DROMI, José Roberto, *La licitación pública*, ed Astrea, Buenos Aires, 1975, ps 136 y ss, MARIENHOFF, Miguel S, *Tratado de derecho administrativo*, 3° ed Abeledo-Perrot, tomo III-A, Buenos Aires, 1983, p 168, aunque admite excepciones en la p 169, BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha, *Da licitação*, ed José Bushatsky, San Pablo, 1978, p 37, COELHO MOTTA, Carlos Pinto, *Apointamentos sobre legalidade e licitação*, ed. FUMARC/UCMG, Belo Horizonte, 1982, p 60, quien entiende así reflejar el pensamiento unánime de la doctrina

(9) *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, tomo 2, *op cit*, numero 14, p 48, y *Teoría general del derecho administrativo*, *op. cit.*, capítulo XIII, numero 14, p 686

no quedarse con un precio ficticio de unos pocos elegidos, estaba representado por la siguiente fórmula clásica

En innumerables casos, que todavía se repiten, algunos oferentes tal vez no sabían, no querían o no podían hacer obras o suministros a precios de mercado, pero en cambio eran perfectos e insuperables en el arte de saber hacer y cumplir todos y cada uno de los infinitos papeles y requisitos burocráticos que condicionaban la admisibilidad (id est, validez) de las ofertas

Para ello no demasiado infrecuentemente contaban con la ayuda o la directa ejecución de sus papeleos de propuesta formal, de los agentes públicos ocupados simultáneamente de la cuidadosa y fatigosa recopilación de cuanto requisito o antecedente minúsculo e insignificante se les había ocurrido demandar a los oferentes para poder cotizar, como si este último no fuera siempre e indubitablemente el objeto principal de la licitación

De tal modo, el objeto final de la licitación quedaba resignado a un segundo plano secundario y accesorio, subordinado al cumplimiento ciego e irracional de una formalidad para más espúrea

Por ello parte de la doctrina ha comenzado a sostener que el principio de igualdad debe aplicarse para evitar cláusulas que restrinjan el carácter competitivo del procedimiento⁽¹⁰⁾, lo cual es tanto como decir que lo principal en realidad no es la igualdad en abstracto, sino asegurar tal carácter competitivo

La igualdad ocupa un lugar secundario y no primordial en la licitación, contrariamente al lugar privilegiado y en primer lugar que en general le asigna clásicamente la doctrina, incluso derivándolo directamente de la Constitución⁽¹¹⁾ Pelo es sabido, al menos en nuestra jurisprudencia, que el principio de igualdad no es uno de los más favorecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus pronunciamientos⁽¹²⁾, con lo cual la invocación constitucional, al menos para nosotros, no tiene sustento empírico en la jurisprudencia

(10) Así BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Elementos de direito administrativo*, op. cit., p 178

(11) Esta es una forma muy frecuente de colocar el problema en la doctrina brasileña, que consagra expresamente el texto constitucional vigente diciendo la licitación pública debe asegurar la igualdad de condiciones a todos los oferentes, aunque puede interpretarse que aclara que esto se refiere al mantenimiento de las condiciones de la propuesta y no a los aspectos meramente formales. Ver BANDEIRA DE MELLO, op cit, p 178 Sin embargo, ya ha observado la doctrina que no se puede constatar en los hechos su cabal aplicación a la administración pública ATALIBA, Geraldo, *Licitação*, en "Revista de Direito Público", San Pablo, ed Revista dos Tribunais, número 41/2, p 128, y número 17, p 240

(12) Un estudio inédito de un antiguo funcionario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, GOICOA, hace ya muchos años señalaba la inexistencia de pronunciamientos del Tribunal declarando la inconstitucionalidad de un acto estatal por exclusiva violación a la garantía de igualdad en los hechos, siempre había encontrado que la situación fáctica entre los supuestos sometidos al análisis presentaba diferencias que no era irrazonable diferenciar también en la decisión.

1.4. Tésis de la igualdad: etapas del procedimiento

1.4.1. En la fase inicial del procedimiento licitatorio

Teniendo en cuenta qué objetivo debe satisfacerse al mentar el principio de igualdad, se advierten tres fases diferentes: durante el procedimiento licitatorio, en la adjudicación, y en la ejecución del contrato.

Durante el procedimiento licitatorio la finalidad ha de ser conseguir la mayor cantidad de oferentes posible, para que la concurrencia o competitividad sea efectiva. Por ende, desechar una oferta invocando el principio de igualdad es totalmente contrario al fin que la licitación y sus principios deben satisfacer. En esta etapa prima necesariamente el más amplio informalismo.

1.4.2. En la adjudicación

En la adjudicación, la contratación con la mejor oferta es la finalidad insita al acto.

Aquí interesa entonces el principio de igualdad no en el cumplimiento inicial o tardío de las formas, sino en el objeto mismo de la propuesta (precio, cantidad, calidad, condiciones, proyecto), y por aplicación de él la autoridad licitante se ve impedida de incurrir en decisiones en cuanto al objeto de la licitación, o sea en la adjudicación, que ocasionen discriminaciones o privilegios contractuales significativos (no, pues, cuestiones de detalle o meramente formales) a favor de algún o algunos oferentes y en detrimento de otros.

La mejor forma de tutelar la igualdad en esta etapa o fase del procedimiento es predeterminar y anunciar en las bases de la licitación cuáles serán los parámetros con los cuales se tomará la decisión de adjudicación. Si esos parámetros con los cuales se tomará la decisión de adjudicación. Si esos parámetros son claros y, preferiblemente, matemáticos, se evitará toda discusión en la adjudicación. Sobre esto volveremos en el punto 8.

1.4.3. En la ejecución del contrato

Después de la adjudicación, la igualdad supone que no se confieran en la ejecución del contrato ventajas, modificaciones, tratamientos especiales, etc., que de haberse dado a los otros oferentes hubieran significado que éstos cotizaran más bajo.

En efecto, debe preverse expresamente, como en el derecho norteamericano, el derecho como mínimo de los oferentes que no han ganado la licitación y preferiblemente del público en general, a poder informarse posteriormente cómo se ejecuta el contrato ⁽¹³⁾, para que no se den al

adjudicatario ventajas indebidas que no estaban en el pliego de condiciones, sin haberse alterado las circunstancias de hecho tenidas en cuenta ⁽¹⁴⁾.

En tal caso el oferente que no ganó bien pudo haber hecho una oferta mejor, de haber sabido que luego en la ejecución del contrato le dispensarían, sin causa sobreviniente, de alguna de las obligaciones establecidas en el pliego.

Esto puede ocurrir, y de hecho ha ocurrido, desde la misma noche del día de la adjudicación, o al final de cierre de cuentas del contrato.

No veamos entonces la igualdad en el cumplimiento inicial y absoluto de los recaudos formales del procedimiento, admitamos su saneamiento ulterior, pero estemos en cambio atentos a que la igualdad no sólo se respete en la adjudicación, sino que también se respete en lo que más cuenta por sus posibilidades de distorsión no igualitaria, que es el modo específico de ejecución del contrato.

2. Concurrencia y Formalismo o Informalismo

2.1. La tradición formalista

Así como hemos visto que los autores sostenían tradicionalmente con mucho énfasis el principio de igualdad, más incluso que el de concurrencia, cabe señalar que hay también autores que incluso agregan de modo específico, como otro de los principios de la licitación, el tratarse de un procedimiento formal ⁽¹⁵⁾, o interpretan el principio de igualdad como una estricta sujeción

(13) El conjunto de leyes en esta materia es un antecedente impresionante. Por la ley de libertad de información (**Freedom of Information Act**) se obtiene la información; por la ley *qui tam* se faculta a cualquier ciudadano a denunciar un fraude contra el gobierno, y si el Departamento de Justicia no asume el rol de acusador, puede seguir el pleito el particular: si lo gana en nombre del Estado, recibe una porción del resarcimiento del daño. En julio de 1992 un juez otorgó, en el primer caso conocido de aplicación de esta ley, US\$ 7.500.000 a un ciudadano que permitió que el Estado recuperara US\$ 78.000.000, indebidamente pagados por fraude. También, si la práctica es generalizada, puede resultar aplicable el Estatuto de Organizaciones Corruptas y Negocios Ilícitos (R.I.C.O., 18 U.S.C., secciones 1962 y ss.), que aunque concebida para luchar contra las grandes organizaciones criminales (narcotráfico, mafia, etc.), es de aplicación a actividades sistemáticas y organizadas y prevé la confiscación de las ganancias, o la confiscación de otras propiedades en su lugar; otra ley contempla específicamente esta última solución para los sobornos recibidos en la función pública (18 U.S.C. Sección 3666).

(14) O sea, sin darse los diversos supuestos que la legislación contempla para renegociar un contrato: modificaciones al proyecto dispuestas unilateralmente por la administración, dificultades materiales imprevistas, aumento o disminución del total previsto de ejecución de la obra, fuerza mayor, hecho del príncipe, teoría de la imprevisión, caso fortuito, prórrogas por días de lluvia u otras dificultades, gastos improductivos, variaciones de costos, etc.

(15) LOPES MEIRELLES, Hely, *Licitación e contrato administrativo*, 3ª edición, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1977, ps. 10 y ss., quien en rigor de verdad sienta como primer principio el de que se trata de un "procedimiento formal", para luego aclarar que esto no significa que la administración deba ser "formalista" a punto de desechar ofertas por "simples omisiones o irregularidades formales en la documentación o en la propuesta", con lo cual deja de ser tan terminante la primera lectura de su enunciado principio.

al pliego y/o a las formas del procedimiento, con lo cual la conclusión sería también una suerte de formalismo en el procedimiento licitatorio ⁽¹⁶⁾.

La práctica administrativa más antigua, con una fuerte influencia del Tribunal de Cuentas de la Nación, hizo durante mucho tiempo gala de una aplicación rigurosa de tal precepto formalista ⁽¹⁷⁾.

Va de suyo que consideramos aún más específicamente en crisis, incluso en correcta vía de desaparición, este denominado principio del formalismo, más propio de las antiguas licitaciones que de las modernas, según veremos. Por lo demás resulta evidente que si la licitación es, como uniformemente se admite, un procedimiento administrativo, resulta necesario explicar por qué habría de constituir una excepción a las reglas generales de dicho procedimiento, una de las cuales es precisamente el del informalismo ⁽¹⁸⁾.

De todos modos, ya hace décadas que vienen levantándose opiniones y decisiones jurisdiccionales contrarias al formalismo en el procedimiento licitatorio, por ejemplo en cuanto hace a defectos de la oferta, en que se admite que su saneamiento no altera el principio de igualdad ⁽¹⁹⁾, lo cual conlleva por lo menos al no estricto formalismo del procedimiento licitatorio; o sea y para decirlo de una vez, al informalismo.

Claro está que este informalismo será dentro del marco de la concurrencia o competitividad, lo que supone según vimos la contradicción, con análogos caracteres a la contradicción procesal judicial.

(16) Así SAYAGUÉS LASO, Enrique, *op. cit.*, p. 41; DALLARI, Adilson, *op. cit.*, p. 21, ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1977/1979, p. 349; FIORINI, Bartolomé A. y MATA, Ismael, *Licitación pública. Selección del contratista estatal*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 127, aunque anteriormente en la obra admite expresamente el saneamiento de los vicios de forma u omisiones por aplicación del principio de concurrencia, en la p. 44; MOREIRA NETO, Diogo, *Curso de derecho administrativo*, 3ª ed., p. 131.

(17) Exigiendo el cumplimiento exacto de todas las cláusulas del pliego y no aceptando el apartamiento ni aún aduciendo ofrecer artículos de mejor calidad, como lo recuerda la Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, t. 75, p. 74.

(18) Hemos desarrollado este principio en nuestro *Tratado de derecho administrativo. Parte General*, tomo 2, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1975, capítulo XVII, número 12, ps. 22 y ss., y en *Teoría general del derecho administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, capítulo XIII, número 12, ps. 662 y ss.

(19) ROEHRSEN DI CAMMERATA, G., *I contratti della Pubblica Amministrazione*, tomo I, ed. Zanichelli, Bologna, 1967, p. 198; BOQUERA OLIVER, José M., *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pág. 100; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis, *La Contratación administrativa. Cómo y con quién contrata la administración en sus esferas central, local e institucional*, ed. Municipalía, Madrid, 1966, ps. 177 y ss., quien recuerda el pronunciamiento del Tribunal Supremo español en el sentido "que las proporciones, para ser válidas, deben ajustarse al modelo en todo lo que sea sustancial, no siendo jurídico rechazarlas por leves diferencias... que no afectan a la esencia", "so pena de desnaturalizar con una interpretación excesivamente rigorista la finalidad de dicha norma ritualaria, tal efecto, más que formal formulario, carece de virtualidad invalidatoria". Ampliar *infra*, punto 3.2.1.

2.2. El informalismo actual

Modernamente, entonces, los pliegos, la doctrina y la práctica licitatoria en nuestro país y en el mundo privilegian en mayor medida, como verdadero y casi exclusivo principio fundamental de la licitación, el de concurrencia o competencia entre los oferentes ⁽²⁰⁾, con la consiguiente aplicación del principio de contradicción.

De este mismo principio se pueden luego derivar otros como la publicidad, la igualdad en la adjudicación y ejecución del contrato, etc., pero todos deberán ser entendidos e función del fin principal de la licitación y no como objetivos autónomos del derecho a ser cumplidos con prescindencia de su grado de atinencia al objeto de la licitación.

Este principio postula la participación en la comparación de ofertas de la licitación de *la mayor cantidad posible de oferentes* de modo tal que la autoridad cuente con la mayor cantidad posible de alternativas de elección, para escoger con más posibilidad de acierto la que proponga las mejores condiciones en el *objeto contractual*: en general, precio, cantidad, calidad, condiciones, y en ocasiones proyecto técnico, financiamiento, etc., según el objeto específico de cada licitación.

2.3. Finalidad del formalismo y sus límites

Los pliegos de bases y condiciones generales todavía suelen establecer con detalle los requisitos y las formas a que debe sujetarse la oferta para ser tenida como admisible y son a veces exageradamente detallistas en esta materia.

Son los resabios de las prácticas antiguas, que por supuesto el intérprete debe interpretar arquitectónicamente, en el sentido de Linares, para adecuarlas a las circunstancias de hecho, rectoras o arcónticas ⁽²¹⁾ que dan sustento fáctico a la norma y sin las cuales su aplicación literal deviene nuevamente irrazonable y por ende no sólo ilegal sino también inconstitucional.

El objetivo que perseguía este detallismo era el de lograr la mayor homogeneidad posible entre las ofertas que van a ser comparadas por los funcionarios, de modo tal que pudieran ser valoradas con mayor facilidad, disminuyendo la necesidad de adoptar decisiones razonadas ⁽²²⁾.

(20) Con mayor o menor énfasis lo mencionan, entre otros, ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, t. I, p. 334: "interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias".

(21) LINARES, Juan Francisco, *Los sistemas dogmáticos en el derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984.

(22) Ver MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Abeledo Perrot, tomo III-A, Buenos Aires, 1983, p. 165; CASSAGNE, Juan Carlos, *Cuestiones de derecho administrativo*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 99.

De esta manera se creía reducir el riesgo de arbitrariedad en la decisión y optimizar el procedimiento de valuación y resolución, disminuyendo la probabilidad de error en la adjudicación; pero en realidad lo que se hacía era llegar a una supuesta automaticidad en la cual el funcionario limitaba su accionar a una aplicación ciega de formas, por ende no necesariamente orientada al fin último que la licitación debe cumplir ⁽²³⁾.

Con ese apego excesivo a la formalidad, en suma, se violaba el principio central de la competitividad o concurrencia.

Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia siempre admitieron la presentación de piezas complementarias con ulterioridad a la oferta ⁽²⁴⁾, o el saneamiento de los vicios de forma ⁽²⁵⁾, pero la práctica generalmente ha sido más formalista en el pasado.

De cualquier modo, cabe destacar que las exigencias cabe sí aplicarlas a su objeto o finalidad, o sea debe considerarse que ellas están fundamentalmente dirigidas a la oferta en sí misma, es decir la prestación propuesta y el precio (calidad, cantidad, según el objeto de la licitación) y no, o no en la misma medida, a las demás condiciones formales (garantías, poderes, constancias de terceros, avales, recibo de la adquisición del pliego, declaraciones juradas, etc.) que debe cumplimentar el oferente con la presentación, que son obviamente de naturaleza secundaria al objeto principal del llamado a la concurrencia de ofertas ⁽²⁶⁾.

2.4. La frustración del objetivo en una licitación adjudicada

El aplicar principios tales como la igualdad o la forma en detrimento de la concurrencia o competitividad dá lugar frecuentemente a que la licitación concluya, sí, con la adjudicación, pero se haya frustrado en verdad su propósito institucional, que era elegir la mejor oferta posible del mercado, no

(23) MAIRAL, Héctor A., *Licitación pública. Protección jurídica de los oferences*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 17.

(24) QUANCARD, Michel, *L'Adjudication des marchés publics de travaux et de fournitures*, ed. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1945, p. 93 y sus referencias.

(25) Los ya citados ROEHRSEN DI CAMMERATA, G., *I contratti della Pubblica Amministrazione*, tomo I, ed. Zanichelli, Bologna, 1967, p. 198; BOQUERA OLIVER, José M., *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pág. 100; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis, *La Contratación administrativa. Cómo y con quién contrata la administración en sus esferas central, local e institucional*, ed. Municipalia, Madrid, 1966, ps. 177 y ss., y jurisprudencia que cita.

(26) DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da licitação*, 2ª edición, ed. Saraiva, San Pablo, 1980, pág. 69, cita un fallo publicado en la "Revista de Direito Público", n° 14, p. 240, en el sentido que "la concurrencia pública procura que el mayor número de licitantes sea habilitado para el objetivo de facilitar a los órganos públicos la obtención de cosas y servicios más convenientes a sus intereses. En razón de esa finalidad, deben ser evitadas demasiadas exigencias y rogorismos inconsistentes con una buena exégesis de la ley".

la “mejor oferta” de las pocas que quedaron luego que la administración eliminó las más que pudo por razones formales de mayor o menor importancia.

Esa es una licitación fracasada en lo sustancial, aunque formalmente pueda querer afirmarse que no fracasó porque se pudo adjudicar: sí, se pudo adjudicar, pero a precios o condiciones que no son los del mercado. Eso no es el fin de la licitación pública.

El interés general a que debe servir la licitación pública es encontrar y seleccionar la mejor propuesta posible de lo que constituye la media *en el mercado en general*, no en el marco limitado de unos escasos oferentes que hayan sido preescogidos y limitados por motivos arbitrarios.

El objetivo es contratar en condiciones de precio y calidad comparables y compatibles con los del mercado, y si este objetivo se frustra porque la administración ha manejado las cosas como para tener oferentes demasiado limitados en comparación a los existente en el mercado, ello producirá el necesario resultado de no poder sino conseguir precios y condiciones menos convenientes que los generales imperantes en ese mercado.

En tal caso ha fracasado no solamente en su objetivo legal, sino también y sobre todo en el manejo y aprovechamiento de los fondos públicos.

Cabe entonces preguntarse por qué ocurren este tipo de cosas, tan suficientemente conocidas como para que nadie ignore que el Estado paga por cualquier bien o servicio mucho más que lo que un particular consigue privadamente.

La cuestión debe ser indagada por los principios que se han aplicado clásicamente a la licitación, con su conocido resultado, y los principios que la experiencia contemporánea está sugiriendo y demostrando empíricamente.

No se trata pues de subordinar el fin de obtener el mejor precio y condiciones en situación de competitividad, al medio por el cual los postulantes hacen su propuesta, y menos aún a las formalidades extrínsecas de la presentación.

Ello sería incurrir una vez más en el ya clásico error de privilegiar los controles de formas y normas o reglas, antes que el control de resultados⁽²⁷⁾. ¿De qué vale haber ejecutado una licitación pública normativamente inobjetable, si el precio o condiciones del mercado? ¿De qué valen, si en la *ejecución del contrato* no existe mecanismo alguno que asegure que no se violen *después los recaudos que tanto se tutelaron antes* de la contratación?

(27) Tema éste que ya analizamos en nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, ed. Civitas, Madrid, 1981, capítulo IV, y anteriormente en *El control de las empresas públicas en América Latina*, publicado en el libro de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Anuario Jurídico*, VIII-1981, *Seminario Internacional sobre regulación de la empresa pública*, México, 1981, ps. 305 y ss., 319 y ss.

3. Observaciones Comunes

3.1. ¿La corrupción?

La corrupción puede ser una explicación parcial y ocasional⁽²⁸⁾ a los defectos de la licitación que se han intentado paliar o corregir por el énfasis en la igualdad y la formalidad o la moralidad, pero no es la respuesta integral ni permanente o sistemática para este tipo de problema, y sobre todo no es la respuesta eficaz, como lo demuestra la práctica en cualquiera de nuestros países.

El tema de la corrupción debe tratárselo en el contexto más amplio de la transparencia y el control administrativo indispensables en una sociedad democrática⁽²⁹⁾, no el limitado y presuntamente “técnico” de los principios de la licitación pública.

Las técnicas puntuales de control de la corrupción a través del formalismo o la igualdad en la licitación pública no sirven, lo han demostrado: son las grandes instituciones de transparencia y control administrativo las que, en conjunto, pueden más eficazmente evitar la corrupción:

- 1º) la publicidad de los actos de gobierno,
- 2º) la plena y leal información al público,
- 3º) el acceso público a los archivos gubernamentales y obtención de fotocopia de toda información existente,
- 4º) la ausencia de secretos de Estado (que no son en verdad sino secretos de gobiernos determinados),
- 5º) la adecuada motivación y explicación de los actos y reglamentos administrativos, con expresión de causa fundada y proporcionada al objeto del acto,
- 6º) la debida audiencia del interesado, previa a la adopción de decisiones que puedan afectarle,
- 7º) la plena y permanente vista y acceso a las actuaciones administrativas, con derecho a obtener fotocopias de toda la documentación,
- 8º) la inexistencia de normas o procedimiento secretos o reservados,
- 9º) la participación del ciudadano en la gestión de los asuntos públicos,
- 10º) el control no solamente de legitimidad sino también de oportunidad, mérito o conveniencia, para que el cumplimiento de la norma usualmente autogenerada por la administración no sea la excusa suficiente de un

(28) Y hasta, en algunos determinados momentos históricos, generalizada hasta constituir la norma. Es uno de los casos que pueden considerarse equivalentes a los explicados en nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, ed. Civitas, Madrid, 1981, y en su versión italiana, *L'Amministrazione parallela. Il "parasistema giuridico-amministrativo"*, ed. Giuffrè, Milán, 1978.

(29) Un mayor desarrollo se puede encontrar en nuestra ponencia *Qué es la transparencia de la gestión pública y cómo se logra*, presentada al Seminario *Responsabilidad por la Función Pública*, organizado por la Contraloría General de la República en Cochabamba, Bolivia, de 23 al 27 de junio de 1992.

determinado comportamiento estatal,

11º) la existencia y funcionamiento de órganos y procedimientos eficaces de control parlamentario, administrativo y jurisdiccional, tanto los clásicos como los modernos que se van imponiendo en todo el mundo,

12º) las audiencias públicas en el Senado de la Nación para prestar acuerdo a todos los nombramientos de magistrados del Poder Judicial y Ministros o Secretarios del Poder Ejecutivo, y demás magistraturas independientes,

13º) las audiencias públicas tanto administrativas como legislativas antes de emitir normas generales o adoptar grandes proyectos de envergadura, a fin de permitir que la ciudadanía se informe previamente y haga oír su voz,

14º) la entronización generalizada de mecanismos de democracia semidirecta como el *recall*, *referendum*, *iniciativa popular*, *veto popular*, etc.,

15º) la publicidad y concurrencia en la selección del contratante estatal, sea a través de las licitaciones públicas para la mayor parte de los contratos administrativos, sea por los concursos de antecedentes y oposición predeterminada de cuáles serán los parámetros con los cuales se tomará la decisión, preferiblemente con una fórmula polinómica,

16º) leyes al estilo de las norteamericanas:

a) de libertad de información,

b) *qui tam* que faculta a cualquier ciudadano a denunciar un fraude contra el gobierno y recibir parte de la reparación que consiga para el Estado,

c) el Estatuto de Organizaciones Corruptas y Negocios Ilícitos, de aplicación a actividades ilícitas sistemáticas y organizadas, que prevé la confiscación de las ganancias, o la confiscación de otras propiedades en su lugar;

d) ley con esta última solución para los sobornos recibidos en la función pública, etc.⁽³⁰⁾

Querer atacar la corrupción a través de principios como el formalismo o la igualdad en el procedimiento de la licitación pública es doblemente ineficaz, aunque le agreguen requisitos como la moralidad⁽³¹⁾ u otros: son

(30) ¿Quién no conoce, por ejemplo, de algún funcionario público que ha recibido un soborno, o de actividad estatal en la cual se ha perjudicado al Estado por fraude? Si la legislación previera, como lo hace la norteamericana, la posibilidad de obtener una reparación pecuniaria para el Estado y el particular denunciante, otra tal vez sería la reacción de la gente que conoce tales hechos.

(31) Así BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha, *op. cit.*, p. 39; MEIRELLES, Hely, *Direito administrativo brasileiro*, San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais, 1966, p. 57; DE ANDRÉA FERREIRA, Sérgio, *Direito administrativo didático*, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1979, p. 212, a quienes replica DALLARI, *op. cit.*, p. 19. La actual consuetudine brasileña consagra el principio de la probidad administrativa, que aplica a la licitación pública BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, ps. 177 y 179. También ubican la moralidad dentro de la licitación pública MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 185, y VALLE FIGUEIREDO y FERRAZ, *op. cit.*, p. 14. Recuerda por su parte CUNEO, Adolfo, *Appalti pubblici e privati*, 6ª edición, ed. CEDAM. Padua, 1962, p. 67, cómo antiguamente se requería también un "certificado de moralidad"

probablemente no aptos por sí solos para lograr ese objetivo y además, para mayor agravamiento de la solución adoptada, resultan ineficaces para seleccionar al mejor contratante estatal a menos que se agregue, como mínimo, la predeterminación en el pliego de la fórmula polinómica y los parámetros con los cuales se adoptará la decisión.

Hay que analizar las dos cuestiones separadamente: una, cómo se consigue la mejor oferta en la selección del cocontratante estatal, y otra, cómo se combate la corrupción en la licitación pública y fuera de ella.

3.2. Criterios para la admisión de ofertas

Cabe así referirse por un lado a los criterios para declarar formalmente *admisibile* (esto es, válida) una oferta, y los criterios para resolver a cuál oferta admisible se adjudicará el contrato.

En el primer punto el pensamiento jurídico se ha orientado hacia la conclusión de que en rigor de verdad una oferta debe ser declarada inadmisibile no por meros defectos de forma, sino cuando ella presenta vicios que atentan contra la finalidad misma del procedimiento licitatorio⁽³²⁾, es decir que violan sus principios fundantes por ejemplo por *impedir* la comparación del objeto de la oferta defectuosa con las demás ofertas.

En definitiva, ha de considerarse superado el antiguo excesivo rigorismo formal o el respeto a la forma por la forma misma⁽³³⁾, que se desentiende de si conduce o no a la finalidad buscada, que en nuestro caso es según ya vimos convocar la mayor cantidad posible de ofertas⁽³⁴⁾.

(32) En este sentido MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitación e contrato administrativo*, *op. cit.*, p. 10, dice lo siguiente: "no se deben anular procedimientos o adjudicaciones, o desechar oferentes por simples omisiones o irregularidades formales en la documentación o en la propuesta, en tanto esas omisiones o irregularidades sean irrelevantes y no causen perjuicio a la administración a los demás concurrentes".

(33) La conclusión no es uniforme, y todavía se pronuncian por el rechazo de la propuesta sin considerar el tipo de irregularidad FERNANDES DE OLIVEIRA RÉGIS, *Licitación*, ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1979, p. 64 y sus referencias; CAROL, Guillermo C. y SANSONI, Félix J., *Estudio de la legislación de obras públicas de la provincia de Buenos Aires*, tomo I, ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1989, p. 176. Menos categórico, admite una excepción BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, ps. 193 y 200, aunque enfatiza en general el criterio severo de apreciación, ps. 204 y 205.

(34) En este sentido ver MAIRAL, Héctor, *Licitación Pública*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 18, quien expresa que es necesario "evitar actitudes formalistas buscando subsanar las irregularidades de detalle y centrando el análisis comparativos sobre los aspectos de fondo de cada oferta"; FIORINI, Bartolomé A. y MATA, Ismael, *Licitación Pública*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 44: "Los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación. En este punto corresponde aplicar el principio de saneamiento, o sea que debe darse la oportunidad de subsanar las deficiencias de carácter leve que no vulneran la esencia del trato igualitario. La administración tiene la carga de obviar inconvenientes y permitir la mayor afluencia posible de ofertas, en la inteligencia que la concurrencia no rige a favor de los oferentes sino en beneficio del Estado". Por su parte ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los contratos administrativos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, t. I, p. 334, destaca que "interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias".

3.2.1. Los vicios de forma de la oferta

Sobre esta base se ha discriminado entre ofertas que adolecen de vicios sustanciales en el objeto y aquéllas que presentan meras deficiencias formales y se ha extraído la consecuencia de que estas últimas pueden y deben ser saneadas, subsanando el defecto *a posteriori* de su presentación.

También pueden ser declaradas lisa y llanamente admisibles y válidas si aún con tal defecto formal no se ve afectada la base de comparación de la propuesta (habitualmente precios, cantidades, condiciones y calidad, según vimos) con las demás ofertas; es decir si es suficientemente homogénea en relación a las demás para ser valorada con análogo criterio.

Al momento de evaluar si el vicio de una oferta es sustancial o meramente formal debe indagarse si tal vicio afecta o no al objeto de la propuesta y da lugar, o puede dar lugar, a ventajas competitivas en ese aspecto en beneficio del postulante que presentó la oferta; o afecta la base de comparación en dicho aspecto con las demás o, por último, puede entorpecer gravemente el procedimiento licitatorio en su análisis decisorio final respecto al objeto.

Cuando la oferta presenta un vicio entonces deberá estudiarse si existe alguna ventaja presuntamente ilegítima a favor del oferente. Si esta desventaja potencial no existe, puede evitarse o ya fue evitada por una corrección espontánea de la oferta por el oferente, o aún efectuada a requerimiento de la administración, ninguna objeción legal o de otra índole puede formularse a la oferta.

Si el vicio es puramente formal deberá ser subsanado o bien ni siquiera eso será necesario, en caso que resulte una falta muy leve⁽³⁵⁾. Hace ya varias décadas que en España las decisiones del Tribunal Supremo sostienen que “so pena de desnaturalizar con una interpretación excesivamente rigorista la finalidad de dicha norma rituarial, tal efecto, más que formal formulario, carece de virtualidad invalidatoria...”⁽³⁶⁾.

Una vez saneada la oferta, de interpretarse que es indispensable sanear el vicio antes que admitir la lisa y llana validez de la oferta, de cualquier la oferta ha de ser admitida como válida en tutela del principio superior y último de concurrencia.

3.2.2. El *waiver* en los Estados Unidos de América

(35) Entre otros, ver en tal sentido BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Licitação*, ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 1981, p. 63; VALLE FIGUEIREDO, Lúcia, *Direito dos licitantes*, *op. cit.*, p. 63; ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *Los Contratos del Estado*, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San José, 1989, p. 224, habla de los incumplimientos relativos, que son saneables *a posteriori*.

(36) Fallo del año 1959 citado por GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis, *La contratación administrativa*, Madrid, 1966, ps. 178/179.

La doctrina norteamericana sobre este tema se ha encargado de delimitar que los aspectos sustanciales de la presentación de un oferente son el precio, cantidad, condiciones y calidad propuestos y que cuando las desviaciones de la oferta respecto del pliego no afectan ninguno de esos aspectos, es decir no son sustanciales, entonces esas desviaciones pueden ser objetos de tolerancia (*waiver*) por la autoridad licitante⁽³⁷⁾.

3.2.3. Evolución hacia el informalismo

La experiencia argentina posterior a la reforma del Estado es bastante clara en cuanto a la evolución hacia el informalismo en el procedimiento licitatorio. Hoy en día los pliegos y la interpretación empírica privilegian que exista la mayor cantidad de oferentes, permitiendo salvar posteriormente a la presentación y antes de la apertura del segundo sobre de precio, y a veces también después, todos los defectos de carácter formal que pudiera haber contenido el sobre número 1.

Algunos pliegos admiten un plazo especial para ésto, luego de las observaciones de los demás oferentes, para que todos puedan presentar un “nuevo sobre número 1”, en el cual salvaron todas las objeciones de carácter formal que se les pudieran haber hecho.

Recién salvadas todas las posibles objeciones formales se pasa a la apertura del sobre número 2, evitando de este modo que oferentes de potencial interés queden excluidos de la puja por cuestiones de detalle.

Así ocurre a partir de 1991 y 1992, al menos, por ejemplo con las privatizaciones de FE.ME.SA. y otras líneas ferroviarias, con las de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, etc., sin que hayan existido siquiera cuestionamientos o impugnaciones de los demás oferentes. Este es el derecho vigente y viviente a partir de 1991 y 1992 en nuestro país, que más abajo comentaremos con mayor detalle.

4. Influência de la Apertura de la Economía

A mayor abundamiento, las licitaciones públicas cerradas por el formalismo pertenecen a la economía cerrada que en nuestro país sin efecto a partir de las leyes 23.696 y 23.697 y los sucesivos decretos desreguladores que le siguieron.

Cabe apuntar, por lo demás, que se trata de una tendencia predominante a fin de este siglo en el mundo desarrollado, a la cual es más o menos inevitable

(37) KEYES, W. Noel, *Government Contracts*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1979, ps. 122 y ss.; WHELAN, John W., *Federal Government Contracts*, ed. The Foundation Press, New York, 1985, p. 198.

que sigan, más tarde o más temprano, otros países en vías de desarrollo: mundialmente se procura la caída de barreras aduaneras y la libre circulación de bienes, capitales y personas, todo lo cual lleva a economías abiertas, competitivas y desreguladas.

Interpretar un pliego de modo formalista es así también violentar el fin y el espíritu de la legislación mencionada, posterior a las normas licitatorias clásicas, y también la evolución de la economía internacional.

Este punto es de capital importancia fáctica, porque la creciente incorporación de nuestro país al comercio mundial va generando, y esto es un objetivo de la política económica oficial, la progresiva presentación de firmas foráneas o sucursales de matrices del exterior, cuyas prácticas no formalistas en el mundo de los negocios significan una incorporación tecnológica que el país necesita.

Es frecuente, justamente, que empresas del exterior o sus filiales no satisfagan todas las formalidades de nuestros antiguos pliegos, precisamente porque su cultura jurídica les hace focalizar la atención en el objeto de la compulsa, y es habitual en nuestra práctica administrativa actual, especialmente en privatizaciones, que se admita el saneamiento de los aspectos formales antes, y *en algunos casos aún después* de la apertura del sobre n° 2, siempre que no se advierta alguna maniobra destinada a distorsionar el objeto mismo de la propuesta y futuro contrato.

Las ofertas del exterior presentadas en licitaciones públicas nacionales o internacionales rara vez cumplen exhaustivamente hasta el último requisito formal exigido por el pliego de condiciones al cual, no obstante, deberían ajustarse en todo según la clásica doctrina.

Por tal razón, si todas las ofertas que se encuentran en esas condiciones fuesen declaradas inadmisibles por la autoridad licitante, prácticamente todas las licitaciones internacionales y buena parte de las nacionales en una economía abierta fracasarían, debiendo declarárselas desiertas y hacer un nuevo llamado con todas las consecuencias negativas que ello implica en cuanto a costos y pérdidas de tiempo.

Un criterio riguroso como el mencionado es no sólo contrario al principio de concurrencia sino además equivocado por carecer de toda utilidad práctica y sería a la inversa negatorio del fin principal de la licitación en una economía abierta.

Peor aún, sería un medio “ingenioso” del empresariado local de mantener un mercado cautivo en la administración, cerrando eficazmente las puertas a la competencia internacional que la política económica actual promueve para bajar los precios internos.

Es también, así, un modo eficaz de mantener precios internos artificialmente elevados en las licitaciones públicas, perjudicando el erario

público y contribuyendo con dicho perjuicio fiscal al no cierre de las cuentas públicas y al proceso inflacionario hoy morigerado precisamente por la apertura de la economía.

4.1. Las licitaciones internacionales y sus oferentes

Ello es más importante aún en la medida que estos procedimientos van adquiriendo un carácter internacional por el nuevo contexto mundial que ya explicáramos, a resultas de lo cual son cada vez más las empresas de terceros países, generalmente desarrollados, que se presentan a licitaciones de otros de menor desarrollo.

En los países desarrollados el grado de informalidad es alto y nadie puede allí imaginar que en un país de los nuestros, por definición necesitados de capitales, les puedan exigir con carácter excluyente de su condición de oferente certificaciones por notario público (u no estará de más recordar que la práctica local del notariado no tiene nada que ver con la experiencia de otros países desarrollados), documentos especiales de personería, etc.

Esto es terminante y más claro aún en materia de grandes privatizaciones, y harían mal los funcionarios en limitar el número de oferentes a aquellos empresarios locales que conocen las antiguas reglas formalistas del juego, desconocidas en el mundo del comercio internacional de donde pueden provenir los más importantes oferentes, y excluir así a quienes pueden cotizar mejores condiciones para el erario público pero desconocen las viejas triquiñuelas del derecho local en su antigua y superada aplicación práctica.

La atracción que nuestro país presenta hoy en el empresariado externo se vería minada seriamente si se les aplicaran criterios del subdesarrollo formalista de antaño y de una economía cerrada al empresariado local, como lo era la nuestra antes de la reforma del Estado. Sería contradecir en la práctica lo que el Gobierno anuncia. Sería cerrar nuestras fronteras al desarrollo y encerrarnos en una autodestructiva autarcía medieval.

La atracción que nuestro país presenta hoy en el empresariado externo se vería minada seriamente si se les aplicaran criterios del subdesarrollo formalista de antaño y de una economía cerrada al empresariado local, como lo era la nuestra antes de la reforma del Estado. Sería contradecir en la práctica lo que el Gobierno anuncia. Sería cerrar nuestras fronteras al desarrollo y encerrarnos en una autodestructiva autarcía medieval.

Lo que se trata, insistimos una vez más, es de fomentar la mayor competitividad posible (principio de concurrencia), dentro de un ámbito de suficiente publicidad nacional e internacional en su caso, que asegure la transparencia y seriedad del procedimiento, sin discusiones ni cuestionamientos formalistas enteramente irrelevantes para el objeto de la licitación.

4.2. La política oficial en la materia

La tendencia flexibilizadora en nuestro país es oficial, conviene enfatizarlo, y pueden citarse innumerables resoluciones ministeriales que expresamente determinan que la aplicación y las normas de los pliegos sean “flexibilizadas a fin de hacer más atractiva la venta” y para “posibilitar la concurrencia del mayor número de oferentes para garantizar la puja que asegure el éxito del proceso licitatorio”.

Así reza la Resolución 490/92 M.E. y O.y SP, transcrita en la publicación oficial del Ministerio de Economía y de Obras y Servicios Públicos⁽³⁸⁾

De tal modo no sólo el criterio es oficial, sino también público y el Ministerio ha cuidado precisamente en darlo a publicidad oficialmente, para que las distintas reparticiones que se ocupan de privatizaciones conozcan los principios que rigen hoy en día en la materia, y que comportan de hecho virtuales instrucciones ministeriales expresas, claras e inequívocas. Las anteriores publicaciones del mismo boletín expresan, por cierto, el mismo criterio orientador e interpretativo.

4.3. Pliegos de bases y condiciones

Veremos más adelante con más detalle pliegos que admiten expresamente la corrección de defectos formales. Pero es importante destacar que otros pliegos son menos categóricos pero llevan a la misma interpretación, aún cuando en su texto no se haya traducido en mecanismos expresos y terminantes para la corrección de ofertas, por no ser ellos necesarios en la interpretación actual pero de todos modos es la inequívocamente incorporada aquí.

Así, hay pliegos que prevén que la Comisión de Evaluación podrá concluir que las ofertas son inadmisibles por *defectos o incumplimientos graves*.

Una razonable interpretación *a contrario* permite concluir que no cabe el rechazo de ofertas que presenten vicios leves o meramente formales.

Este tipo de pliegos suele también establecer que solamente podrán ser rechazadas aquellas ofertas que luego de ser intimados sus presentantes a corregir las deficiencias formales subsanables, dejen pasar el plazo para ello sin hacerlo.

Pero aún cuando no existieran las inequívocas cláusulas citadas, deben aplicarse con carácter supletorio otras disposiciones vigentes, atento que se trata de normas de derecho administrativo plenamente compatibles con la

(38) *Informe sobre Privatizaciones*, al 31 de mayo de 1992, edición en mimeógrafo, pág. 7.

presente licitación.

5. La Legislación Nacional

5.1. Artículo 17 de la ley de obras públicas

La ley 13.064 de Obras Públicas establece en el Capítulo II el procedimiento de licitación para la contratación de las obras, que en caso de ausencia de norma específica en los pliegos o en el Reglamento de Contrataciones del Estado en su caso, debe regir por ser la única ley de derecho administrativo que establece detalladamente una regulación del procedimiento de selección por licitación pública.

El Reglamento de Contrataciones trae una previsión cuya aplicación extensiva a la situación en estudio es procedente. Esa disposición reglamentaria no entra en conflicto con la de la ley 13.064 sino que conduce a la misma solución.

Esa solución se encuentra prescripta en el artículo 17 de la ley 13.064, en cuanto establece que podrán introducirse modificaciones en la propuesta original, que no modifiquen las bases del remate ni el principio de igualdad entre todas las propuestas.

Si bien la redacción del artículo hace aparecer esa posibilidad como una excepción, en realidad es la regla, ya que sólo podrá rechazarse la modificación si modifica en forma sustancial la oferta o altera en forma concreta y fundada la igualdad de los oferentes, ocasionando perjuicio a los demás concurrentes.

5.2. Artículo 66 del Decreto 5720/72

La norma del artículo 66 del Reglamento de Contrataciones del Estado sienta el principio de no rechazar ofertas por errores en el monto de las garantías que debe ofrecer el oferente y dispone que en tal caso la misma autoridad debe intimar al postulante a corregir el error en un plazo no superior a tres días.

Con mucha mayor razón es dable corregir un error de muchísimo menor envergadura como es el plazo, si se lo hace durante la vigencia de éste y aún después, lo que de cualquier manera no es nuestro caso. La norma señala claramente que los defectos en la garantía deben considerarse de carácter formal, salvo el caso de no presentación lisa y llana para cuyo exclusivo caso la reglamentación establece *a contrario sensu* la desestimación de la oferta⁽³⁹⁾.

(39) Art. 64, inciso "c": CASELLA, Jorge Víctor, CHOJKIER, Raquel y DUBINSKI, Alejandro, *Régimen de compras del Estado*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 84, quienes también recuerdan el criterio más reciente del Tribunal de Cuentas de la Nación en el sentido de "propiciar la concurrencia del mayor número de oferentes a los actos licitatorios" (p. 85, nota).

Además es indudable que deben interpretarse en sentido amplio aquellas normas cuya extensión favorezca la vigencia del principio de mayor concurrencia en beneficio del Estado, y reservar la utilización restringida para aquellas otras cuya interpretación amplia implicase menoscabo de tal principio o desigualdad en el objeto de la contratación (precio, calidad, cantidad, condiciones, proyecto, en su caso).

En este caso es evidente que la disposición tiene la finalidad de mantener en competencia a la mayor cantidad de ofertas, en interés y beneficio del erario público, y que ello se ve favorecido en mayor medida si se sigue la misma solución para casos en que el defecto en la garantía no sea el monto sino el plazo.

Una solución contraia comporta a nuestro juicio perjuicio fiscal potencial en los términos de la ley de contabilidad para el juicio de responsabilidad.

5.3. La Ley de Reforma del Estado

Conviene tal vez reiterar, por lo novedoso en el derecho argentino, que la ley de reforma del Estado introdujo profundas modificaciones en los usos vigentes en materia de licitaciones, a fin de propender a aumentar el número de participantes estimulando a los particulares a ofertar e incluso proponer al Estado iniciativas, que reciben de parte de la ley un tratamiento especial con garantías hacia los oferentes.

Dicha ley junto a su par la 23.697 propugna la apertura y desregulación de la economía, lo cual lleva a no entorpecer precisamente con posiciones reglamentaristas la incorporación de capital extranjero a la economía nacional.

Los decretos y leyes posteriores de desregulación y promoción de la competitividad siguen todos el mismo rumbo como la reciente ley de puertos y el decreto desregulador que la precedió. En ese contexto es absolutamente impecedente una posición reglamentarista.

Este nuevo rumbo en el sentido de la legislación generó un diferente contexto y por lo tanto modificaciones en la práctica administrativa en materia de licitaciones, tendiente a efectivizar esos objetivos de aumentar el número de oferentes nacionales e internacionales y de licitaciones llevadas con transparencia y competencia, pero sin ritualismos ni formalismos estériles que no sólo comportan un desgaste administrativo y jurisdiccional sino que también frustran el objeto de la licitación, la política legislativa del Estado y la política económica del país.

Una de esas nuevas prácticas adoptadas en nuestro país es la de permitir que los oferentes, antes de conocer la oferta económica de los demás, puedan corregir defectos formales de sus presentaciones y participar incluso

en la elaboración del contrato.

Ello, sumado a la ausencia de impugnaciones a esas previsiones de los pliegos, demuestra claramente que tal práctica no implica afectación a ninguno de los principios de la licitación, y que no sólo puede ser llevada a cabo sin perjuicio para el interés de los oferentes, sino que la conducta contraria sí ocasiona perjuicio a los oferentes y al Estado en particular.

La Practica Administrativa Argentina Reciente

6.1. Licitación de YPF para la Cuenca Austral

Los ejemplos abundan hoy en día. Para no ser fatigosos citaremos sólo algunos de los más notorios y recientes.

La cláusula 4.11 del pliego utilizado en los años 1991 y 1992 en la licitación para la asociación con YPF en áreas de la Cuenca Austral estableció:

4.11 “Durante el proceso de calificación YPF requerirá a los POSTULANTES que no pudieran calificar por deficiencias formales o no sustanciales en su presentación, la información complementaria que estime necesaria, y dichos POSTULANTES” podrán subsanarlas “hasta el ..., pero su consideración por YPF no alterará el orden de la calificación de los POSTULANTES ya presentados”.

Esta cláusula se aplicó efectivamente, a tal punto que casi todas las ofertas tuvieron defectos de forma y todas fueron corregidas posteriormente sin que mediara observación alguna de los órganos de contralor del Estado.

6.2. Licitación de servicios ferroviarios

En este caso, a mayo de 1992, también los pliegos contienen cláusulas que permiten la corrección de ofertas, por ejemplo los artículos 19.2 y 21:

19.2. Actualización de antecedentes

“Durante el lapso de VEINTE (20) días corridos a partir de la fecha de apertura de los sobres N° 1 la Comisión de Trabajo para la Privatización analizará la información y documentación presentada en dichos sobres, con el fin de determinar si los oferentes han demostrado poseer suficiente capacidad técnico-operativa, empresarial y económico financiera para resultar calificados.

“Al término de ese plazo, la Comisión notificará a cada Oferente sobre el resultado de la evaluación practicada sobre la documentación que cada uno aportará, y en el caso que tal evaluación hubiera arrojado un resultado insuficiente para algunos oferentes, a ellos les puntualizará los requisitos que,

a su sólo juicio, les falta satisfacer.

“*Los oferentes podrán en tal caso preparar nueva información y documentación,.... Esta nueva información y documentación bajo nuevo Sobre 1, será recibida a más tardar y abierta en la oportunidad de abrirse los sobres*”.

Las demás licitaciones, *mutatis mutandi*, tienen iguales cláusulas expresas o implícitas pero inequívocas, y ese es el derecho y la práctica vigentes hoy en día.

El artículo 21 por lo demás contiene una norma sustancialmente semejante a la del artículo 17 de la ley 13.064, que admite correcciones formales mientras ello no implique una modificación de la oferta o alteración del principio de igualdad entre los oferentes.

Rechazar una oferta por meros errores formales sin dar oportunidad de su saneamiento y por ende sin abrir su sobre 2, importa perjuicio fiscal al erario público que, bueno es recordarlo, genera responsabilidad del funcionario por el procedimiento del juicio de responsabilidad previsto en la ley de contabilidad, para el supuesto que el sobre N° 2 de este oferente tuviese mejor precio o condiciones que los demás.

Los oferentes harían bien en depositar en una escribanía, en sobre cerrado y lacrado, copia del citado sobre 2 para el supuesto de que la administración proceda a su destrucción o pérdida.

La devolución eventual del sobre sólo debe aceptarse, de igual modo, a través de un acto notarial que asegure la individualización del sobre y permita determinar a posteriori del acto administrativo defectuoso, cuál fue el precio que la administración se privó voluntaria y erróneamente de tener en cuenta.

Es un riesgo y una ilicitud en que no sugeriríamos incurrir al funcionario que deba decidir la cuestión.

7. Vigencia del Principio de Igualdad

El núcleo de la cuestión radica en que en estos casos ni siquiera se ha puesto en juego realmente el principio de igualdad. La igualdad debe regir en la sustancia del objeto de la propuesta, no tiene sentido hablar de igualdad en la prolijidad subsanable de los papeles previos: la igualdad cede ante el principio del informalismo y la competitividad o concurrencia destinada a conseguir la mejor oferta para el Estado.

En consecuencia, descartar una oferta por defectos formales subsanados o subsanables implica una grave alteración del principio de concurrencia, invalidando la hipotética decisión que se tomara pretendiendo cerrar el mercado a la competencia, con la desviación de poder que ello acarrea.

Irrazonabilidad, desviación de poder, incumplimiento de directivas oficiales inequívocas, violación del espíritu de la legislación vigente desde 1989, e inaplicación de las técnicas actuales de interpretación de las normas licitatorias, son así algunos de los vicios jurídicos que presentaría una decisión de esta índole.

8. Predeterminación de Parametros Decisorios

Tal vez lo que la doctrina ha querido obtener con la referencia a principios extremos de igualdad en la formalidad, en lugar de enfatizar la concurrencia o competitividad y el informalismo típico del procedimiento administrativo, se pueda en cierto modo lograr con la exigencia de que los pliegos contengan en forma expresa y concreta, preferiblemente bajo pautas numéricas recogidas en una fórmula polinómica como es de práctica en muchos países, cuáles serán los criterios con los cuales se adoptará la decisión de adjudicación.

De esto existen muchos precedentes, y ya que hemos mencionado más arriba las licitaciones de YPF, bueno es recordar que en ellas existían prefijados en el pliego los criterios matemáticos y la fórmula con los cuales se resolvería.

Dicha fórmula, incorporada en una computadora a una planilla de cálculo tipo *Lotus*, permitían, con más un proyector de imágenes, que en el acto de apertura de los sobres los datos de cada una de las ofertas se cargara a la computadora, y ésta fuera dando inmediatamente en la pantalla los porcentajes finales correspondientes a cada oferta.

La fórmula determinada entonces matemática y públicamente en la pantalla cuál era la oferta ganadora, tomando en cuenta los diversos aspectos de cada oferta.

Esto permitió en todos los casos conocer en el acto mismo de apertura de la oferta quién resultaba el adjudicatario conforme a las bases de la licitación. En ningún caso existieron recursos ni se revirtió ninguna decisión de adjudicación posteriormente.

En otro tipo de licitaciones de la misma entidad, por ejemplo para contratar servicios de consultoría legal, financiera, técnica, etc., el procedimiento era el mismo con la única diferencia que en la fórmula polinómica predeterminada y anunciada con el pliego, algunos de los parámetros requerían valuación por las diferentes comisiones creadas al efecto.

Este sistema de encargar a comisiones integradas por varios funcionarios la determinación del puntaje correspondiente en cada rubro (antecedentes, proyecto, etc.), sobre el máximo respectivo asignado a cada uno, hizo que quedara para el acto público solamente la apertura del sobre de precio para

que, por el procedimiento de planilla de cálculo antes mencionado, en el mismo acto la computadora diera en pantalla el resultado final ponderado y por consiguiente el ganador de la licitación.

APRESENTAÇÃO

Dr. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

**Ministro do Supremo Tribunal Federal.
Professor da UNB.**

O Problema da Função Pública no Brasil *

SUMÁRIO: 1. O tratamento constitucional da função pública. 2. A aplicação do tratamento constitucional da função pública aos diversos níveis de governo da Federação. 3. O princípio da isonomia com referência à função pública. 4. Liberdade de associação sindical e direito de greve. 5. Acumulação de cargos, empregos e funções. 6. Estabilidade, vitaliciedade e disponibilidade. 7. Aposentadoria. 8. Responsabilidade civil dos servidores públicos. 9. A disciplina constitucional analítica da relação jurídica funcional e o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, administrativos e judiciais. 10. Conclusão.

1. O tratamento constitucional da função pública - Seguindo a tradição que vem da Constituição de 1934, a atual Carta Magna brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, disciplina largamente a função pública no tocante à relação jurídica entre o Estado e os agentes públicos.

Essa disciplina se concentra, especialmente, nas três primeiras seções do capítulo VII (**Da Administração Pública**) do Título III (**Da Organização do Estado**). Grande parte da seção primeira desse título, a qual contém as disposições gerais, trata da relação funcional; e a ela se seguem as seções II e III, que se ocupam, de modo específico, dos servidores públicos civis e dos servidores públicos militares, respectivamente. Nessas seções se encontram as normas que disciplinam, em geral, as três categorias de servidores públicos em sentido amplo: a dos funcionários públicos (que se sujeitam a regime estatutário e ocupam cargos públicos), a dos empregados públicos (que são contratados pelo regime da legislação do trabalho e ocupam emprego público) e a dos servidores temporários (que, contratados por prazo certo e

(*) Conferência apresentada no II Encontro Hispano-brasileiro de juristas, realizado em Madri - 06/07 de julho/92 promovido pela GENESIS Congressos.

para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, não têm cargo ou emprego públicos, mas exercem uma função).

Com relação aos funcionários públicos, porém, a disciplina constitucional não se detém aí, mas, em artigos colocados em outras seções, a Constituição se ocupa de algumas das categorias especiais deles: a dos membros da magistratura, do Ministério Público, da Advocacia Geral, da Defensoria Pública e do Tribunal de Contas. Dos membros da Magistratura tratam os arts. 93 a 96; dos do Ministério Público, os arts. 127 a 130; dos da Advocacia Geral, os arts. 131 e 132; dos da Defensoria Geral, o art. 134.

Ademais, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, há vários dispositivos concernentes a servidores públicos, e que visam precipuamente a ajustar a situação dos regidos pela Constituição anterior à disciplina implantada pela atual Carta Magna. Dentre eles, destaca-se o disposto no *caput* do art. 17: “*Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título*”.

Até de pessoas físicas que prestam serviço ao Estado sem terem vínculo com ele se ocupou a Constituição brasileira vigente. Em seu art. 236, depois de acentuar, no *caput*, que “*os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público*”, estabelece no § 3º: “*O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses*”.

2. A aplicação do tratamento constitucional da função pública aos diversos níveis de governo da Federação. - A federação brasileira se caracteriza por se compor dos seguintes níveis de governo: a União, os Estados, o Distrito Federal (cuja organização apresenta peculiaridades em face dos Estados) e os Municípios. Estes - os Municípios - se regem por lei orgânica votada pelas Câmaras Municipais (inovação da atual Constituição), observados os princípios da Constituição Federal a eles relativos e os das respectivas Constituições estaduais, que, no entanto, não podem contrapor-se àquelas normas constitucionais federais que regulam, inclusive, as competências legislativa e administrativa municipais.

Com referência aos princípios constitucionais federais sobre a relação jurídica entre o Estado e os agentes públicos, dirigem-se eles, expressamente, a todos esses níveis de governo, tendo, pois, de ser respeitados pelas leis federais, pelas Constituições e leis estaduais, bem como pelas leis do Distrito

Federal e dos Municípios. Com efeito, o *caput* do art. 37, que estabelece as disposições gerais sobre a Administração Pública, preceitua em sua parte inicial que comanda os incisos que tratam da relação funcional acima referida: “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade ...”. Também as normas concernentes aos servidores públicos, civis e militares, em geral, se aplicam, como se vê dos arts. 39 a 42, quanto àqueles, aos servidores públicos civis da União, dos Estados e do Distrito Federal, e dos Municípios, e, quanto a estes, aos militares federais (integrantes das Forças Armadas) e aos militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal - os Municípios não os têm em sua organização - integrantes das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares dessas unidades. O mesmo ocorre - excetuados os Municípios, por não possuírem essas carreiras, uma vez que, no Brasil, não há Poder Judiciário municipal - com as normas atinentes ao Ministério Público, à Advocacia-Geral e à Defensoria Pública (arts. 127 e segs.).

3. O princípio da isonomia com referência à função pública. - Do exame das normas constitucionais concernentes à relação jurídica entre o Estado e os agentes públicos, verifica-se, de pronto, a preocupação da Carta Magna em atender, quanto a diferentes aspectos dessa relação funcional, ao princípio da isonomia, que, no art. 5º - que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, vem enunciado em seu *caput* (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade ...”), e, no concernente aos sexos, reafirmado em seu inciso I (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”).

Assim, no *caput* do art. 39, para acabar com a dicotomia *funcionário público estatutário - empregado público sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho*, quanto a servidores públicos civis que, em razão de suas atribuições, não pertenciam necessariamente ao regime do funcionário público estatutário, estabeleceu a Constituição de 1988: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”. Embora essas pessoas jurídicas de direito público interno tenham a liberdade de optarem pelo regime que entenderem melhor - como o estatutário, o da Consolidação das Leis do Trabalho, ou até outro de natureza contratual -, o certo é que ele terá de ser único, igualando-se todos esses servidores, e

impedindo-se a disparidade de direitos que ocorria, na vigência da Constituição anterior, entre os estatutários e os submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho. Por outro lado, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha firmado o princípio de que não há direito adquirido contra a Constituição, o que implica dizer que os textos constitucionais têm aplicação imediata, alcançados os efeitos futuros de fatos passados, independentemente dos freios constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, o art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias houve por bem explicitar que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados da sua promulgação”, sem distinguir os estatutários dos submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, e, portanto, implicitamente, não admitindo que estes pretendam invocar, para manter sua situação funcional, o ato jurídico perfeito que se consubstancia no contrato de trabalho firmado anteriormente com o Estado.

A União já editou lei - a de nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - sobre o regime jurídico dos seus servidores públicos civis, das autarquias e das fundações públicas federais. Optou ela pela adoção do regime estatutário. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, se quiserem, na lei de regime único de seus servidores, escolher esse regime ou outro, como o trabalhista, observados, porém, os princípios constitucionais federais.

No tocante à remuneração dos servidores públicos, o princípio da isonomia inspira vários dispositivos da atual Constituição. O § 1º do art. 39 determina que “a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”. Em íntima ligação com esse dispositivo estão os dos incisos XII e XI do art. 37, que estabelecem respectivamente: “*Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo; e “a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministro do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito”*. Para manter essa isonomia, o inciso X desse mesmo art. 37 determina que “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre

servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data” Por outro lado, no tocante às carreiras disciplinadas no Título IV da Constituição - o referente à organização dos Poderes -, e que são a da magistratura, do Ministério Público (inclusive o junto aos Tribunais de Contas), da Advocacia-Geral e da Defensoria Pública, o art 135 determina que a elas se aplicam o princípio de que *“os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo”* (art 37, XII) e a norma do §1º do art 39, que assegura a isonomia para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou local de trabalho E, com relação aos delegados de polícia, o art 241 preceitua que a eles *“aplica-se o princípio do art 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art 135 desta Constituição”* Note-se, ainda, que a observância da isonomia não se adstringe aos servidores em atividade, mas abarca, também, os inativos, e, de certa forma, os pensionistas de servidores falecidos Com efeito, o item 4º do art 40 determina que *“os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei”* E o § 5º desse mesmo artigo dispõe que *“o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior”*

Ainda no tocante à remuneração dos servidores públicos, pode-se entrever a aplicação do princípio da isonomia à extensão a todos eles do que, no sistema constitucional anterior, era apenas uma garantia da magistratura a irredutibilidade de vencimentos O inciso XV do art 37 da atual Constituição preceitua que os vencimentos dos servidores públicos, civis e militares, são irredutíveis, o que não afasta, quanto à sua remuneração, a mesma incidência de tributos a que está sujeita essa garantia da magistratura (art 95, III), atualmente estendida ao Ministério Público (art 128, I, “c”)

Também é de vislumbrar-se a aplicação do princípio da isonomia na extensão que o § 2º do art 39 faz aos servidores públicos, qualquer que seja o regime único que venha a ser adotado pela legislação ordinária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de vários dos direitos sociais que o art 7º outorga aos trabalhadores urbanos e rurais, aproximando, nesse terreno, a situação destes com a daqueles Um desses direitos sociais estendidos - o decorrente do inciso XXX do referido art 7º (*“proibição de*

diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”) se aplica aos servidores públicos entre si, para impedir discriminações entre eles quanto a remuneração ou a exercício de funções, bem como a critério de admissão ao serviço público discriminatório com relação a seus candidatos. A respeito desse acesso, aliás, embora o art. 37, I, só o preveja para os brasileiros, não só para os cargos públicos (como era no sistema constitucional anterior), mas também para os empregos e funções públicas inclusive - o que é também inovação - da administração indireta ou fundacional (fundação de direito público), o inciso II desse mesmo artigo passou a exigir, para qualquer investidura que não apenas à primeira, como o fazia a Constituição anterior, em cargo ou emprego público, a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Visou essa norma - como se vê do elemento histórico dos trabalhos da Assembléia Constituinte - a acabar com os concursos internos para a ascensão a carreiras superiores àquelas para as quais os servidores haviam sido originariamente investidos por aprovação em concursos públicos, e, portanto, ainda nesses casos, a deixar de tratar discriminatoriamente candidatos a tais cargos, conforme fossem já servidores públicos ou não. Seguindo, porém, sua orientação de proteção a deficientes, a atual Constituição, no inciso VIII do art. 37 abriu esta exceção ao tratamento uniforme nesse terreno: *“A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”*.

4. Liberdade de associação sindical e direito de greve. - A Emenda Constitucional nº 1/69, em seu art. 166, dispunha que *“é livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão regulados em lei”*. O art. 566 da Consolidação das Leis do Trabalho, porém, proibia a sindicalização dos servidores do Estado e os das instituições paraestatais (*“Não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais”*). Esse dispositivo não foi tido como revogado pelo texto constitucional de 1969, por se ter entendido que este admitia fosse tal liberdade restringida pela lei. Leis posteriores, porém, com relação às instituições paraestatais, diminuíram a extensão dessa proibição. Assim, a Lei 6.386, de 9 de dezembro de 1976, acrescentou parágrafo único a esse art. 566, com o teor seguinte: *“Excluem-se da proibição constante deste artigo os empregados das sociedades de economia mista e das fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público da União, dos Estados e Municípios”*. E a Lei 7.449, de 1985, acrescentou a essas exceções a relativa aos

empregados da Caixa Econômica Federal. Embora a imensa maioria dos servidores públicos fosse contratada segundo a legislação trabalhista, a proibição do *caput* desse art. 566 não foi alterada até a Constituição de 1988. Não se podia assim invocar, para essa vedação, um dos argumentos tradicionais a seu favor - o da inexistência de contrato de trabalho individual entre o servidor e a pessoa jurídica de direito público interno. É certo, porém, que outro - o da não-possibilidade da admissão da greve no direito público - encontrava apoio expresso na Emenda Constitucional nº 1/69, que, no art. 162, era categórica: “*Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei*”. Mas, pelo menos parte da doutrina sustentava que, não tendo os sindicatos por finalidade promover greves, e sendo admitido em outros países o direito de greve para os funcionários públicos, a razão da proibição não era de ordem jurídica, mas sim, política: a de ficarem os órgãos do Estado imunes aos conflitos trabalhistas.

A Constituição de 1988 modificou substancialmente esse panorama. No inciso VI do art. 37 assegurou ao servidor público civil, sem possibilidade de restrição, o direito à livre associação sindical; e, no inciso VII desse mesmo dispositivo, dispôs, no tocante à administração pública que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar”. Quanto aos servidores públicos militares, porém, preceituou: “Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve” (§ 5º do art. 42).

O direito à livre associação sindical outorgado ao servidor público civil pelo inciso VI do art. 37 é auto-aplicável, prevalecendo para seus sindicatos os princípios que a Constituição atual estabelece no art. 8º para os sindicatos dos trabalhadores em geral. O mesmo não sucede com o direito de greve, cujos limites e exercício deverão ser regulados por lei complementar ainda não editada. A Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, que regulamentou o § 1º do art. 9º da atual Carta Magna - dispositivo esse que, com relação aos trabalhadores, estabeleceu, quanto ao direito de greve, que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” -, até por ser lei ordinária, não poderia regulamentar o inciso VII do art. 37, mas, para não haver dúvida, preceituou, em seu art. 16, que “para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido”.

5. A acumulação de cargos, empregos e funções. - À semelhança do sistema constitucional anterior, a atual Constituição, nos incisos XVI e XVII do art. 37, manteve, como regra geral, o princípio da proibição da acumulação de cargos, empregos e funções. Rezam esses dispositivos:

“XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos,

exceto, quando houver compatibilidade de horários:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público”.

Além das exceções a que se refere o inciso XVI, o art. 38 admite a acumulação de cargo, emprego ou função com o exercício de mandato eletivo. A disciplina dessa acumulação é a seguinte:

“Art. 38. Ao servidor público em exercício do mandato eletivo aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II - Investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

IV - em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse”.

Por outro lado, em se tratando de juiz, o art. 95, parágrafo único, I, é mais rigoroso com relação à possibilidade de acumulação, pois veda a ele “exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério”, o que se estende a empregos privados, uma vez que, nesse texto, não há referência a cargo ou função públicos, mas a cargo ou função em geral, ao contrário do que sucede com o disposto em outro texto da mesma Constituição - o art. 128, 5º, II, “d” - que, ao dispor sobre as vedações relativas aos membros do Ministério Público, é expresso em acentuar que a proibição é a de “exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra **FUNÇÃO PÚBLICA**, salvo uma de magistério”.

Para os militares, há duas normas especiais: a do § 3º e a do § 4º, ambos do art. 42. Reza o primeiro: “O militar em atividade que aceitar cargo público civil permanente será transferido para a reserva”. E dispõe o segundo: “O militar da ativa que aceitar cargo, emprego ou função pública temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer

nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a inatividade”.

Note-se, por fim, que, quanto à acumulação de cargos, empregos ou funções, a atual Constituição silenciou a respeito de uma das exigências que o sistema constitucional anterior impunha para permitir, excepcionalmente, a acumulação nas exceções previstas: a de, com referência à acumulação com cargo de professor, haver “correlação de matérias” com o de juiz, outro de professor, ou técnico-científico. Igualmente não se encontra, na Constituição vigente, norma que proíba a aposentado acumular os proventos com os vencimentos de cargo, emprego ou função públicos que venha a exercer depois da aposentadoria. A Emenda Constitucional nº 1/69, no § 4º do art. 99, tinha, a propósito, esta norma: “*A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados*”.

6. Estabilidade, vitaliciedade e disponibilidade. - A estabilidade, que é a garantia de permanecer no serviço público, é alcançada, segundo o art. 42 da atual Constituição, pelos servidores nomeados em virtude de concurso público, após dois anos de efetivo exercício. No Ató das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 19 excepcionalmente considerou estáveis no serviço público “os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados que não tenham sido admitidos por concurso público”. Não lhes outorgou, porém, efetividade, pois determinou que seu tempo de serviço será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da Lei (1º). Por outro lado, excluiu desse benefício os que, não sendo servidores públicos, ocupassem cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, ou, ainda, declarados por lei de livre exoneração. Também aos professores de nível superior essa estabilidade excepcional não foi concedida.

Não admite a Constituição de 1988 (§1º do art. 41) que o servidor público estável perca o cargo senão em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. E determina, ainda (§ 2º do art. 41), que “*invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade*”.

Entre os servidores públicos civis, vitalícios, pela atual Carta Magna, são apenas os juizes (art. 95, I) e os membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, “a”). Trata-se de garantia institucional conferida a esses servidores. Em se tratando de juizes de primeiro grau de jurisdição, porém, ela só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado. No tocante aos membros do Ministério Público, sem qualquer distinção, a vitaliciedade só será alcançada depois de dois anos de exercício, e a perda do cargo vitalício apenas se dará por sentença judicial transitada em julgado.

Aos servidores públicos militares, a Constituição de 1988, em seu art. 42, § 1º, assegura as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, em sua plenitude, aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados das Forças Armadas, bem como das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal. E estabelece, no § 7º desse mesmo artigo, que o oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra.

Se o cargo do servidor público civil extável for extinto ou tiver sua desnecessidade declarada, será ele colocado em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (art. 41, § 3º). Também os juizes podem ser colocados em disponibilidade; exige, porém, a Constituição (inciso VIII do art. 93) que o ato de disponibilidade de magistrado, por interesse público, se fundará, sempre, em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa.

7. Aposentadoria. - Três são as modalidades de aposentadoria que a atual Constituição (art. 40) prevê para o servidor público civil: a por invalidez, a compulsória e a voluntária. A primeira se dá com proventos integrais quando a invalidez permanente decorre de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; e, nos demais casos, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. A segunda, aos setenta anos, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. E a terceira, em quatro hipóteses: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se for mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; e d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Admite a Constituição de 1988 que Lei Complementar possa diminuir alguns dos prazos para a aposentadoria voluntária, em caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas; e determina que “a lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários”, bem como que “o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade”.

No que concerne aos juizes, a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura (art. 93, VI). Essa norma é estendida aos membros do Ministério Público (art. 129, § 4º).

Quanto aos servidores públicos militares, deixa-se à lei dispor sobre “os limites da idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade” (art. 42, § 9º).

8. Responsabilidade civil dos servidores públicos. - Sobre a responsabilidade civil dos servidores públicos a Constituição de 1988 a ela alude com relação aos atos de improbidade administrativa e à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos. Quanto à primeira, preceitua o § 4º do art. 37: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. E, no tocante à segunda, o § 6º desse mesmo artigo estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

9. A disciplina constitucional analítica da relação jurídica funcional e o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, administrativos e judiciais. - Essa disciplina constitucional analítica e complexa da relação jurídica funcional e o amplíssimo controle jurisdicional de constitucionalidade admitido no Brasil explicam as numerosas questões constitucionais que se levantam perante o Poder Judiciário brasileiro, quer no controle difuso da constitucionalidade dos atos normativos e dos atos administrativos e judiciais, quer no controle concentrado - inclusive por omissão inconstitucional - dos atos normativos municipais, estaduais e federais.

Eis algumas dessas questões constitucionais, a título meramente exemplificativo. Não obstante a atual Constituição exija o concurso público para a investidura (e não apenas para a primeira, como no sistema constitucional

anterior) em cargos ou emprego públicos, continua a controvérsia sobre se ela ainda permite a denominada ascensão funcional, que nada mais é, no âmbito federal, do que a passagem de uma carreira de cargos inferiores para outra de cargos superiores. A fixação de paradigmas de teto de vencimentos em cada um dos três Poderes, os quais têm vantagens remuneratórias diversas, é problemática, especialmente porque cada um dos Três Poderes tem competência exclusiva para a iniciativa de lei relativa a seus vencimentos, e há que observar o princípio da isonomia em favor dos servidores públicos. A vinculação de vencimentos para permitir a aplicação desse mesmo princípio de isonomia entre as carreiras jurídicas tem dado margem a controvérsia, especialmente com referência à magistratura. A possibilidade de contratação de estrangeiros como servidores temporários não é isenta de dúvidas. Grande celeuma houve quanto à questão de se saber se a colocação em disponibilidade de servidores públicos poderia fazer-se com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço; em sentido contrário, em face do princípio da irredutibilidade de vencimentos, se manifestou, por fim, o Supremo Tribunal Federal. Até a determinação de que Justiça - se a comum ou a trabalhista - será competente para processar e julgar as ações dos servidores públicos com referência à relação funcional com o Estado, quando o regime único adotado for o estatutário, é discutível, em virtude dos termos genéricos do art. 114 da Constituição de 1988 que dá competência para a Justiça do Trabalho julgar dissídios individuais entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União.

Por outro lado, o controle judicial da constitucionalidade das leis, atos normativos, atos administrativos e atos judiciais é amplíssimo, e o seu processo, obviamente, termina no Supremo Tribunal Federal, guardião que é da Constituição.

No Brasil, desde a primeira Carta Magna republicana - a de 1891 - até a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, o controle da constitucionalidade das leis, dos atos normativos em geral, dos atos administrativos e dos atos judiciais se fazia quase exclusivamente pelo sistema difuso à maneira norte-americana. Dele participava o Supremo Tribunal Federal nas causas de sua competência originária ou por via de recursos a ele interponíveis, especialmente o recurso extraordinário. Por não vigorar no direito brasileiro o princípio anglo-saxão do *stare decisis*, não estando, portanto, os juizes e tribunais obrigados a seguir os precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive em questão de inconstitucionalidade, desde a Constituição de 1934 se estabeleceu que, quando essa Corte declara inconstitucional lei ou ato normativo municipal, estadual ou federal, deve ela comunicar tal decisão ao Senado Federal, que tem competência para suspender a execução, no todo ou em parte, nesse

caso, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional. Por meio dessa suspensão - na realidade, trata-se de retirada de vigência - atribui-se eficácia *erga omnes* à declaração judicial de inconstitucionalidade no caso concreto.

A reforma do Poder Judiciário feita pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, serviu para que se introduzisse profunda alteração no sistema de controle da constitucionalidade. Decorreu essa modificação de se haver acrescentado, na competência do Supremo Tribunal Federal, a de processar e julgar originariamente “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Essa inclusão introduziu, no direito brasileiro, o controle de constitucionalidade de ato normativo federal ou estadual em abstrato em face da Constituição Federal, e, por ser feito apenas pelo Supremo Tribunal Federal, implicou a adoção de controle concentrado de constitucionalidade, sem prejuízo do difuso. Instaurou-se, assim, um sistema misto de controle de constitucionalidade: o difuso, que abrange universo maior, pois abarca atos normativos, administrativos e judiciais municipais, estaduais e federais; e o concentrado, que abarca somente os atos normativos federais e estaduais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a representação como instrumento de controle abstrato de normas é processo objetivo de defesa da ordem constitucional, não visando, portanto, à tutela de interesses individuais. Pode ele conceder medida liminar para suspender, até o julgamento final da representação de inconstitucionalidade, a eficácia, parcial ou total, da lei ou ato normativo impugnados, se a arguição de inconstitucionalidade for relevante e se houver *periculum in mora* ou, até, conveniência nessa suspensão. De outra parte, a declaração de inconstitucionalidade em abstrato implica a declaração de nulidade da norma tida como inconstitucional, tendo, pois, eficácia *ex tunc*. Admite-se que essa declaração se limite a parte do ato normativo, desde que seja esta perfeitamente separável da que é constitucional, não se alterando, pois, o sentido da norma, até porque, no controle da constitucionalidade, o Poder Judiciário atua apenas como **legislador negativo**. E, assim como no sistema de controle difuso prevalece o princípio da conservação da lei impugnada desde que se lhe possa dar sentido que não se contraponha a preceito constitucional, também no controle abstrato é utilizada a técnica da **interpretação conforme a Constituição**.

A Constituição de 1988 manteve esse sistema misto de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, nele, porém, introduzindo inovações, especialmente quanto ao controle concentrado. A legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade, que até então era outorgada apenas ao Procurador-Geral da República, foi estendida a amplo rol de autoridades, órgãos ou entidades: ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal

à Mesa da Câmara dos Deputados, às Mesas das Assembléias Legislativas Estaduais, aos Governadores dos Estados-membros, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos Partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional. Para a defesa da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual impugnado, deu a Constituição atual essa atribuição, como verdadeiro curador da norma atacada, ao Advogado-Geral da União. Criou, por outro lado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida (inclusive, portanto, de ato normativo) para tornar efetiva qualquer norma Constitucional, caso em que, declarada essa inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, “*será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*” (§ 2º do art. 103). Por fim - e isso decorreu da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal -, o instrumento processual criado pela Constituição de 1988 com a denominação de mandado de injunção - e que será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI) - serve, para qualquer titular desses direitos, liberdades e prerrogativas, de meio de declaração da omissão inconstitucional resultante da mora da feitura da norma regulamentadora, o que acarreta, normalmente, a mesma consequência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ciência ao Poder, órgão ou autoridade omissos, para a adoção das providências necessárias à regulamentação), e, em casos em que a omissão favorece ao próprio Estado, consequências outras - que não a necessidade de o Judiciário legislar, ainda que para o caso concreto -, como a suspensão de processos administrativos ou judiciais instaurados, ou fixação de prazo para a regulamentação, sob pena de o direito, liberdade ou prerrogativa em causa se aplicarem ao impetrante sem as restrições que a lei regulamentadora poderá, por permissão constitucional, vir a impor, quando editada.

10. Conclusão. - Em face do que foi exposto, não é de admirar que estejam sendo julgados pelo Supremo Tribunal Federal inúmeros recursos e ações que versam questões constitucionais relativas à função pública. A ele, quer pela via do controle difuso de constitucionalidade, quer pelo caminho do controle concentrado, cabe dar a palavra final nessa variada gama de temas administrativo-constitucionais, fixando o sentido e o alcance das normas pertinentes contidas na Constituição Federal.

É esse, em linhas gerais, o panorama atual da problemática da função pública no direito brasileiro.

Servidor Público *versus* Administração: Competência da Justiça Comum

FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA

APRESENTAÇÃO

Dr. FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA

Juiz togado Presidente da 1ª Turma e do 1º Grupo de Turmas do TRT da 2ª Região. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Direito Social.

Servidor Público *versus* Administração: Competência da Justiça Comum *

1. A Justiça do trabalho nas Constituições brasileiras: sua destinação histórica

A chamada questão social, decorrente da luta entre empregados e patrões, foi alçada a uma das questões fundamentais da problemática do nosso país pela Revolução de 1930 e pelas Constituições de 1934 e de 1937. As Constituições subseqüentes - a Constituição liberal-democrática de 1946, a Constituição “castellista” de 1967, a Emenda nº 1, outorgada pela Junta Militar em 1969, bem como a vigente Constituição de 5 de outubro de 1988 - contêm numerosos dispositivos e até mesmo capítulos destinados a enfrentar a secular desigualdade social, bem como as desigualdades regionais e tantos outros problemas que angustiam o povo brasileiro, sem que se vislumbre ainda a criação de uma sociedade que esteja mais próxima dos antigos ideais das Revoluções do Século XVIII - liberdade, igualdade e fraternidade.

A Carta Magna de 1934 foi a primeira a elevar ao nível constitucional os direitos sociais, notadamente os direitos dos trabalhadores. E o art. 122 da mencionada Constituição instituiu a Justiça do Trabalho “para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social”.

Como não tinha sido estruturada até 1937, foi a Justiça do Trabalho

(*)Publicado no “Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª Quinzena de agosto de 1991 - nº 15/91 - p. 265.

novamente “instituída” pelo art. 139 da Carta de 1937 e sob sua égide foi instalada, no dia 1º de maio de 1941, quando passaram a funcionar os Conselhos Regionais do Trabalho em oito Regiões e o Conselho Nacional do Trabalho no Rio de Janeiro, que era então a Capital da República.

Uma das importantes inovações da Constituição de 1946 foi a inserção da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário. E assim tem sido ela mantida, ao longo das diferentes etapas da nossa história, pelas sucessivas Constituições: foi criada e existe para julgar as causas trabalhistas, vale dizer, os litígios entre empregados e empregadores - e isso, é claro, desde que as pretensões deduzidas sejam de natureza trabalhista, em pleitos de direitos elencados na Consolidação das Leis do Trabalho ou em outras leis trabalhistas.

Tal situação perdura até hoje, pois não foi substancialmente alterada pela Constituição de 5 de outubro de 1988, a não ser pelo fato de que corrigiu-se agora a situação esdrúxula que havia na vigência da anterior Constituição, em que as causas trabalhistas ajuizadas por empregados ditos celetistas da União eram julgadas pela Justiça Comum Federal e não pela Justiça Federal do Trabalho, ou seja, pela Justiça Federal Especializada.

O texto que vigorava até 1988 era bem lacônico, quanto à competência da Justiça do Trabalho:

“Art. 142 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho.” (Constituição nº 1, de 17 de outubro de 1969).

E aquela Constituição, com o texto dado pela Emenda nº 1, outorgada em 1969, dizia:

“Art. 110 - Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juizes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos.”

Essa transferência da competência para a Justiça Comum Federal de causas trabalhistas foi acerbamente criticada e trouxe vários inconvenientes para os jurisdicionados e até mesmo para o Judiciário, já que passaram a coexistir duas jurisprudências em matéria trabalhista, uma da Justiça Comum Federal (Tribunal Federal de Recursos e juizes federais) e outra da Justiça do Trabalho (TST, Tribunais Regionais do Trabalho).

E havia também larga controvérsia sobre as questões trabalhistas em que os empregadores fossem órgãos de representação oficial de Estados estrangeiros e de Organizações internacionais, ficando os trabalhadores sujeitos a infundáveis conflitos e arguições de incompetência e de imunidade de jurisdição, geralmente sem que fossem solucionados os seus pleitos de

modo efetivo - ou, simplesmente, sem que fossem solucionados...

Assim, progresso sensível ocorreu com nossa Constituição, elaborada após árduos e prolongados debates em 1987/1988.

Diante do texto constitucional em vigor, solucionaram-se vários antigos problemas e corrigiram-se situações que causavam grandes dificuldades à administração da Justiça.

Mas novas questões surgiram, como é natural, diante da complexidade das questões enfrentadas, em distintos capítulos, pela Constituição analítica, minuciosa e ambiciosa de 1988.

E uma das questões é exatamente essa: teria a Justiça do Trabalho ampliado a sua destinação histórica, originariamente a de dirimir conflitos entre empregados e empregadores, passando a ter também competência para julgar as causas dos servidores públicos?

2. Os servidores públicos estatutários e a Justiça competente para as ações por eles ajuizadas contra a Administração Pública. Retrospecto e recapitulação de dados e elementos históricos e legislativos. A Lei nº 8.112/90, os vetos e sua rejeição.

A nova Constituição consagra um notável elenco de direitos sociais, no art. 7º, cujo *caput* se refere aos “trabalhadores urbanos e rurais”. É evidente que tais “trabalhadores” são, em princípio ao menos, os que prestam serviços a empregadores e a empresas privadas. De acordo com o disposto no § 1º do art. 173 da mesma Constituição, também os empregados das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de outras entidades, estatais ou para estatais, também são destinatários dos direitos sociais elencados no citado art. 7º.

Quanto aos servidores públicos (funcionários públicos, no sentido próprio), a Constituição deles trata em outro capítulo, em outro Título: Título III - Da Organização do Estado; Capítulo VII - Da Administração Pública. E aí encontramos então uma Seção II - Dos Servidores Públicos Civis. Cite-se o primeiro de seus dispositivos:

“Art. 39 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

1º. . . .

2º - Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX.” (é meu o grifo em regime jurídico único).

Diante de tal norma, é fácil concluir que havia, à época da promulgação

da nova Lei Maior, diferentes regimes para os servidores da administração pública, destacando-se o regime do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis (Lei nº 1.711, de 1952) e o regime trabalhista da CLT, de 1943. E é fácil também concluir que os servidores do Poder Público não se confundem com os trabalhadores, tal como a expressão é empregada pela nossa Lei Fundamental. E isso fica claro do cotejo do art. 7º e do art. 39: o primeiro contém extraordinário elenco de “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”. E o art. 39 seleciona alguns de tais direitos dos trabalhadores para dizer que os mesmos são também aplicáveis aos servidores.

Logo, sem qualquer sofisma ou preciosismo, pode-se concluir que os servidores não são “trabalhadores”, embora, alguns dos direitos dos trabalhadores sejam extensivos a eles, servidores da Administração Pública.

Por outro lado, o comando constitucional relativo ao regime jurídico único, depois de dois anos, foi cumprido pelo Congresso Nacional, com a elaboração de uma lei de “regime jurídico único”. No final de 1990, que foi também final de legislatura e que coincidia com o primeiro ano do Governo do Presidente Fernando Collor, o Congresso Nacional elaborou e o Presidente da República sancionou a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Destacarei dois de seus dispositivos, necessários à compreensão do tema ora examinado:

“Art. 1º - Esta Lei institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.”

E o texto aprovado pelo Congresso incluía no art. 240 uma alínea relativa à competência da Justiça do Trabalho para as causas dos servidores públicos, com uma redação pouco técnica e pouco precisa. Dizia o art. 240 do projeto aprovado pelo Congresso:

“Art. 240 - Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes:

.....

d) de negociação coletiva;

e) de ajuizamento, individual e coletivamente, frente à Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição Federal.”

Essas alíneas “d” e “e” do art. 240 do projeto que se transformou na Lei 8.112, de 1990, foram vetadas pelo Sr. Presidente da República com os seguintes fundamentos:

“Razões do Veto

As alíneas “d” e “e” do art. 240 são inconstitucionais, porque contrariam o art. 114 da Constituição, que delimita a competência da Justiça do Trabalho, e o disposto nas alíneas “a” e “c” do inciso II, do §

1º do art. 61 da Carta, que colocam sob reserva legal, a partir de iniciativa privativa do Presidente da República, a regulação dos direitos e a definição da remuneração dos servidores públicos. (...) Ao referir-se a 'trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta', o art. 114 da Carta Magna alcançou apenas as situações decorrentes de contrato de trabalho, onde há empregadores e empregados sujeitos à relação contratual, e não as que decorrem de relação legal, qual seja o regime estatutário (...)"

As razões do veto citam acórdãos do Supremo Tribunal Federal, no Conflito de Jurisdição nº 6.829-8-SP, publicado em 14 de abril de 1989, e do Superior Tribunal de Justiça, nos Conflitos de Competência nºs 1.203-PR e 1.336-SP, publicados em 24 de setembro de 1990, com ementas expressas no sentido de que "a disposição insita no art. 114 da Constituição não abrange o pessoal estatutário, dizendo unicamente com aquele submetido ao regime celetista."

No que diz respeito à alínea "e" do art. 240 do projeto que ao ser sancionado passou a ser a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, são sólidas as razões jurídicas do veto do Sr. Presidente da República.

Todavia, tal veto não prevaleceu, isto é, não foi mantido pelo Congresso Nacional, tendo ocorrido sua rejeição.

3. Diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais quanto à competência para julgar ações de servidores públicos (estatutários).

A matéria ainda não está pacificada, mesmo porque aguarda-se pronunciamento do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade da alínea "e" do art. 240 da Lei 8.112, de 1990, alínea essa vetada pelo Presidente da República e mantida pelo Congresso Nacional.

No "Repertório IOB de Jurisprudência", entre outras valiosas colaborações, duas se destacam, quanto a este tema, em números bem recentes, com posições doutrinárias divergentes.

ANTONIO LAMARCA, eminente jurista e Ministro aposentado do TST, reporta-se ao seu importante **O Livro da Competência** (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979) e a um outro trabalho também por ele publicado no mesmo "Repertório IOB de Jurisprudência", 2ª quinzena de novembro de 1988, pp. 300/303, para concluir seu posicionamento do seguinte modo:

"Continuamos, de conseguinte, a advogar a competência da Justiça do Trabalho para resolver as questões entre servidores públicos sob regime único e a União (o mesmo acontecendo em relação aos servidores dos demais entes públicos)." (Regime Único para os Servidores Federais e

Competência da Justiça do Trabalho”, in “Repertório IOB de Jurisprudência”, nº 10/91, Caderno 2, pp. 175 e 176).

ARION SAYÃO ROMITA, Professor Titular de Direito do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em substancioso trabalho intitulado “Servidor Público e Justiça do Trabalho” chega a uma conclusão diametralmente oposta, como se vê no mesmo “Repertório IOB de Jurisprudência” nº 11/91, Caderno 2, pp. 193/190.

ROMITA afirma, depois de citar as razões do veto da alínea “e” do art. 240 da Lei nº 8.112, de modo taxativo:

“Sem embargo da juridicidade da argumentação, o veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional, de sorte que, segundo a Lei nº 8.112, compete à Justiça do Trabalho dirimir os litígios de interesse dos servidores públicos civis estatutários. O dispositivo em foco, porém, é inconstitucional; ante o disposto no art. 114 da Carta de 1988.

A Justiça do Trabalho é, na verdade, incompetente para apreciar os litígios entre o servidor estatutário e a administração pública direta, autárquica e funcional (sic). Se o ente envolvido for federal, competente será a Justiça Federal (Constituição, art. 109, I); se for estadual ou municipal, competente será a Justiça Comum do Estado.”

4. Conclusão

Quando de sua criação, por força de dispositivos constitucionais das Cartas da década de 30, a Justiça do Trabalho foi delineada para julgar litígios entre empregados e empregadores. Ora, como já vimos, a simples utilização da expressão “trabalhadores” no art. 114 da atual Constituição não é suficiente para modificar a destinação histórica da Justiça Especializada.

Lembre-se o texto do art. 114 da Carta de 1988:

*“Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre **trabalhadores e empregadores**, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.”* (grifos meus)

Desde que reconheçamos que a expressão “trabalhadores” não tem tal amplitude que permita nela incluir os servidores públicos estatutários, que realmente não são “trabalhadores” no sentido próprio e técnico, e desde que também percebamos que a Administração não é um “empregador” em relação aos servidores que a ela se unem pela relação estatutária, de Direito Administrativo, teremos que concluir, tal como ROMITA e vários outros, que

a competência da Justiça do Trabalho não inclui e não abrange os litígios entre os servidores civis (funcionários públicos estatutários) e a Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e suas fundações públicas).

Nesse sentido já há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de outros Tribunais, da qual só destacaremos um único exemplo: *“Justiça comum e do trabalho - Competência. Firma-se a competência pela natureza da lide. Se esta diz respeito a pretensões derivadas de vínculo estatutário, nada se pretendendo com base na legislação do trabalho, a competência é da Justiça comum, não importando que a causa tenha sido erradamente rotulada de reclamação trabalhista. O art. 114 da Constituição afastou a possibilidade de submissão, à Justiça Federal, de litígios trabalhistas envolvendo a União, como ocorria na vigência do texto anterior. Não importou ampliação da competência da Justiça especializada para questões pertinentes aos servidores estatutários.”* (Conflito de Competência nº 1.580 - Rondônia - 90.0012647-9 - Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Superior Tribunal de Justiça, DJ 25.03.91 - p. 3.207 - Ementário nº 1.335).

Até que ocorra a declaração formal de inconstitucionalidade da discutida e polêmica alínea “e” do art. 240 da Lei nº 8.112, de 1990, pelo Excelso Pretório, cada Juiz, em cada caso concreto, terá, como sempre teve, em face de nosso ordenamento jurídico, a faculdade de aplicar a norma mantida pelo Congresso, se entender que a mesma é constitucional, ou de não aplicá-la, se entender que a mesma é inconstitucional.

A nossa conclusão é a de que está correta a jurisprudência já dominante no Superior Tribunal de Justiça e também em Tribunais do Trabalho: diante de uma interpretação sistemática das normas existentes na Constituição de 1988, citadas no presente artigo, é necessário reconhecer que a competência da Justiça do Trabalho, tal como delimitada pelo art. 114 da Carta Magna, não inclui e não abrange as causas em que forem partes os servidores públicos (funcionários públicos), no regime estatutário, da Administração Pública. Quanto aos Estados-membros, aos municípios, suas autarquias e fundações, há que se aguardar que cada uma dessas pessoas jurídicas edite o seu respectivo Estatuto. Quanto à União, os litígios que envolvam a aplicação da Lei nº 8.112, de 1990, novo Estatuto dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, serão apreciados, desde logo, pela Justiça Comum Federal e não pela Justiça Federal do Trabalho. Esta só é competente para julgar ações trabalhistas, em que as pretensões deduzidas sejam as que decorram da legislação trabalhista (Consolidação das Leis do Trabalho e leis trabalhistas complementares), inclusive quanto a eventuais direitos trabalhistas de servidores públicos que eram, anteriormente, empregados no regime da CLT.

ANEXO I

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 492-1 DISTRITO FEDERAL

Reqte Procurador-Geral da Republica
Reqdo Congresso Nacional

Ementa:

Constitucional. Trabalho. Justiça do trabalho. Competência. Ações dos Servidores Públicos Estatutários CF, arts. 37, 39, 40, 41, 42 e 114 Lei nº 8.112, de 1990, art. 240, alíneas “d” e “e”.

I - Servidores públicos estatutários direito ‘a negociação coletiva e a ação coletiva frente à Justiça do Trabalho inconstitucionalidade Lei 8 112/90, art 240, alíneas “d” e “e”

II - Servidores públicos estatutários incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos seus dissídios individuais Inconstitucionalidade da alínea “e” do art 240 da Lei 8 112/90

III - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade das alíneas “d” e “e” do art 240 da Lei nº 8 112, de 11 12 1990, vencido, *in totum*, o Ministro Marco Aurelio, que a julgou improcedente, e, parcialmente, os Ministros Octavio Gallotti e Sepulveda Pertence, que a julgaram procedente, em menor extensão, ou seja, para declarar a inconstitucionalidade apenas da alínea “d” e das expressões “e coletivamente” contidas na alínea “e” do mesmo artigo

Brasília, 12 de novembro de 1992 - Sydney Sanches, Presidente - Carlos Velloso, Relator

RELATORIO

O Sr **Min. Carlos Velloso**: - O Procurador-Geral da Republica, fundado no art 103, VI, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade das alíneas “d” e “e” do art 240 da Lei nº 8 112, publicada em 19 de abril de 1991, que “dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais”

São as seguintes as normas impugnadas

“Art 240 Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito a livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrente

a)

b)

c)

d) de negociação coletiva,
e) de ajustamento, individual e coletivamente, frente à Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição Federal”

O autor alega que os referidos dispositivos contrariam os arts 37, 41 e 114 da Carta Magna, argumento que

a) o direito de negociação coletiva assegurado aos servidores públicos civis regidos pela Lei nº 8 112/90 é “incompatível com a sistemática adotada pela Constituição Federal, principalmente quanto ao disposto nos seus arts 37 a 41, já que qualquer vantagem atribuída ao servidor há de ser conferida por lei”,

b) no que se refere à competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de dissídios individuais e coletivos de servidores não regidos pela CLT, “essa Excelsa Corte já decidiu, em sessão plenária, que o art 114 da Constituição Federal “apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho” (Conflito de Jurisdição nº 6 829-SP, Relator Ministro Octavio Gallotti, em 15 de março de 1989)” No mesmo sentido, também existem várias decisões do Egregio Superior Tribunal de Justiça

Considerando que a aplicação imediata das normas atacadas “pode causar a nulidade, por incompetência do juízo, de inúmeras reclamações trabalhistas, com desaconselhável atraso na efetiva prestação jurisdicional”, o autor requer a sua suspensão liminar

Para apreciação do pedido da cautelar, submeti o feito ao Plenário

Em 01/07/91, o Tribunal, por votação unânime deferiu a medida cautelar de suspensão da alínea “d” do art 240 da Lei 8 112/90 e, no que toca a alínea “e”, por maioria deferiu-a, em parte, para suspender, na citada alínea “e”, do art 240, do mesmo diploma legal, as expressões “e coletivamente”

O ilustre Presidente do Congresso Nacional, pelo ofício nº 176/92-GP, de fls 45/47, e documentos que se seguem, prestou informações sobre o recebimento do projeto de lei, seu trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que culminou com a aprovação e a rejeição dos vetos presidenciais

O eminente Advogado-Geral da União, as fls 206/211, opina pela improcedência da ação, concluindo que “o fato de se estabelecer, através de lei, o **regime único** previsto no art 39 da CF, pela lei 8 112/91, cujos artigos são aqui impugnados, não retira, salvo melhor juízo, da Justiça Especializada a competência fixada pelo art 114 da CF”

A ilustre Subprocuradoria-Geral da República Odília Ferreira da Luz Oliveira, oficiando às fls 212/221, opina pela procedência da ação, para que seja declarada a inconstitucionalidade das alíneas “d” e “e” do art 240, da Lei 8 112/90, sustentando, em síntese, que

a) o regime jurídico único tem caráter estatutário, objetivo, pois “os direitos, deveres, garantias e vantagens dos servidores públicos - seu *status*, enfim - são definidos unilateralmente pelo Estado-legislador, que pode, também unilateralmente, alterá-lo a qualquer momento, sem se cogitar de direito do servidor à manutenção do regime anterior”,

b) “enquanto as relações de Direito Público caracterizam-se pela desigualdade jurídica das partes (Estado e administrado), nas de Direito Privado impõe-se a igualdade jurídica, a despeito de ser comum a desigualdade econômica ”,

c) “quando quis conferir ao servidor público alguns dos direitos atribuídos aos trabalhadores em geral, a Carta mandou aplicá-los os preceitos correspondentes (arts 39, 2º, e 42, 11) Se ambas as categorias tivessem o mesmo *status*, os servidores públicos só por isso gozariam dos mesmos direitos daqueles trabalhadores, não havendo razão para a Carta mandar aplicar-lhes as normas que os prevêm”,

d) “a superioridade jurídica do Estado nas relações com seus servidores (e com os administrados em geral) também objetiva única e exclusivamente a satisfação do interesse público. Portanto, aos entes públicos é vedado renunciar a ela e aos privilégios dela decorrentes. Só isso é suficiente para afastar a possibilidade da negociação coletiva, que pressupõe a transigência das partes envolvidas, para que possam chegar a um acordo”;

e) “o processo trabalhista é incompatível com o caráter estatutário do regime jurídico dos servidores públicos e com a superioridade jurídica de que goza o Estado nas relações dele derivadas. Não há lugar para a conciliação, que pressupõe a capacidade de transigir e, como já se mostrou, o Estado não pode abrir mão de seus privilégios, porque conferidos no interesse público, que é indisponível”;

f) “a extensão do art. 114 às demandas entre o Estado e os servidores estatutários viria a inferiorizá-los indevidamente em relação aos demais administrados, que usufruem da garantia constitucional do mandado de segurança contra atos ilegais da autoridade pública, lesivos de direito líquido e certo”. É “inegável que, nas relações com seus servidores o ente público, diferentemente do empregador privado, atua com autoridade, 1ºto é, com uso de poder público e em posição de superioridade jurídica”;

g) “a Constituição impõe a representação paritária de patrões e empregados em todos os órgãos da Justiça do Trabalho”, mas não prevê qualquer procedimento para a escolha de representantes do Estado nos órgãos judiciais trabalhistas. Também não é aceitável que o Estado seja representado perante a Justiça do Trabalho por particulares, “que lá estão para defender interesses privados, exclusivamente, nunca o interesse público”;

h) a menção feita pelo art. 114 aos entes da administração pública direta e indireta refere-se às “demandas propostas pelos inúmeros servidores sujeitos ao antigo regime dito celetista, que a ele continuariam - como continuaram e, nos casos de Estados e Municípios, ainda continuam - submetidos durante bom tempo após a vigência da Constituição”;

1) O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, já na vigência da Constituição de 1988, expressamente negaram a competência da Justiça do Trabalho para julgar as demandas entre servidores estatutários e o Estado, reconhecendo a competência da justiça comum, federal ou estadual.

E o relatório, do qual a secretaria expedira cópia aos Srs. Ministros

VOTO

O Sr. **Min. Carlos Velloso** (Relator). As disposições legais acomodadas de inconstitucionais são as constantes das alíneas “d” e “e” do art. 240 da Lei 8.112, de 11.12.90.

“Art. 240. Ao servidor público civil e assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito a livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes:

a)

b)

c)

d) *de negociação coletiva,*

e) de ajuntamento, individual e coletivamente, frente à Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição Federal.”

Esses dispositivos legais, segundo o autor da ação, seriam ofensivos aos artigos 37, 41 e 114 da Constituição Federal.

Examinemos, em primeiro lugar, as disposições legais inscritas nas alíneas “d” e “e”, que estabelecem, para o servidor público civil, o direito “de negociação coletiva”

(alínea “d”) e o direito a ação coletiva frente à Justiça do Trabalho (alínea “e”)

Abrindo o debate, começo por dizer que concordo com a Procuradoria-Geral da Republica quando afirma, no parecer de fls 212/221, que o regime jurídico único a que se refere o art 39 da Constituição tem natureza estatutária. É o que deflui da lição de HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 17ª edição, 1992, pp 359-360), de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, Ed Rev dos Tribs, 2ª ed, 1991, p 22 e pp 104 e segs). Este autor, aliás, sustenta que o regime juridico não há de ser unico para todos os servidores - certas atividades - atividades juridicas e atividades fins do Estado - estão sujeitas ao regime estatutário, outras - as atividades meramente materiais e instrumentais, como, v g, pessoal de obras - estarão sujeitas ao regime celetista (ob cit, pp 104 e ss). Isto, entretanto, não descaracterizara a natureza estatutária do regime juridico unico. O que CELSO ANTÔNIO ensina e que o regime contratual podera ser aplicado para certas funções, funções subalternas, meramente materiais. ADILSON DE ABREU DALLARI, a seu turno, acentua a natureza estatutaria do regime unico (*Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, Ed Rev dos Tribs, 2ª ed, 1990, p 46), do que não destoa ANTÔNIO AUGUSTO JUNHO ANASTASIA, a dizer que “o regime juridico unico do servidor publico e de direito publico, cuja relação funcional sob sua regência e unilateral, consubstanciando o regime em uma norma positiva - o estatuto, que alberga os direitos e obrigações dos servidores” (*Regime Jurídico Único do Servidor Público*, Liv Del Rey, BHte, 1990, p 60). Carlos Pinto Coelho Motta, depois de acentuar a inadequação do regime celetista a própria índole da administração publica, leciona que o regime unico é estatutario (*Regime Jurídico Único*, Editora Lê, BHte, 1990, pp 36 e segs).

Estabelecido que a natureza juridica do regime juridico unico é estatutaria, que tem carater objetivo, não há como deixar de concordar com a eminente Subprocuradoria-Geral Odilia da Luz Oliveira quando escreve que “os direitos, deveres, garantias e vantagens dos servidores publicos - seu *status*, enfim - são definidos unilateralmente pelo Estado-legislador, que pode, tambem unilateralmente, altera-lo a qualquer momento, sem se cogitar de direito do servidor a manutenção do regime anterior”. Nessa linha, acrescenta com acerto a ilustre representante do Ministerio Publico

“Essa sintese e suficiente para demonstrar as muitas e inconciliaveis diferenças entre o regime estatutario e o contratual de Direito Privado, mais especificamente o de Direito de Trabalho. Neste, apesar da franca intervenção do Estado na regulação das relações de trabalho (como faz tambem em outros campos da atividade privada, como o da locação de imóveis), existe amplo espaço para a autonomia da vontade, nascendo os direitos e obrigações não da lei, mas do contrato

Enquanto as relações de Direito Publico caracterizam-se pela desigualdade juridica das partes (Estado e administrado), nas de Direito Privado impõem-se a igualdade juridica, a despeito de ser comum a desigualdade econômica - caso das relações privadas de trabalho - a forçar a intervenção do Estado, mas sem desnaturar a origem contratual das obrigações

É certo, assim, que as relações do servidor publico com o Estado são diferentes daquelas que se estabelecem entre empregado e patrão. Por isso, não e viavel dar-lhes tratamento igual e nem a Constituição o fez

Tanto isso é verdade que, quando quis conferir ao servidor publico alguns dos direitos atribuidos aos trabalhadores em geral, a Carta mandou aplicar-lhe os preceitos correspondentes (art 3º, §§ 2º e 42, 11). Se ambas as categorias tivessem o mesmo status, os servidores públicos só por isso gozariam dos mesmos direitos daqueles trabalhadores, não havendo razão para a Carta mandar aplicar-lhes as normas que os prevêm

E mais: os próprios preceitos constitucionais sobre servidores públicos, de acatamento obrigatório por todas as pessoas políticas, demonstram a diversidade de tratamento, com a concessão, em favor do interesse público, de garantias inexistentes para os empregados privados.” (fls. 214/215)

Posta assim a questão, é fácil perceber que a negociação coletiva (alínea “d” do art. 240) e o direito à ação coletiva (alínea “e”) é absolutamente inconciliável com o regime jurídico estatutário do servidor público.

Quando do julgamento da cautelar, disse eu, no meu voto:

“(…)

A negociação coletiva compreende a possibilidade de acordo entre sindicatos de empregadores e de empregados, ou entre sindicatos de empregados e empresas. Malogrando a negociação, segue-se o dissídio coletivo, no qual os Tribunais do Trabalho poderão estabelecer normas e condições de trabalho para as partes (CF, art. 114, § 2º).

Leciona, a propósito, ARION SAYÃO ROMITA:

‘Quando se verifica um conflito entre o interesse dos trabalhadores de uma determinada categoria e a dos empregadores contrapostos, e esse conflito, por qualquer motivo, não é composto mediante uma convenção coletiva, o tribunal o disciplina por meio de uma sentença por isso mesmo chamada sentença coletiva. Já que ela compõe um conflito entre dois interesses abstratos, deve necessariamente conter comandos abstratos, normas, daí a denominação de sentença normativa.’ (ARION SAYÃO ROMITA, *Negociação Coletiva como Condição da Ação*, Revista LTr, 53-11/1.295).

A negociação coletiva tem por escopo, basicamente, a alteração da remuneração. Ora, a remuneração dos servidores públicos decorre da lei e a sua revisão geral, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data (CF, art. 37, X, XI). Toda a sistemática de vencimentos e vantagens dos servidores públicos assenta-se na lei, estabelecendo a Constituição isonomia salarial entre os servidores dos três poderes (CF, art. 37, XII), a proibição de vinculação e equiparação de vencimentos e que a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho (CF, art. 39, 1º).

Acresce que a Constituição deixa expresso que a lei que disponha sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, é de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, 1º, II, “a”), como é de iniciativa privativa do Presidente da República a lei que disponha sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis (CF, art. 61, 1º, II, “c”). Quer dizer, a sistemática dos servidores públicos, regime jurídico, vencimentos e remuneração, assentam-se na lei, mesmo porque legalidade constitui princípio a que a Administração Pública deve obediência rigorosa (CF, art. 37).

A Constituição, aliás, ao assegurar aos servidores públicos uma série de direitos dos trabalhadores em geral, (CF, art. 39, 2º), a eles não garantiu o direito ao “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (CF, art. 7º, XXVI). Isto ocorreu, certamente, porque as relações entre os servidores públicos e o poder público são regidas por normas legais, porque sujeitas ao princípio da legalidade.

Não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos de empregadores e de empregados, ou entre sindicatos de empregados e empresas e, malgrado o acordo, o

direito de ajuizar o dissídio coletivo. E é justamente isto o que está assegurado no art. 240, alíneas “d” (negociação coletiva) e “e” (ajuizamento coletivo frente à Justiça do Trabalho) da citada Lei 8.112, de 11.12.90.

É relevante, portanto, o fundamento da ação. Tenho como ocorrente, de outro lado, a conveniência da suspensão cautelar dos citados dispositivos legais: art. 240, “d”; art. 240 “e”, das palavras “e coletivamente”.” (fls. 230/232)

Hoje, mais do que ontem, estou convencido da inconstitucionalidade da alínea “d” do art. 240 da Lei 8.112/90, que assegura aos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, o direito “de negociação coletiva”, e das disposições que, na alínea “e”, do mesmo artigo, asseguram aos referidos servidores públicos o direito à ação coletiva frente à Justiça do Trabalho. Tais disposições legais violam o art. 37 da Constituição Federal.

Dou, pois, pela inconstitucionalidade material da alínea “d” do art. 240 da Lei 8.112/90 e bem assim da locução, na alínea “d”, “e coletivamente”.

Passo ao exame da alínea “e”, do art. 240, da Lei 8.112, de 1990, no ponto em que confere competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar os litígios individuais entre os servidores públicos civis estatutários (regime único) e a União, autarquias e fundações públicas.

Começo por lembrar o regime jurídico desses servidores, que é o estatutário. Após a promulgação da Constituição de 1988, a jurisprudência continuava firme no sentido de que a Justiça do Trabalho não competia julgar os litígios dos servidores estatutários. Foi o que registrei por ocasião do julgamento da cautelar. Disse eu:

“Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, no CJ nº 6.829-8-SP, Relator o Sr. Ministro Octavio Gallotti, decidiu:

‘Ação movida por servidor municipal, sob regime especial administrativo (art. 106 da Constituição de 1967, Emenda nº 1-69). Competência da Justiça estadual, que subsiste à Carta política de 1988 (art. 114).’

(Julgamento de 15.3.89, “DJ” de 14.04.89, Ementário nº 1537-1).

Destaco do voto do eminente Ministro Gallotti, Relator:

‘É certo que o disposto no art. 114 da nova Constituição traduz ampliação da competência da Justiça do Trabalho, em comparação com o teor do antigo art. 142. Isto ocorre, por exemplo, com a generalização da competência para o julgamento dos litígios oriundos do cumprimento das sentenças coletivas (art. 114, citado, parte final).

Mas, no tocante ao ponto que interessa a solução da espécie dos autos e vem destacado no parecer, isto é, à enumeração dos entes sujeitos à competência da Justiça especializada, a novidade do art. 114, em vigor, resume-se à inclusão dos dissídios com pessoas de direito público externo e com a União Federal, antes submetidos à Justiça Federal.

Tal sucede, todavia, somente em relação aos feitos trabalhistas, tanto da União, como do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios. Não com referência aos servidores de vínculo estatutário regular ou administrativo especial, porque o art. 114, ora comentado, apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação da Lei do Trabalho, hipótese que, certamente, não é a presente.

No concernente aos citados servidores estaduais ou municipais, sob regime estatutário regular ou administrativo especial, as relações funcionais estavam e continuam a ser submetidas à competência da Justiça comum estadual’.

.....

(fls. 25/26).

Quando integrava eu o Superior Tribunal de Justiça, tive ocasião de me manifestar,

por mais de uma vez, no mesmo sentido. Assim, por exemplo, nos CC.CC. n.ºs 638-SP (“DJ” de 20.XI.89), 900-SP (“DJ” de 14.05.90), 326-MG (“DJ” de 02.10.89), 345-PR, 38-MG e 970-MG. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a competência da Justiça do Trabalho, inscrita no art. 114 da Constituição, é para o processo e julgamento das causas ajuizadas pelo pessoal contratado pelo poder público, vale dizer, pelos celetistas, não abrangendo o pessoal estatutário.

É este, também, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, segundo estou informado.”

Com a edição da Lei 8.112, de 1990, art. 240, alínea “d”, que confere competência à Justiça do Trabalho para julgar os dissídios individuais desses servidores, é que as divergências surgiram.

Ao que me parece, entretanto, não há como sustentar a constitucionalidade da citada disposição legal, que confere competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar os litígios individuais dos servidores estatutários.

O eminente Ministro ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA, do Tribunal Superior do Trabalho, magistrado e professor, em trabalho doutrinário que escreveu a respeito do tema - *Os Servidores Públicos e a Justiça do Trabalho*, in Rev. TRT/8ª R., 25/48, 11-23, Jan.Jun./1992 - registra que a Constituição de 1988 distingue o trabalhador do servidor público, “tanto que versou a respeito de ambos em partes distintas do texto constitucional e atribuiu a cada um deles direitos e obrigações diversas, como não poderia deixar de ser”.

O registro é procedente. A Constituição distingue, aliás, entre os seus próprios servidores: há os servidores públicos da organização central (Poder Legislativo, Poder Judiciário e Administração Direta do Poder Executivo), das autarquias e fundações públicas federais e os servidores das empresas públicas, sociedades mistas e outras entidades que explorem atividade econômica, estes últimos regidos pela CLT, assim empregados (CF, art. 173, § 1º). Há, ainda, os temporários, sob regime contratual (CF, art. 37, IX). É perfeitamente adequado o registro do Ministro Orlando Costa: a Constituição distingue o servidor público daquele que trabalha para os entes privados, assim do trabalhador. No art. 7º a Constituição se refere aos **trabalhadores urbanos e rurais**. Trabalhadores, pois, são “os que prestam serviços a empregadores e a empresas privadas”, e os “empregados das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de outras entidades, estatais ou paraestatais”, leciona o juiz e professor FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA (“*Servidor Público versus Administração: Competência da Justiça Comum*”, in Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de agosto/91, 15/91, pág. 265). Os servidores públicos civis são referidos nos artigos 39, 40 e 41, cuidando a Constituição, também, dos servidores militares (art. 42). Quando a Constituição quis estender ao servidor público um direito do trabalhador, foi expressa (CF, art. 39, § 2º, art. 42, 11). Trabalhador e servidor público, pois, têm conceito próprio, conceitos diferentes: trabalhador é, de regra, quem trabalha para empregador privado, inclusive os que prestam serviço a empresas públicas, sociedades mistas e entidades estatais que explorem atividade econômica (CF, art. 173, 1º). Trabalhador é, de regra, o que mantém relação de emprego, é o empregado, o que tem empregador, e empregador é, em princípio, o ente privado. Porque poderá haver, no serviço público, trabalhadores regidos pela CLT, o poder público, nestes casos, assumirá a condição de empregador.

Vale a pena trazer ao debate, no ponto, o registro de PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA: “*Sob um aspecto muito particular, muito embora aparentemente formal ou terminológico, a Lei 7.839/89, exhibe um sintoma, que se redimensionou e se alargou no Direito do Trabalho Brasileiro: a palavra “trabalhador”. Nesta lei substituiu-se a palavra “empregado”, corrente e inarredada na Lei 5.107/66, pela “trabalhador”, como se lê em*

diversos de seus dispositivos, com um cochilo regressivo no art. 14, ao mencionar "diretores não empregados". E acrescenta o eminente mestre mineiro: "A mudança terminológica, que se consumou relativamente a um dos pólos da relação de emprego, enfaticamente ratificada pela última e vigorante lei do FGTS, a Lei 8.036/90, vem a ganhar até nova conceituação do prestador de serviços tutelado pela legislação do trabalho em seu art. 15, § 2º, com força modificadora do art. 3º, da CLT e que dispõe: "Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio". (PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA, *O Novo FGTS - Percussões Constitucionais*, Rev. de Direito do Trabalho, 77/65, 67).

Sob o ponto de vista legal, portanto, trabalhador é o "prestador de serviços tutelado", de cujo conceito excluem-se os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.

Posta assim a questão, examinemos a norma matriz da competência da Justiça do Trabalho, que se contém no art. 114 da Constituição:

"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangendo os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas".

À Justiça do Trabalho compete, pois, conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, incluídos entre estes os entes de direito público externo e interno. Quer dizer, conciliará e julgará os dissídios entre trabalhadores e empregadores. Se, conforme vimos de ver, o conceito de trabalhador não é o mesmo de servidor público, a Justiça do Trabalho não julgará dissídios de servidor público e poder público, mesmo porque poder público não emprega, dado que o regime do servidor público com o poder público é "o regime de cargo, de funcionário público - não o de emprego", ou "o regime designado, entre nós, como estatutário." (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 106). Todavia, se o poder público admitir trabalhador, em regime de emprego, os dissídios que surgirem dessa relação de trabalho serão julgados pela Justiça do Trabalho. Acrescenta o art. 114 que a competência da Justiça do Trabalho abrangerá, também, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação do trabalho. Essas outras controvérsias, entretanto, não poderão extrapolar do balizamento normativo inscrito no próprio art. 114: essas outras controvérsias deverão ter, num dos pólos da relação jurídica o trabalhador (CF, art. 7º) e não servidor público estatutário (CF, art. 39) e, no outro pólo, o empregador, vale dizer, quem admite pelo regime de emprego, que é o regime contratual. A lei poderia, portanto, tendo em vista a cláusula constitucional mencionada, conferir competência à Justiça do Trabalho para julgar, por exemplo, ação acidentária decorrente da relação de trabalho (trabalhador e empregador).

A questão, no particular, foi compreendida com lucidez pela procuradora Odília da Luz Oliveira, que sustenta, no parecer que ofereceu em nome do Ministério Público Federal, que a expressão "e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho", constante do art. 114 da Constituição, não poderá ser vinculada ao preceito do art. 240, alínea "e", da Lei 8.112, de 1990. Está no parecer:

"(...)

Não me parece que tal frase autorize o legislador infraconstitucional a estender a competência da Justiça trabalhista a outras relações de trabalho que não a referida na parte inicial do dispositivo da Carta (contratual de Direito do Trabalho), mas apenas a

outras demandas, de procedimento diverso dos dissídios individuais e coletivos, mas sempre originárias dessa mesma relação de trabalho de natureza contratual-trabalhista Adotada a interpretação que ora se contesta, ter-se-ia situação juridicamente absurda Justifico

É indiscutível que, obedecidos os preceitos da Constituição Federal, compete exclusivamente a cada pessoa política dispor sobre o regime jurídico de seus servidores

Como a Lei nº 8 112/90 só se aplica aos servidores públicos civis federais, não sendo lei nacional, seu art 240, alínea "e", só se refere às demandas desses servidores, jamais à dos servidores estaduais e municipais

Assim, ações fundadas na mesma espécie de relação jurídica (estatutária de Direito Administrativo) - e é a relação de trabalho o elemento determinante da competência jurisdicional, segundo o art 114 da Carta - seriam julgadas por diferentes ramos do Poder Judiciário (justiça especial, em um caso, e justiça comum, no outro) a partir da vinculação do servidor a tal ou qual ente público - dado que, para o citado dispositivo constitucional, não tem relevo

E tal situação persistiria, na falta de lei nacional, pois Estados e Municípios, ainda que desejassem, não poderiam atribuir a Justiça do Trabalho competência para julgar as ações de seus servidores

Em síntese a eventual expedição da lei mencionada na parte final do art 114 (e, muito menos, a superveniência da norma aqui impugnada) em nada afetara a tese, já adotada por esse Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça nos acórdãos mencionados, segundo a qual a relação de trabalho referida pela Constituição é apenas aquela regulada pelo Direito do Trabalho, não a de Direito Administrativo" (fls 224/225)

Com propriedade, escreve o professor e magistrado ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA "o caput do art 114 da Constituição atribui competência a Justiça do Trabalho para resolver litígios decorrentes de relações de trabalho e não de relações estatutárias, pois se refere a dissídios entre trabalhadores e empregadores Quando quis tratar dos servidores públicos civis, previu que eles seriam sujeitos a um regime único, regime que, por opção manifestada pelo legislador ordinário, através da Lei nº 8 112/90, foi o estatutário e não o contratual trabalhista" (Ob e loc cits)

Ademais, "o processo trabalhista e incompatível com o caráter estatutário do regime jurídico dos servidores públicos e com a superioridade jurídica de que goza o Estado nas relações dele derivadas", lembra a Procuradoria Odília da Luz Oliveira, que acrescenta que o regime estatutário é incompatível com a conciliação, "que pressupõe capacidade para transigir e, como já se mostrou, o Estado não pode abrir mão de seus privilégios, porque conferidos no interesse público, que é indisponível Também não há o que acordar com o servidor, porque apenas a lei pode regular-lhe os direitos, deveres, vantagens e garantias"

A lição de ARION SAYÃO ROMITA, professor titular de Direito do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, não é outra O Prof Romita, depois de mencionar as razões do veto da alínea "e" do art 240 da Lei 8 112, de 1990, escreve que, "sem embargo da juridicidade da argumentação, o veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional, de sorte que, segundo a Lei 8 112, compete a Justiça do Trabalho dirimir os litígios de interesse dos servidores públicos civis estatutários O dispositivo em foco, porém, é inconstitucional, ante o disposto no art 114 da Carta de 1988 A Justiça do Trabalho é, na verdade, incompetente para apreciar os litígios entre o servidor estatutário e a administração pública direta, autárquica e fundacional Se o ente envolvido for federal, competente será a Justiça Federal (Constituição, art 109, I), se for estadual ou municipal, competente será a Justiça Comum do Estado" (Servidor Público e Justiça do Trabalho, in "Repertório IOB de Jurisprudência", 11/91, caderno 2, p 193)

No mesmo sentido o magistério do juiz e professor FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA “*desde que reconheçamos que a expressão “trabalhadores” não tem tal amplitude que permita nela incluir os servidores públicos estatutários, que realmente não são “trabalhadores” no sentido próprio e técnico, e desde que também percebamos que a Administração não é um “empregador” em relação aos servidores que a ela se unem pela relação estatutária, de Direito Administrativo, teremos que concluir, tal como ROMITA e vários outros, que a competência da Justiça do Trabalho não inclui e não abrange os litígios entre os servidores civis (funcionários públicos estatutários) e a Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e suas fundações públicas)*” (Ob e loc citis)

Registra a Procuradoria-Geral da República, em prol da tese acima exposta, o fato de que à Justiça do Trabalho é imposta a representação paritária (CF, art 111, § 1º, II, art 113, art 115, parágrafo único, III, art 116) Ora, o poder público não dispõe de representante classista na Justiça do Trabalho Esse argumento cresce de importância se considerarmos o motivo da representação paritária imposta a Justiça do Trabalho “*A colaboração leiga se justifica*”, escreve ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA, “pela natureza do direito a aplicar, pois sendo um campo jurídico que pretende exercer uma proteção sobre a parte mais fraca da relação jurídica, e natural que tempere ou admita em seus julgamentos a intervenção do equitativo ao invés de se restringir ao exame frio da lei Por causa disso, e possível a influência da equidade nos julgamentos da Justiça do Trabalho, principalmente quando, quem vota não é o juiz togado, mas o classista empregado ou empregador” Todavia, conclui o eminente magistrado e professor, “*se a Justiça do Trabalho vier, porem, a ter competência para apreciar questões de direito administrativo, que corresponde a natureza de todas as lides de servidores públicos, acabara por ser não mais uma Justiça que pode fazer concessões com base na equidade, mas que necessitara julgar mediante padrões estritamente técnicos, para os quais estão preparados apenas os seus juizes togados*” (Ob e loc citis)

Se a Justiça do Trabalho for conferida competência para o julgamento de questões de Direito Administrativo, não podera ostentar ela a estrutura atual, estrutura que esta posta na Constituição, dado que essa estrutura não é compatível com o julgamento de questões que não sejam de Direito do Trabalho

Do exposto, julgo procedente a ação direta e declaro a inconstitucionalidade das alíneas “d” e “e” do art 240 da Lei nº 8 112, de 1990

SESSÃO EXTRAORDINÁRIA

Ata da 49ª (quadragesima nona) sessão extraordinária realizada em 12 de novembro de 1992

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Sepulveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurelio e Ilmar Galvão

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Neri da Silveira e Francisco Rezek

Vice-Procurador-Geral da República, Dr Moacir Antonio Machado da Silva
Secretário, Luiz Tomimatsu

Abriu-se a sessão às treze horas e trinta minutos, sendo lida e aprovada a ata da sessão anterior

JULGAMENTO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 492-1

ORIGEM Distrito Federal

RELATOR Min Carlos Velloso

Reqte Procurador-Geral da Republica

Reqdo Congresso Nacional

Decisão: Após o voto do Relator, julgando procedente a acção, para declarar a inconstitucionalidade das alíneas “d” e “e” do art 240 da Lei nº 8 112, de 11 12 1990, o julgamento foi adiado em virtude de pedido de vista dos autos, formulado pelo Ministro Marco Aurélio Falou pelo Ministério Público Federal, o Dr Moacir Antonio Machado da Silva, Vice-Procurador-Geral da Republica Plenário, 21 10 92

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal julgou procedente a acção, declarando a inconstitucionalidade das alíneas “d” e “e” do art 240 da Lei nº 8 112, de 11 12 1990, vencido, *in totum*, os Ministros Octavio Gallotti e Sepulveda Pertence, que a julgaram procedente, em menor extensão, ou seja, para declarar a inconstitucionalidade apenas da alínea “d” e das expressões “e coletivamente” contidas na alínea “e” do mesmo artigo Votou o Presidente Plenário, 12 11 92

Brasília, 13 de novembro de 1992 - Luiz Tomimatsu, Secretario

ANEXO II

VOTO VENCIDO DO MINISTRO MARCO AURELIO MENDES DE FARIAS ME

Voto - Vista

O Senhor Ministro Marco Aurelio - Conforme pedido inicial, esta acção directa de inconstitucionalidade esta dirigida contra dispositivos da Lei do Regime Unico dos Servidores da União Federal - de nº 8112/90 - que versam sobre o direito, dos servidores, a negociação colectiva e ao ajustamento, na Justiça do Trabalho, de dissídios individuais e colectivos que envolvem as relações por ela regidas - alíneas “d” e “e” do artigo 240

Na Sessão em que teve inicio o julgamento, o Ministro Relator externou convencimento sobre a natureza do regime previsto no artigo 39 da Constituição Federal e revelado na citada Lei, apontando-o como estatutario, endossando, assim, o parecer do Ministério Público Federal quanto a possibilidade de, a qualquer momento, o Estado-legislador vir a altera-lo, sem que assista ao servidor o direito à manutenção do que estabelecido inicialmente Referindo-se ao voto proferido quando da apreciação da cautelar, oportunidade na qual o Tribunal apenas suspendeu a eficacia dos preceitos atinentes a negociação colectiva e ao dissidio colectivo, conclui que tais dispositivos conflitam com o artigo 37 da Carta da Republica Apos, examinando a acção directa de inconstitucionalidade no tocante aos litigios individuais, lembrou que o regime juridico dos servidores da União e o estatutario e aludiu a precedentes da Corte sobre a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar demandas que envolvam servidores estatutários, citando aresto da lavra proficiente do Ministro Octavio Gallotti, no qual ficou assentada a subsistência da atuação da Justiça Comum para dirimir controversias sobre o regime administrativo especial originario de que cuidava o artigo 106 do Diploma Maior preterito Fez referência, ainda, a entendimento sustentado quando honrava o Superior Tribunal de Justiça e discorreu a respeito de Trabalho do Ministro ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA sobre o tema “Os servidores Públicos e a Justiça do Trabalho” e que foi publicado na Revista do Tribunal

Regional do Trabalho da Oitava Região do semestre janeiro/junho de 1992. Registrou que no sentido do vocábulo **trabalhador** não se enquadra o servidor público, nem a União no de empregador. Mais uma vez, adotou a visão do Ministério Público, isto para explicitar o alcance da parte final do artigo 114 da Lei Básica Federal.

Jungiu-a a demandas outras, de procedimentos diversos dos dissídios individuais e coletivos, mas sempre resultantes da relação de trabalho de natureza contratual-empregatícia, voltando às lições do Ministro ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA para, a seguir, transcrever trecho do parecer segundo o qual “o processo trabalhista é incompatível com o caráter estatutário do regime jurídico dos servidores públicos e com a superioridade jurídica de que goza o Estado nas relações dele derivadas”. Reportou-se, ainda, ao magistério de ARION SAYÃO ROMITA e de FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA, ambos no sentido da inconstitucionalidade da Lei nº 8112/90, no que nela previsto o acesso ao Judiciário Trabalhista e fulminou declarando que até mesmo a estrutura deste é incompatível com a apreciação de questões de Direito Administrativo, razão a ser somada às demais quanto à inconstitucionalidade das alíneas “d” e “e” do artigo 240 da Lei nº 8112/90.

É este o resumo que faço do quadro até aqui delineado e que sugere grande reflexão.

I - Do Direito Comparado

Colho de trabalho publicado na Revista dos Tribunais de outubro último - de nº 684, de autoria da Dra. REGINA LINDEN RUARO, assistente jurídico da UFRGS e doutoranda em Direito Administrativo na Espanha - alguns dados reveladores da evolução permanente da relação servidor público e Administração em outros países.

Durante um longo período, a sindicalização dos prestadores de serviços no Estado foi tida como incompatível com noções de disciplina e hierarquia. Nem por isso deixaram de surgir associações que, mediante as mais diversas formas, revelavam latente o espírito corporativo. Em França, até o começo do Século XX, não se admitia a atividade sindical propriamente dita, notando-se, no entanto, que o Estatuto de 1920 autorizava o agrupamento de funcionários em associações, cogitando, até mesmo, da composição de um Conselho, integrado por funcionários, representantes de pessoal e delegados ministeriais, com função consultiva em matéria de organização e imposição de sanções disciplinares. Em Espanha, em 1887, surgiu uma Lei Geral de Associações e em 1922, com a Lei de Bases sobre funcionários, reconheceu-se o direito de associação também com color corporativo.

Na Inglaterra, precursora do chamado sindicalismo funcional, surgiram as primeiras associações entre 1880 e 1890, tendo sido reconhecido em 1902 o direito de negociar coletivamente. A partir de 1919, as associações passaram a desempenhar um papel efetivo de colaboração com o Governo.

Contudo, a aglutinação dos funcionários públicos sob o ângulo sindical ganhou proporções consideráveis no término da II Guerra Mundial, quando, mediante novas Constituições, os principais países da Europa avançaram no campo democrático, abandonando as reservas mantidas quanto a uma maior desenvoltura dos funcionários públicos.

A Constituição francesa de 1946 reconheceu expressamente o direito sindical como inerente, também, aos funcionários públicos, o mesmo ocorrendo com a italiana de 1947. Quanto à primeira, é de inegável valia relembrar trecho do respectivo preâmbulo:

“Todo o homem pode defender seus direitos e seus interesses pela ação sindical e aderir-se ao sindicato de sua eleição”.

Já a Constituição italiana não discrepou ao consignar que “a organização sindical é livre”.

Em França, o Estatuto dos Funcionários Públicos de 1946, em seu artigo 6º,

reconheceu o direito sindical dos funcionários.

Do mesmo modo, a evolução do direito de greve foi constante, passando-se do enquadramento das paralisações como delito para a admissão como meio de serem alcançadas melhores condições de trabalho.

A Carta espanhola de 1978, ao prever o direito dos trabalhadores à greve, suscitou, pelo emprego do vocábulo “trabalhadores”, algumas dúvidas, expungidas por pronunciamento do Tribunal Constitucional em decisão de 1981, no sentido de entender-se beneficiados pela norma também os funcionários públicos.

No campo da negociação coletiva, os países com setor público consolidado reconheceu a possibilidade de algum tipo de negociação entre a Administração e os funcionários públicos, seja mediante o sistema de consulta ou, até mesmo, o de formalização de acordo geral.

Em 1962, o então Presidente Kennedy negociava coletivamente com os funcionários federais, sendo que, no ano seguinte, o Presidente Pompidou institucionalizou procedimentos para a discussão de salários a serem observados no setor público.

A doutrina aponta a tendência natural de as relações humanas afastarem-se, cada vez mais, do autoritarismo, para realizarem, numa visão ampla, sem temor quanto à negociação, a busca do entendimento.

É certo que no setor público a negociação não tem a dimensão notada comumente, valendo ter em conta o que ocorreu em Espanha onde as Leis n.ºs. 9/87 e 7/90 dispuseram sobre os limites da negociação coletiva.

Destarte, o que se nota é que o dia-a-dia da relação servidor público - Administração vem direcionando no sentido do abandono de posições rígidas e, portanto, de posições de intransigência. Pouco a pouco é abandonada a visão distorcida da necessidade de manter-se a supremacia da Administração Pública, alijando-se a introdução de todo e qualquer mecanismo que, de alguma forma, possa colocar em cheque a rígida hierarquia outrora notada no âmbito do serviço público.

No exame do pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado nestes autos, impossível é desconsiderar a experiência de outros povos.

II - Da Natureza do Regime Jurídico Definido na Lei n.º 8112/90.

Dúvidas não se têm sobre a característica marcante do vetusto regime estatutário. Revela-se a supremacia do Estado, a ponto de ficar em plano secundário, em prol de um alegado interesse público, garantias tradicionais como as relativas ao ato jurídico perfeito e acabado e no direito adquirido, no que se entremeiam na produção do mais salutar efeito, que é o do prestígio às relações jurídicas formalizadas, a implicar a própria segurança na vida gregária. O Estado, guindado a posição ímpar, enfeixa nas mãos a sorte de direitos e obrigações, alterando-os sob óptica de subjetivismo alargado, porque apenas sujeito à conveniência e oportunidade das modificações. O desequilíbrio na relação é notório, sacrificando-se, a favor do Estado, até mesmo direitos que vinham sendo observados, tudo se fazendo sob o pretexto da necessidade de o Estado contar com flexibilidade maior, isto na busca do bem comum.

Indaga-se. É possível dizer da prevalência de tão ultrapassado sistema após a promulgação da Carta de 1988 e, mais especificamente, da Lei n.º 8112/90.

Desde cedo, convenci-me de que não, e isto diante do novo contexto surgido.

Ao contrário da Carta de 1969 e das que a antecederam, de 1934, 1946, 1967, a atual não contém em um único preceito, a referência à espécie “funcionário público”. Abandonou-se a expressão, substituindo-a por servidor público e isto não ocorreu por simples preferência

vernacular. A partir da valoração social do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito, em substituição, no campo em exame, no Estado Autoritário, abandonou-se a esdrúxula distinção relativa ao tomador dos serviços, buscando-se, com isto, afastar o que se mostrou, durante longo período, um privilégio do estado no que podia alterar, como lhe conviesse, normas até então observadas, repercutindo a vontade momentânea e isolada exteriorizada nas situações reinantes sem que os prejudicados pudessem obter, no judiciário, a preservação do statu quo ante. Com a Constituição de 1988, buscou-se o afastamento de tamanho poder. No artigo 37, inciso XV, estendeu-se aos servidores em geral o que, até então, era prerrogativa exclusiva da magistratura, muito embora selada pela inocuidade da visão nominalista. Alçou-se à dignidade de garantia constitucional a irredutibilidade dos vencimentos e, com isto, ficou obstaculizada a atuação redutora, ainda que empolgada sob o ângulo polivalente da dualidade tão a gosto de certos administrativistas - a revelada pela conveniência e a oportunidade do ato - que muitas vezes a elegem como verdadeiro dogma, apontando, como **Conseqüência**, o afastamento da revisão judicial. Já mediante a regra do artigo 39 objetivou-se pôr um termo final em algo que discrepava do princípio isonômico. Sob a égide da Constituição de 1969 alcançou-se a diversificação de regimes. Coabitaram o mesmo teto três regimes diversos - o estatutário, o da Consolidação das Leis do Trabalho e o especial previsto no artigo 106 e que deu origem no julgamento mencionado pelo Relator, cujo acórdão, da lavra do Ministro Octávio Gallotti, não guarda pertinência com este caso. Por vezes, ombreando e desenvolvendo atividade idêntica, encontravam-se servidores (gênero) que, no entanto, tinham, quanto a direitos, situações diversas. As mais discrepantes injustiças eram mascaradas pelo argumento fácil da autorização constitucional. O preceito do artigo 39 em comento tem a virtude de alijar do cenário jurídico, quer na área da União, quer dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, a famigerada trilogia do sistema constitucional anterior, beneficiando, com isto, os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas. E que regime único é esse? Di-lo-á cada uma das legislações específicas, porquanto a uniformidade de tratamento somente é imposta no âmbito de uma mesma pessoa jurídica de direito público - União, Estados e Municípios - tomadora dos serviços. A possibilidade de adoção deste ou daquele regime, desta ou daquelas normas de regência é total, podendo vir a ser até mesmo repetida, em sua quase totalidade, senão no todo, a disciplina geral, ou seja, a da Consolidação das Leis do Trabalho. Não obstante, o certo é que, ao menos relativamente ao conteúdo, à respectiva razão de ser, está fechada a porta, constitucionalmente, ao ressuscitamento do regime estatutário, pois incompatível com a Carta de 1988, no que aproximou o Estado, nas relações mantidas com os servidores, dos demais tomadores de serviço, providências que reputo de grande cunho social e, portanto, digna de encômios, ficando afastada interpretação conservadora que acabe por amesquinhá-la. Assim o digo porque no próprio artigo 39 - § 2º - fez-se referência a vários incisos do artigo 7º da Lei Máxima, com o inegável objetivo de uniformizar as situações dos trabalhadores urbanos e rurais em geral e dos outrora inferiorizados, quanto ao tomador do trabalho, servidores públicos. Porque o preceito independe até mesmo da adoção do regime único, os servidores hoje têm assegurados constitucionalmente a garantia do salário-mínimo (inciso IV), da irredutibilidade do salário (inciso VI), da percepção de quantitativo igual ao mínimo legal, embora variável a remuneração (inciso VII), do décimo-terceiro salário, quer estejam em atividade ou aposentados (inciso VIII), à percepção do salário noturno em valor superior ao diurno (inciso IX), ao salário-família (inciso XII), à duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, viabilizado o regime de compensação (inciso XIII), ao repouso semanal remunerado (inciso XV), à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento a do normal (inciso XVI), ao gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o

salário normal (inciso XVII), à licença a gestante, sem prejuízo do emprego ou do salário, com a duração de cento e vinte dias (inciso XVIII), à licença-paternidade nos termos fixados em lei (inciso XIX), à proteção à mulher considerado o próprio mercado de trabalho (inciso XX), à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII), ao adicional relativo a atividades penosas, insalubres ou perigosas (inciso XXIII), e, por último, à proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade ou estado civil (inciso XXX).

Sob o ângulo da legislação comum, mais precisamente da Lei nº 8112/90, também não se pode cogitar de regime estatutário, pois com este é incompatível a contratualidade. Leia-se o que se contém no artigo 13 da Lei nº 8112/90, a revelar que direitos e obrigações são estabelecidos, no ato da posse, não para serem alterados pela União, no momento que melhor lhe parecer, e em vista da titularidade dos predicados “conveniência” e “oportunidade”, mas para serem observados. Rememore-se o teor do preceito:

“Art. 13 - A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei”.

Nesse contexto constitucional e legal, difícil é conceber a insistência na manutenção do Estado em constrangedora posição de supremacia quanto àqueles que, na qualidade de servidores e não de funcionários públicos, prestam-lhe serviços, compondo o grande contingente de trabalhadores brasileiros. O Regime Jurídico Único o é dos servidores e não dos funcionários públicos e encerra direitos e obrigações inalteráveis ao alvedrio dos que por ele estão alcançados, sendo muito sintomático o esforço pedagógico do legislador ao aludir à lavratura de termo e emprestar a este conteúdo que o revela um verdadeiro ajuste, um contrato, isto ao cogitar não só de direitos e obrigações inalteráveis, mas também referir-se aos partícipes, concedendo-se-lhes a condição de partes.

Destarte, pelas razões expostas, excluiu a possibilidade de, em verdadeiro retrocesso, conferir ao Regime Único de que trata a Lei nº 8112/90 conteúdo estatutário, ao menos nos moldes que o revelam e o qualificam.

Do Direito à Negociação Coletiva - Alínea “d” do artigo 240.

Um novo panorama constitucional surgiu com a Carta de 1988, considerada a relação de forças no embate administração pública - servidores, a ponto de viabilizar profícua dialética. Compreendeu-se a valia da atuação coletiva e, assim, foram previstos dois direitos indispensáveis à verificação desta última - o da sindicalização dos servidores e o de greve. A retrógrada visão de que o agrupamento sindical colocava em risco o bem comum visado pelo Estado fez-se substituir pelo reconhecimento de um direito que, desde muito cedo, desde a revolução industrial, mostrou-se salutar, contribuindo sobremaneira para a correção de desigualdades. No inciso VI do artigo 37 previu-se o direito à associação sindical e constata-se que a justificativa socialmente aceitável para a existência das entidades sindicais está, justamente, na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas - inciso II do artigo 8º. O frágil diálogo servidor, individualmente considerado, e Administração Pública cedeu lugar a outro em que os mais fracos envolvidos na relação jurídica atuam em conjunto e, por isso, passam a dispor de tom de voz mais audível. Por sua vez, o Estado conta hoje com interlocutor autorizado. Ainda como elemento viabilizador de uma maior atenção por parte do Estado, fixou-se, no inciso VII do citado artigo, o direito à greve, ou seja, de coletivamente demonstrar-se insatisfação com as circunstâncias reinantes por meio da paralisação dos serviços. Tal direito giza de forma mais nítida o abandono das idéias pretéritas e é elemento revelador de postura democrática.

Pois bem, que valia terão os aludidos direitos se, a um só tempo, conclui-se que todos podem negociar, menos o majestático Estado?

Articulam os recessos do diálogo, alias preconizado nas Convenções 151 e 154 da OIT, formalizadas em 1978 e 1991, com o fato de o Estado estar jungido, na outorga de direitos e vantagens, a previsão legal - artigo 169 da Constituição Federal. O enfoque não fulmina a salutar negociação, no que visa ao afastamento de um possível conflito coletivo de trabalho. A uma, porque a origem de regra do artigo 169 não está em paternalismo notado em rodadas de negociação coletiva com os servidores, mas nas distorções que outrora correram à conta de inescrupulosos administradores que, ao tratar com a coisa pública, faziam-no seu apego a princípios elementares, apadrinhando aqueles mais chegados e em relação aos quais buscavam, por isto ou por aquilo, agradar. A duas, porquanto a negociação coletiva tem abrangência que extrapola a simples concessão de direitos, e exclui a de benesses. Pode mostrar-se como meio habil até mesmo ao encaminhamento de projeto de lei contendo as condições de trabalho almejadas, como ocorreu, aliás, no período anterior ao próprio envio ao Congresso Nacional do Projeto que deu origem a Lei nº 8112/90. Portanto, ainda que se diga que nem mesmo no campo coletivo, no qual pouca influência têm os interesses individuais, o Estado não pode transigir objetivando modificar as condições remanescentes, tornando-se titular de direitos e detentor de obrigações, isto em face as peias do artigo 169, impossível é deixar de admitir que a negociação coletiva pode visar ao afastamento do impasse, do conflito seguido de greve, mediante a iniciativa, exclusiva do Executivo, de encaminhar projeto objetivando a transformação em lei do que acordado na mesa de negociações. A três, de vez que do Estado devem ser cobrados atos responsáveis, descabendo a adoção de medidas como se merecedor fosse de uma tutela extravagante e obstaculizadora de um entendimento em alto nível. A quatro, porquanto nem mesmo o Estado, do qual é esperado procedimento exemplar, pode prescindir desse instrumento viabilizador da paz social que é a negociação coletiva, no que, para a busca do entendimento global, geralmente coloca em plano secundário interesses isolados e momentâneos.

O que se mostra paradoxal é a existência de norma constitucional expressa prevendo a sindicalização e, mais do que isto, o direito a greve, para, a seguir, em interpretação de preceito constitucional diverso, dizer-se que o Estado está protegido pela couraça da proibição de dialogar, ainda que objetivando o envio de projeto ao Legislativo, para que este, na voz abalizada dos representantes dos Estados - os Senadores - e do povo - os Deputados, diga da procedência do que reivindicado e negociado, não só considerados os interesses coletivos dos servidores, como também os da sociedade como um todo.

Entretentes, aponta-se que na referência à aplicabilidade aos servidores de direitos pertinentes aos trabalhadores urbanos e rurais não se fez alusão ao inciso do artigo 7º da Carta que versa sobre o reconhecimento aos acordos e convenções coletivos - o de nº XXVI. Realmente, deu-se o silêncio. Todavia, há de se indagar: O legislador ordinário está impossibilitado de avançar no campo social e prever outros direitos além dos assegurados constitucionalmente? Em feliz imagem, é dado dizer, como já o fizeram alguns doutrinadores, que em termos de direitos sociais não se tem no ápice da pirâmide das normas jurídicas a de nível constitucional, mas aquela mais favorável ao trabalhador e mostra-se descabido dizer que os servidores públicos não o são. Por sinal, a própria Lei nº 8112 contém a outorga de direitos que não estão sequer no rol do artigo 7º da Constituição Federal e para exemplificar cito a licença para tratamento da própria saúde por até dois anos e o prêmio por assiduidade. Se de um lado podemos ter como inviabilizar a formalização de convenção coletiva de trabalho, visto que a ordem jurídica exclui a formação de sindicatos de pessoas jurídicas de direito público - União, Estados e Municípios - de outro não se pode deixar de reconhecer que estes últimos podem firmar acordos coletivos, a menos que se queira alijar,

no campo interpretativo, preceitos da própria Carta, tomando-os, também, por inconstitucionais. É que, na remissão contida no § 2º do artigo 39 supramencionado, há indicação de dois incisos do artigo 7º que versam justamente sobre o instrumento que é o acordo coletivo. Refiro-me aos incisos VI e XIII. O primeiro, após dispor sobre a irredutibilidade salarial, afasta-a desde que em convenção ou acordo coletivo as partes ajustem a respeito. O segundo, indica como via idônea à adoção quer do regime de compensação de horário, quer o de redução da jornada, o acordo coletivo.

Ora, difícil é conceber não só o enfoque limitativo da remissão, como também a feitura de acordo coletivo que somente beneficie o Estado, a menos que se tenha o sindicato da categoria profissional dos servidores como integrado por “pelegos”, vocábulo outrora consagrado para designar aqueles que atuavam como dirigentes sindicais sem independência, ou seja, presos à autoridade do Ministério do Trabalho.

Frise-se, por oportuno, que, no tocante ao inciso VI, a remissão contida no § 2º somente se justifica quanto a parte final, já que, em relação a regra básica nele contida, ter-se-ia a superposição, pois o inciso XV do artigo 37 da Carta dispõe especificamente sobre a irredutibilidade de vencimentos.

A forma viável de o Estado chegar a redução dos salários, a compensação da jornada ou a redução desta é, como esta na lei Maxima - incisos VI e XIII do artigo 7º, aplicável nos servidores por remissão inserta no § 2º do artigo 39 - negociando - e, como é óbvio, a negociação não é via de mão única, sob pena de revelar-se unilateral e, portanto, uma verdadeira imposição.

Peço vênia ao nobre Relator para dele divergir. Entendo que a negociação coletiva está assegurada pela própria Constituição Federal, quer implicitamente, ao prever o direito à sindicalização e a greve, quer por remissão expressa - incisos VI e VII do artigo 7º, no que dispõem que os salários e a jornada de trabalho podem ser reduzidos, desde que isto ocorra mediante acordo coletivo - § 2º do artigo 39.

De qualquer maneira, dentre as interpretações possíveis, deve ser agasalhada a que conduza a compatibilidade do texto com a Carta. Impossível é concluir pela inconstitucionalidade de um preceito de lei mediante presunção discrepante da normalidade, sendo que do administrador somente pode esperar-se procedimento harmônico com os princípios que norteiam os atos da Administração Pública. Frente às limitações constitucionais, as negociações com os servidores certamente não terão a amplitude daquelas ligadas ao setor privado, mas daí excluí-las e olvidar o próprio texto constitucional além de retroagir-se a fase em relação a qual não se deve guardar saudade.

Do Direito ao Ajuizamento de Dissídios Individuais e Coletivos Perante a Justiça do Trabalho.

Até 5 de outubro de 1988, a Justiça do Trabalho competia conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas da relação de trabalho, sendo que o poder normativo a ela atribuído estava vinculado à especificação de hipótese mediante lei - artigo 142 da Carta de 1969.

Por sua vez, dispunha o artigo 110 da Constituição Federal de 1969 competir aos juizes federais, com recurso para o então Tribunal Federal de Recursos, julgar litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais. Na época, em relação aos servidores, descabia cogitar do exercício do poder normativo por órgão do Judiciário, já que inexistente o direito à sindicalização. O deslocamento da competência da Justiça do Trabalho para a Justiça Federal decorreu da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, de autoria da Junta Militar e, portanto, data de uma época de luminosidade democrática duvidosa.

Com a carta de 1988, introduziu-se sensível modificação. Em primeiro lugar,

abandonou-se a referência a dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, substituindo-se o vocábulo empregados por trabalhadores, gênero do qual aqueles - os empregados - são espécies. Com isto, afastou-se a vinculação de outrora, no que limitava a atuação da Justiça do Trabalho às controvérsias resultantes do contrato individual de trabalho, a menos que a lei a estendesse a outras controvérsias. Em segundo lugar, com a cláusula "... abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta, dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União..." inserida no corpo permanente da Constituição e, sem que se fizesse repetir norma semelhante à do artigo 110 da Lei Básica anterior, estabeleceu-se a competência do Judiciário Trabalhista para as controvérsias individuais e coletivas que viessem a envolver as citadas pessoas de direito público e os respectivos servidores, pouco importando o regime jurídico único que viesse a ser adotado. Em terceiro lugar, previa-se, como salientado no item anterior, o direito dos servidores públicos à sindicalização e à greve.

Analiso primeiramente o ataque direcionado pelo Requerente desta ação direta de inconstitucionalidade à referência contida no artigo 240, letra "e" da lei nº 8112/90, ao direito dos servidores públicos ao ajuizamento de dissídios coletivos. O dispositivo repete a norma da primeira parte do artigo 114 da Carta, na qual, após a alusão aos dissídios individuais e coletivos a envolver trabalhadores e empregadores, visualizando-se a possibilidade de o regime único não se o da Consolidação das

Leis do Trabalho e, portanto, de não se poder enquadrar o Estado como empregador tal como definido nesta última, dispôs-se mediante preceito específico, tornando-se extremo de dúvidas a competência da Justiça do Trabalho para julgar os citados dissídios, ainda que propostos contra pessoas jurídicas de direito público interno. Desprezando-se a referência aos empregadores, aludiu-se aos entes de direito público como abrangidos pela norma, ou seja, como sujeitos nas relações mantidas com os servidores, inegavelmente compreendidos no gênero "trabalhadores".

Ainda que pudesse pesar alguma dúvida sobre o alcance do dispositivo, a Lei nº 8112/90 tem enquadramento na parte final do artigo, ou seja, na previsão de que o legislador ordinário pode incluir, no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, outras controvérsias oriundas da relação de trabalho, o que, sob a inspiração de idêntica regra da Carta anterior, já havia ocorrido em relação aos avulsos e aos pequenos empreiteiros.

Também não proceda a articulada improbidade do exercício do poder normativo quanto a entes de direito público. A norma do artigo 169 da Constituição Federal está dirigida de modo a obstaculizar a atuação direta do administrador, não sendo aplicável ao próprio Estado no que, mediante a ação do Judiciário, é chamado a dirimir um conflito de interesses. Portanto, sofre ela temperamento por preceito da própria Carta, valendo notar, relativamente ao orçamento, que nesta restou prevista a abertura de crédito suplementar ou especial. De qualquer modo, o ajuizamento do dissídio coletivo não visa apenas ao aumento do que percebido pela prestação de serviços, mas múltiplos aspectos relativos à forma pela qual esta ocorre. Cabe ainda ter presente que o poder normativo assegurado com exclusividade, na órbita do Judiciário, à Justiça do Trabalho, não é absoluto e sofre as limitações decorrentes de normas constitucionais, sendo certo que o inciso IX do artigo 49 revela a caber ao Congresso Nacional zelar pela preservação da respectiva atividade precípua - legislativa - isto em face da atribuição normativa dos outros Poderes, ou seja, do Executivo e do Judiciário.

O que não transparece crível é que a Constituição Federal encerre preceitos conflitantes. A não se admitir a possibilidade de ajuizamento de dissídio coletivo, quer pelo sindicato dos servidores, quer pela própria União perante a única Justiça que possui poder para julgá-los - normativo - estar-se-á esvaziando por completo a previsão relativa à

sindicalização e a greve, ambas inerentes a movimentos coletivos, e, o que é pior, criando campo propício à perpetuação dos conflitos, sem que se assegure a uma das partes - à categoria profissional ou à União, ou mesmo ao Ministério Público - o ingresso no Judiciário, objetivando colher prestação jurisdicional que os dirima.

No campo dos dissídios individuais, às razões supra soma-se outra. A concluir-se que à Justiça do Trabalho não compete julgar as controvérsias oriundas do chamado regime único, o preceito do artigo 114 da Constituição Federal tomar-se-á de natureza transitória, muito embora compreendido no corpo permanente da Carta, ficando limitado as demandas ajuizadas após 1988 que digam respeito a relações jurídicas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, ainda que nele não se tenha mais a alusão a empregados e empregadores. Por sua vez, os conflitos concernentes à observância da Lei nº 8112/90 ficarão fora do crivo do Judiciário, pois também não podem ser tidos como compreendidos na definição da competência dos juizes federais, isto tendo em vista a circunstância de o inciso I do artigo 109 da Carta conter exclusão explícita não só das causas ligadas à falência, como também a acidentes de trabalho e aquelas sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Aliás, cabe mesmo indagar a razão de ser da referência às causas sujeitas à Justiça do Trabalho, porquanto, excluídas aquelas relativas ao regime único e que, portanto, envolvam servidores e União, não vejo outras que possam ser tidas como sujeitas à competência da Jurisdição Federal civil e especializada, de direito e de equidade, que é a do Trabalho.

Frise-se, por oportuno, que não procede a singular explicação contida no parecer para a parte final do artigo 114 da Constituição Federal, no que dispõe sobre a possibilidade de o legislador ordinário vir a elastecer a competência da Justiça do Trabalho, o que, aliás, está contido, também, no artigo 113. Tratando-se de preceito tomado de empréstimo de Cartas anteriores, sempre foi interpretado como viabilizador da inclusão de outras demandas, não consideradas as normas procedimentais, mas os envolvidos em relação de trabalho. Daí jamais haver sido argüida a pecha quanto a atos normativos que dispuseram sobre a matéria, como ocorreu em relação aos avulsos e aos pequenos empreiteiros. Na expressão "controvérsia" sempre se teve como incluídos os mais diversos procedimentos. Por outro lado, dizer-se que a Justiça do Trabalho, cujos órgãos vêm sendo aumentados em grande número para fazer frente à nova carga de processo - foram criadas quase quatro centenas de novas Juntas, vários Tribunais e aumentados outros, não têm competência para julgar demandas que envolvam as pessoas jurídicas de direito público interno é restringir o preceito do artigo 114 apenas às controvérsias que envolvam organismos e Estados estrangeiros é de todo paradoxal.

Inegavelmente, a Constituição de 1988 alargou a competência da Justiça do Trabalho, aproximando o Estado, quanto ao tratamento jurisdicional, dos demais tomadores de serviços, o que se harmoniza com os melhores ideais democráticos. No artigo 27, § 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias apenas foram ressalvadas as ações já em andamento na Justiça Federal.

É tempo de avançar-se, de experimentar-se novos dias, e concluir-se, a esta altura, quer pela inconstitucionalidade da negociação coletiva que o Congresso Nacional em boa hora restabeleceu mediante derrubada de veto, quer dos dispositivos relativos à competência da Justiça, também Federal, do Trabalho, discrepa da Carta de 1988, tornando inócuos preceitos nela contidos.

Por tudo, peço vênha ao ilustre Relator para julgar improcedente o pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade. Tenho como constitucionais os dispositivos atacados, ou seja, as alíneas "d" e "e" do artigo 240 da Lei nº 8112/90".

Direito Processual Civil
e
Direito Processual do Trabalho

A Justiça no Limiar de Novo Século

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

APRESENTAÇÃO

Dr. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

**Professor da UERJ e Desembargador do Tribunal de Justiça
do Rio de Janeiro.**

A Justiça no Limiar de Novo Século *

1. Se tinha razão Chesterton - e as últimas décadas falam em seu favor quando escreveu que a única lei da História é o imprevisto, nenhum exercício de futurologia pode credenciar-se a ser mais que fútil e inconseqüente passatempo, próprio, quando muito, para preencher o vazio de tarde chuvosa de sábado. Nalguns casos, porém, não parece temeridade excessiva arriscar - em termos genéricos, é claro, e com as ressalvas impostas pela prudência - um esboço de prognóstico. Atrevo-me, pois, a predizer que o ritmo das transformações, já vertiginoso nestes nossos dias, se acelerará mais e mais daqui em diante, e cada vez menor será o espaço de tempo necessário para que a imagem do planeta se torne irreconhecível a quem quer que temporariamente se distraia da observação atenta do cotidiano.

É difícil conceber que, modificando-se tudo, e com velocidade sempre ascendente, só a Justiça deixe de modificar-se. Basta considerar a imensa probabilidade de que continuem a avolumar-se, indefinidamente, os desafios com que ela se defronta. O simples aumento da população, que entre nós nada faz crer que se detenha a curto prazo, já seria por si só, causa de sobrecarga de trabalho. Nem se trata, apenas, de levar em conta a progressiva elevação do número de habitantes: na verdade, à medida que se vão disseminando o conhecimento dos direitos, a consciência de cidadania, a percepção de carências e a formulação de aspirações, correlatamente emerge, na população já existente, a demanda até então contida, sobe a percentagem dos que pleiteiam, reclamam, litigam: e, por maior relevância que possam assumir outros meios de solução de conflitos, seria perigoso apostar muito na perspectiva de um desvio de fluxo suficiente para aliviar de modo considerável

(*) Publicado no "Jornal Magistratura & Trabalho" São Paulo - Nov./Dez./1992 - nº 4.

a pressão sobre os congestionados canais judiciários. Somem-se a isso fatores como a crescente complexidade da vida econômica e social, o incremento dos contactos e das relações internacionais, a multiplicação de litígios com feição nova e desafiadora, a fazer aguda a exigência de especialização e de emprego de instrumentos diversos dos que nos são familiares e ficará evidente que não há como fugir a necessidade de mudanças sem correr o risco de empurrar para níveis explosivos a crise atual, em certos ângulos já tão assustadora.

Em momentos como este, em que se difunde a convicção da impossibilidade de manter o *status quo*, é importante que se procure fixar com toda a clareza os rumos da reforma desejável. O sentimento de insatisfação, hoje tão patente entre os leigos quanto nos próprios quadros dos que exercem a função jurisdicional, é, em si, sadio e estimulante: mas, como toda disposição espiritual do gênero, sujeita-se ao risco de enganos e desvios, que cumpre a todo custo prevenir. Seria profundamente lamentável que a vontade, tão legítima, de mudar nos induzisse a uma rejeição indiscriminada e irracional dos princípios e valores legados pela tradição, como se a causa das mazelas atuais se devesse enxergar neles mesmos, e não, ao contrário - segundo vem acontecendo, com certeza, em mais de um caso -, na compreensão deturpada, ou na insuficiente atuação, de uns e de outros.

Permitam-se desde logo ilustrar com um exemplo o que desejo expressar. Vai-se tornando moda, em alguns setores, certo desprezo dos aspectos técnicos da ciência jurídica e da arte de julgar. Há quem pretenda ver nas exigências da técnica obstáculo insuperável à realização da justiça - ou, talvez mais exatamente, daquilo que, em determinado instante, e a uma visão subjetiva, pareça ser a justiça. A esta altura, quero crer, dificilmente acudirá a quem se haja dado o trabalho de ler escritos meus a idéia de pedir-me provas da distância a que me encontro ao tecnicismo puro. Para mim (e presumo que o mesmo sucederá a qualquer cientista que preze a sua ciência, a qualquer artista que preze a sua arte), a técnica é um instrumento - como tal, útil e insubstituível. Longe de constituir empecilho à consecução dos fins de justiça, a que todo o processo deve sem dúvida tender, ela aplaina, quando corretamente manejada, o caminho para aquela meta. Repito: quando corretamente manejada. O problema está, não raro, na inaptidão para manejar a técnica de modo correto. Quando alguém se queixa de que o respeito da técnica leva, em tal ou qual hipótese, à consagração de uma injustiça, ponho-me a conjecturar se na verdade se terão utilizado adequadamente os próprios recursos da técnica, ou se não se terá renunciado cedo demais a explorar-lhe a fundo as virtualidades.

Em matéria de questões processuais, deveria ser óbvio para todos o risco da multiplicação de incidentes, que a inobservância da técnica tantas vezes acarreta, com nefastas conseqüências para a marcha dos feitos e o rendimento do trabalho judicial. Basta pensar nos erros atinentes à competência,

ou na omissão em distinguir, sobretudo em julgamentos colegiados, a decisão das eventuais preliminares e a decisão do mérito. De tais equívocos não raro se origina uma caudal de conflitos, recursos a providências análogas, que, reproduzindo-se com a fertilidade de coelhos, acabam por converter o processo em cipoal inextricável, de onde não costumam sair ilesos nem o direito dos litigantes, nem o prestígio do Judiciário.

Não cabe supor, assim, que, para corresponder às expectativas da sociedade, tenha a Justiça de prescindir da técnica, ou de relegá-la a plano secundário. Bem ao revés: o que se há de querer é que ela a trabalhe melhor. Sem arvorá-la em fim, e certo, sem sacrificar-lhe tudo, sem perder de vista a sua subordinação a valores mais altos; mas prestigiando, com uma utilização cuidadosa e inteligente, o papel indispensável que ela é chamada a desempenhar na economia do processo.

2. Feitas essas observações, para prevenir mal-entendidos, passemos a refletir, ligeiramente embora, sobre o sentido em que deve orientar-se o movimento reformador da Justiça, se quiser assegurar-lhe, no século que se avizinha, imagem mais lisonjeira do que aquela que vem caracterizando no século que se despede. Muito do que se possa dizer ao propósito dificilmente evitará o sabor do óbvio, tantas vezes já se procedeu ao inventário das disfunções e a proclamação do receituário tido como adequado.

É oportuno lembrar, desde logo, que a chamada crise da Justiça se alimenta, em dose ponderável, da incapacidade do direito material para governar de maneira efetiva o dia-a-dia da sociedade. A evidência, se as autoridades públicas respeitassem sempre as normas que lhes regulam o exercício das funções, se todos os pais cumprissem a risca os deveres que lhes correm com relação aos filhos, se o mesmo acontecesse com as empresas em face dos empregados, e vice-versa, se nenhum cheque fosse emitido sem provisão de fundos, se ninguém deixasse de pagar impostos nem atentasse contra o patrimônio ou a vida dos semelhantes, infinitivamente menor seria o vulto dos problemas que afligem o Judiciário, e o único perigo sério consistiria, para um número talvez elevado de juizes, na eventual contingência de ter de arranjar outra ocupação... Acontece que a Constituição e as normas administrativas não bastam para impedir ilegalidades e abusos de poder, nem o Código Civil para garantir a regularidade da vida familiar, nem o Código Penal para obstar a prática de crimes, e assim por diante. De um lado, os seres humanos não são anjos, e circunstâncias bem conhecidas concorrem poderosamente, em nosso país como alhures, para estimular comportamentos irregulares. De outro lado, há os defeitos do ordenamento, a um tempo torrencial é lacunoso, assistemático, obscuro, quando não francamente contraditório, de árdua compreensão até para os profissionais do direito, e a

fortiori para os cidadãos comuns, submetidos a cruel presunção, ou ficção, do conhecimento, praticamente inacessível a imensa maioria, de uma rede normativa com feição de tenebroso labirinto. Esses, porém, são aspectos que escapam a competência específica dos juízes, enquanto tais, e cuja a análise pode e deve ser remetida a outra ocasião.

Resta muita coisa que diz respeito, de maneira direta, ao funcionamento do Poder Judiciário, e não pode deixar de merecer a atenção, e até a preocupação, de quem lhe integre os quadros. A primeira grande dificuldade que se depara, aqui, é a de identificar com precisão os problemas fundamentais e de medir-lhes o alcance. Vivemos, a esse respeito, mergulhados quase sempre no mais fluido impressionismo: todos temos uma infinidade de impressões, que convertemos em outras tantas opiniões, mas poucos podemos ter um número razoável de certezas. Se nos indagarem em que dados objetivos nos baseamos para discutir, por exemplo, o tema da duração dos processos, seremos forçados, de modo geral, a confessar que de quase nada dispomos. O gosto pelos levantamentos estatísticos rigorosos decididamente não faz parte dos hábitos culturais brasileiros, neste como em outros terrenos. Os poucos que existem não costumam despertar maior interesse. Há alguns anos, por proposta minha, e sob a orientação de Desembargador e Professor de Sociologia Felipe Miranda Rosa, realizou-se no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro uma pesquisa, modesta como convém a todo empreendimento pioneiro, destinada a apurar o tempo que se estava empregando no processamento das causas de rito ordinário ou sumaríssimo, aforadas em certo número de juízes da capital, e bem assim, discriminadamente, em cada uma de suas fases principais, no primeiro e no segundo grau de jurisdição. Os resultados, que me parecem bem sugestivos em mais de um ponto, foram não apenas estampados no **Diário Oficial** - o que afinal de contas não passaria de uma forma de mantê-los praticamente sigilosos... -, mas encaminhados, em publicação especial, aos órgãos representativos das várias categorias ligadas à vida forense, que se presumia estimassem interessados em conhecê-los e analisá-los. No intuito de atrair maior atenção para o assunto, conseguiu-se que jornal de grande circulação divulgasse com relevo entrevista minha a respeito da matéria. A repercussão foi tão intensa como a de um tiro em massa de pastel. Até hoje estamos aguardando algum comentário, e sem dúvida nos alegraria mesmo a crítica mais severa: seria preferível ao silêncio gelado com que se acolheu o trabalho.

Ora, e vão pretender atacar de modo eficaz um mal de que se desconhecem as causas, ou pelo menos o peso relativo de cada uma delas. Corremos o risco de sangrar-nos na veia da saúde, ou de sair de lança em riste a combater moinhos de vento, enquanto deixamos em paz e sossego os verdadeiros inimigos. É certo que a vivência profissional nos revela a

fisionomia de alguns. Ninguém que haja militado no foro, em qualquer posição, ignora o que significam, por exemplo, a prova pericial e a liquidação da sentença como fatores de retardamento da prestação jurisdicional. Mas continua a ser verdade que não se pode ter acesso a uma visão completa e exata do quadro, e portanto à possibilidade de formular estratégia global apropriada, sem o diagnóstico preciso da situação, com base em elementos de indiscutível objetividade.

A demora no andamento, dos feitos, diga-se de passagem, está longe de constituir problema específico da Justiça brasileira; muito ao contrário, ela atormenta especialistas e leigos em todos os países de que se tem notícia. Quase nenhum congresso, dentre tantos que se vêm promovendo, pelo mundo afora, no campo do direito processual, deixou de incluí-la no temário. As importantes reformas legislativas do nosso tempo será tudo menos estranho o propósito de desentorpecer a marcha dos processos. Servem de exemplos as levadas a cabo, ainda há pouco tempo, na Alemanha, na Áustria, na Espanha e na Itália, a última das quais deve entrar em vigor no próximo ano. Também no Brasil se está cuidando de simplificar e agilizar o curso dos feitos, por meio de projetos setoriais de reforma do Código de Processo Civil. Já convertido em lei 2 (*sic*) o concernente a perícia, em tramitação avançada no Congresso Nacional o relativo ao agravo de instrumento, prontos ou quase prontos para encaminhamento vários outros, atinentes às comunicações dos atos processuais, à liquidação e a mais pontos considerados de importância nessa perspectiva. Oxalá se consiga, em breve prazo, algum progresso no particular.

É claro, aliás, que isso não depende exclusivamente, e nalguns casos nem sequer principalmente, da modificação da lei processual. Há tópicos em que ela terá, com toda a probabilidade, pequeno ou talvez nulo alcance. Assim, decerto, no que tange ao ingurgitamento dos tribunais superiores, que suscita questões de índole peculiar: mas também quanto a certos aspectos da máquina de primeiro grau, mais diretamente relacionados com particularidades da organização judiciária, cuja disciplina nem sempre a critérios racionais estabelecidos em função das necessidades do serviço, senão que muitas vezes se dobra a influência nefasta de interesses políticos, no sentido menos nobre da palavra, a imporem absurdas distorções. E não é preciso acrescentar qualquer referência ao fator pessoal: sob o mesmo regime legal, e até sob condições idênticas de trabalho, um órgão desincumbiu-se com celeridade de tarefas que noutra se arrastam ao ritmo de lesmas, ou dormem sono prolongado na fila de espera. Muitas ilusões de mudança radical da situação a exclusiva custa de alterações nas regras do jogo tem-se desfeito como bolhas de sabão no choque com a realidade das diferenças qualitativas entre os jogadores. Seja qual for o regulamento, um craque será sempre um craque, e em vão se esperava que outro qualquer cobre faltas ou cabeceie com igual eficiência.

3. Escusado sublinhar que de maneira alguma bastará cuidarmos de tornar mais rápida a Justiça: esse não é senão um item do verdadeiro programa, que há de visar, numa palavra, a torná-la melhor. Avulta aqui a importância dos atributos individuais, porque não se concebe a possibilidade de uma boa Justiça, por mais que se aperfeiçoem as leis, sem juizes capazes, honestos e dedicados. Pois bem: um problema puxa outro, e para aprofundarmos o exame deste sem dúvida teríamos de questionar o estado do ensino universitário em nosso país; já que em regra se recrutam os juizes entre os bacharéis em direito, e os bacharéis provem das universidades. Não é o momento de reeditar críticas que já se vulgarizaram, de tão repetidas, embora nem isso se precedam sinais nítidos de que os órgãos competentes se dispõem a prestar-lhes grande atenção. Nem parece fora de propósito assinalar que certos remédios a que às vezes se recorre só fazem agravar a enfermidade. Ademais, o baixo rendimento da universidade não comporta explicação cabal unicamente pelos próprios defeitos - numerosos e graves que sejam - imputáveis à ela mesma. Seria injusto esquecer que as carteiras universitárias em geral recebem estudantes insatisfatoriamente preparados nos níveis inferiores, inaptos para enfrentar com seriedade e proveito os desafios do curso de bacharelado. O mal vem de baixo, e em vão tentaríamos corrigi-lo com providências de alcance restrito à derradeira etapa do itinerário escolar. Não desejo ir mais longe para não imprimir tom de plataforma eleitoral a estas reflexões: nada mais distante das minhas cogitações atuais do que uma candidatura a cargo eletivo!

Creio, por outro lado, que seria de todo em todo conveniente submeter a revisão cuidadosa os processos de seleção dos magistrados. O concurso público continua a ser, sem discussão possível, o método menos imperfeito de apurar o preparo intelectual dos candidatos ao ingresso na carreira. Certames do gênero, entretanto, ainda quando se deixem moldar as provas pela boa técnica e pelo bom senso - o que nem sempre acontece -, nada permitem aquilatar de outros dotes, tão necessários como a posse de conhecimentos jurídicos para o exercício correto da função judicante. O valor dos testes psicológicos que se costumam aplicar e posto em xeque por inequívocas manifestações de desequilíbrio entre os declarados aptos, com frequência muito maior do que permitiria uma razoável margem de tolerância...

As escolas de magistratura, que se vão multiplicando país a fora, poderão, se bem orientadas, trazer contribuições de peso à formação dos juizes. Em última análise, contudo, deveria caber a experiência a palavra definitiva: assim como só à luz do rendimento nas pistas ou nas piscinas se pode decidir-se vale a pena qualificar uma atleta para as provas olímpicas, não existe meio seguro de formar convicção sobre o mérito de um magistrado a não

ser a observação do modo como ele julga. Dispõe a Constituição (art. 95, nº I) que os juízes, no primeiro grau, apenas adquirem a garantia da vitaliciedade após dois anos de exercício: quer, com isso, abrir ensejo a que se evite a permanência no cargo de quem não tenha, na prática, demonstrado capacidade para bem exercê-lo. Mas a eficiência concreta de tal regra exige que os tribunais, na avaliação de cada caso, se guiem exclusivamente por critérios objetivos, com base em elementos colhidos segundo métodos rigorosos, sem qualquer influência de considerações de outra natureza. Em compensação, também exige que se assegure aos magistrados novos uma oportunidade justa de provar suas qualidades, dificilmente perceptíveis se ele se vir submetido desde o primeiro dia a condições desumanas de trabalho, soterrado sob pilhas gigantescas de autos, despojado dos mínimos requisitos de comodidade, sacudido de um lado para outro pelos azares de rodízio impiedoso, privado do contacto com colegas de maior tirocinio, do acesso a bibliotecas e a outras fontes de consulta, bem como - onde existam - a cursos de aperfeiçoamento, que deveriam ser obrigatoriamente seguidos de tempos em tempos, com a imprescindível aferição do aproveitamento final.

No entanto, feitas todas as contas, algo resulta claro, e é que, mesmo sob as mais desfavoráveis circunstâncias, há quem consiga superar-se e produzir bastante e bem. Sabemos ao preço de sacrifícios; mas cumpre dizer, alto e bom som, que certos sacrifícios, é imperioso fazê-los e, se a isso não estivéssemos dispostos, melhor seria, para nós e para a Justiça, que procurássemos outro caminho mais ameno.

4. Impossível falar de melhorar na qualidade do serviço judiciário sem aludir à necessidade de utilização mais intensa dos modernos recursos tecnológicos. Os meios forenses são geralmente vistos como refratários a inovações; e quem quer que observe a atividade de alguns setores dificilmente evitará a impressão de contemplar um mundo que parou no tempo. Decerto e onerosa a atualização de métodos de trabalho: onerosa em mais de um aspecto, e não em último lugar no econômico. Tampouco se põe em dúvida a habitual insuficiência dos orçamentos destinados à Justiça. Está longe de implementar-se plenamente a promessa constitucional de autonomia financeira: e aparelhar órgãos judiciais para o desempenho eficaz de suas funções nunca se incluiu entre as preocupações mais fortes de nossos administradores. Há um *déficit* crônico, que remonta a épocas já distantes, e não se conseguirá suprir da noite para o dia.

Por outro lado, forçoso é reconhecer que o próprio Judiciário nem sempre dá mostras de grande discernimento ao estabelecer suas escalas de prioridades no emprego das verbas que lhe são destinadas. Muitas vezes se gasta mal o pouco que se tem. Medidas urgentes de interesse do serviço vêm-

se postergadas em favor de suntuosidades francamente incompatíveis com a penúria da nossa situação econômico-financeira. Uma gestão sensata dos meios disponíveis aplicaria menos em mármore e automóveis de luxo que em gravadores e computadores, ou quando nada, mais modestamente, em máquinas de escrever. Ocorre conjecturar, nalguns casos, se não existe relação entre o esbanjamento de recursos, se superfluidades e a lentidão do ritmo com que se implanta em juízos e tribunais a indispensável informatização.

Questões de mentalidade, entra pelos olhos. Ela responde igualmente, noutra campo, pela estranha resistência à aceitação de peças forenses, sobretudo de recursos, transmitidas por meio de sistema que já se incorporaram, em tantos terrenos, ao cotidiano das sociedades modernas, como o telex e o fax. Beiram o pitoresco, para dizer o menos, os argumentos invocados a propósito deste último. Não está reconhecida em original a firma do advogado? É conferi-la com a de outras peças dos autos, e em caso de dúvida formular a competente exigência. Aliás, na reforma, já em andamento, do Código de Processo Civil cogita-se, entre outras coisas, de dispensar na própria procuração a formalidade, julgada supérflua, do reconhecimento. Receia-se que esmaça e se torne ilegível, com o passar dos dias, o texto da cópia? Impute-se o risco ao recorrente, que ficará sujeito a contingência de não se conhecer do recurso, se a possibilidade se converter em realidade: mas não se árvore a rejeição do método em princípio apriorístico, a vigorar inclusive quando o interessado junte oportunamente o original, ou não se confirmem os temores de esmaecimento.

Essa e outras manifestações de reacionarismo judicial o tempo naturalmente se encarregarão de recolher a um museu de curiosidades históricas. Ali poderão contemplá-las, divertidos, os pósteros, ao lado de mais antigualhas, como hão de ser por exemplo, algum dia, as cartas precatórias e rogatórias para tomada de depoimentos, substituídas pela comunicação pessoal entre o juiz da causa e o depoente, onde quer que se encontre, através de um aparelho de televisão, ou por meio ainda mais perfeito, que se venha a inventar.

5. Afirmou alguém que não basta que se faça justiça: é preciso que se veja que está sendo feita justiça. O dito fornece-nos a deixa para ligeiras observações sobre o tema, tão atual, da transparência. É, hoje autêntica palavra de ordem. Tudo se quer transparente, de maneira especial na atuação dos órgãos públicos.

O Judiciário não tem como furtar-se à imposição. De resto, a tradição brasileira prestigia de longa data a publicidade dos atos processuais, agora elevada à categoria de preceito constitucional (Carta da República, arts. 5º, nº LX, e 93, nº IX). É princípio que entre nós sempre se entendeu e se aplicou até com mais rigor do que em tantos outros países tidos e havidos como

Estados de direito acima de qualquer suspeita. Veja-se, por exemplo, o caso das deliberações colegiadas, que no continente europeu quase nunca se realizam à vista do público: o ordenamento francês chega ao requinte de forçar os juizes a prestar compromisso solene de guardar “religiosamente”, a matéria, o mais estrito sigilo.

Como em quase todos os métodos de trabalho, judiciais ou não, no julgamento *coram populo* é certamente possível, falando em tese, apontar vantagens e inconvenientes. Um dos perigos que ele oferece é a tentação, a que nem sempre resistem os julgadores, de “jogar para a platéia”, de modelar pronunciamentos menos com base em juízos objetivos e serenos do que em função do provável efeito sobre assistência. Alguns parecem esquecer às vezes que a Constituição e as leis querem publicidade para os atos processuais, não para as pessoas dos magistrados. Semelhante confusão será talvez responsável por certa ânsia de aparecer, de tornar-se “notícia”, de dar entrevistas a torto e a direito, de competir nos índices de audiência com a novela das oito.

Por outro lado, não é seguro que os interessados, sejam quais forem seus motivos - sincero desejo de informar-se ou curiosidade vulgar, frívola, mórbida até - possam satisfazer-se com o que porventura se lhes dê a ver e a ouvir. Se tiverem de utilizar a mediação dos veículos habituais, sujeitam-se aos “ruídos” que quase nunca deixam de perturbar e distorcer, entre nós, a comunicação de massa. Os jornais e as emissoras de rádio e de televisão, no Brasil, ainda não aprenderam sequer a distinguir as funções do órgão judicial e as do Ministério Público: a cada momento anunciam que o procurador decidiu, e que o Juiz dará o parecer no dia seguinte. Não há imagem da vida forense que não sofra deformação profunda ao atravessar esses canais.

Sejamos justos, porém: não contribuirão muitas vezes os próprios operadores do direito para dificultar o entendimento do que se passa nas salas e gabinetes do foro - ou, em hipóteses extremas, para subtrair mesmo a quem não seja “iniciado” qualquer possibilidade de acesso a compreensão? A pergunta suscita uma reflexão, aqui necessariamente breve e superficial, sobre o problema da linguagem no processo. Em larga medida, a linguagem processual é, e não pode deixar de ser, uma linguagem técnica: e a nenhuma linguagem técnica se concede a esperança de ser entendida com facilidade por qualquer pessoa. Se existe um jargão médico, um jargão econômico, um jargão psicológico, não será de estranhar que também exista um jargão forense. Importa, contudo, não exceder os limites do razoável, não converter os autos em repositórios de enigmas, de circunlóquios despistadores, de contorcionismo semânticos, de exibições de arqueologia gramatical, capazes de justificar a ironia de quem atribuiu ao dom da palavra a função essencial de... esconder o pensamento. Já proclamei, e volto a proclamar, que são e serão

sempre misteriosas, para mim, as razões pelas quais se há de chamar “remédio heróico” ao mandado e segurança, ou apelidar de “irresignação derradeira” o recurso extraordinário, para não mencionar outros frutos da inventiva do foro, vários dos quais raiam pelo grotesco. Devemos conformar-nos com o fato de que termos científicos tem sinônimos, e mais vale reproduzi-los tantas vezes quantas for preciso do que entregarmo-nos a exercícios desvairados de exotismo vocabular. O geômetra não cora de repetir “pentágono” enquanto fala do polígono de cinco lados, nem o biólogo de aludir reiteradamente a “cromossomos” sempre que se refere aos corpúsculos que resultam da divisão do núcleo e transmitem os caracteres hereditários. Uma rosa é uma rosa, escreveu Gertrude Stein; uma contestação é uma contestação, parafraseio eu: e ajunto que uma constestação não é, decididamente não é, uma “peça de bloqueio”, nem qualquer coisa do gênero.

Ora, se a publicidade está inscrita entre as garantias constitucionais - e, afinal de contas, com todos os riscos inevitáveis, é bom que assim seja -, cumpre levá-la a sério. De nada vale franquear o espetáculo a todos os eventuais interessados e depois representar em idioma que só os *happyfew* compreendem. Não nos iludamos; uma parte, cada vez maior, da sociedade brasileira está aprendendo a cobrar explicações e não se resignará indefinidamente a que os poderes públicos a mantenham na ignorância dos processos decisórios, sejam quais forem. De instante a instante aumentará o número dos que querem saber como se decide, e porque. O Judiciário não vai escapar a essa mirada perscrutadora: convém que esteja preparado para explicar-se: e o preço que tem de pagar para assegurar a si próprio o mínimo de credibilidade sem o qual não poderá exercer de maneira satisfatória, do ponto de vista social, a função de árbitro supremo dos conflitos de interesses.

Vem a propósito uma observação acerca do dever de motivar as decisões, hoje igualmente consagrado em nível constitucional, e sob expressa cominação de nulidade (Carta da República, art. 93, nº IX). Há um modo puramente formal de prestar homenagem a semelhante preceito, que está longe de corresponder-lhe ao espírito. Quantas vezes lemos pronunciamentos de órgãos judiciais que indeferem o requerido “por falta de amparo legal”, ou “porque não concorrem os pressupostos necessários”! São fórmulas vazias, que nada significam: fazer uso delas é como tirar o chapéu, para cumprimentar à distância alguém que, ao mesmo tempo, entre dentes, se está mandando ao inferno... É notório que os juizes andam normalmente assoberbados de serviço e não tem possibilidade de alongar-se em dissertações para fundamentar cada ato que pratiquem. Nem por isso ficam autorizados a escamotear os motivos em que se inspiraram para decidir. A escassez de tempo justifica a síntese: não justifica a omissão. Menor relevância ainda, como escusa para o silêncio, tem o caráter porventura discricionário da decisão, no sentido próprio do termo ou

naquele outro, mais amplo, embora menos preciso, em que não raro também se emprega, a respeito de normas cuja redação se vale de conceitos jurídicos indeterminados: justamente nesses terrenos e que mais imperiosa se torna a explicitação das razões do julgador, a fim de permitir a apreensão e o controle de suas opções filosóficas, éticas, políticas - numa palavra, axiológicas - e, por conseguinte, de sua atividade criadora, que adquire aí realce particularíssimo.

A constitucionalização do dever de motivar coloca na ordem do dia o aprofundamento da nossa reflexão uma problemática extremamente rica e complexa. Já não nos podemos contentar com a visão tradicional, meio ingênua, meio hipócrita, da matéria. Inclino-me a crer que o tema se imporá com força crescente atenção dos juristas, na medida mesma em que nos formos compenetrado do relevo que cabe à motivação das decisões na engrenagem de um autêntico e sólido Estado de Direito.

6. Falei há pouco de controle. A expressão costuma suscitar reservas. Nem toda espécie de controle é bem aceita por juizes. Tendo exercido a magistratura por treze anos e meio, posso valorar, com base na experiência pessoal, os argumentos com que se repele a eventualidade de um controle do qual participem estranhos aos quadros do Judiciário. Muitos são sinceros e ponderáveis; outros, francamente, nem tanto. O risco de interferências políticas, na acepção mais baixa do vocábulo, é sem dúvida temível. A bem dizer, ele já existe, sob diversas formas, e nem sempre se tem sabido ou querido evitá-lo. A independência do Judiciário constitui valor inestimável em qualquer sistema de organização social que aspire a ser visto como civilizado; os magistrados devem ter no espírito, permanentemente, a preocupação de resguardá-la e à consciência de que nada a compromete de maneira mais grave que a rendição voluntária a interesses e o afã de agradar aos poderosos do dia.

Recusar controles externos e atitudes que reclama, para legitimar-se, grande autoridade moral - uma autoridade respaldada pelo eficiente funcionamento dos controles internos. A condição de juiz não pode, à evidência, isentar quem quer que seja da responsabilidade pelas faltas em que porventura incorra. Muito ao contrário: do juiz há de exigir-se mais que de ninguém e na avaliação de seu comportamento há de observar-se, por força, severidade maior que a aplicável aos outros membros da comunidade. Para o juiz, os próprios conceitos éticos são mais rigorosos: animo-me a pensar, por exemplo, que o erro de julgamento se resolve em falha moral, não apenas nos casos extremos de corrupção, mas sempre que resulte de negligência no exame dos autos, ou de omissão, por preguiça ou desinteresse, em aprofundar o estudo das questões relevantes.

Não é fácil encontrar solução perfeita para o problema da

responsabilidade dos juizes; a pior opção, no entanto, seria abstermo-nos de procurar alguma capaz de eliminar, ao menos em parte, os motivos da insatisfação com o atual estado de coisas. Episódios recentes avivaram na sociedade brasileira a convicção de que os agentes do poder público não se deve tolerar a infração de certas normas éticas. A despeito da memória curta que se costuma atribuir ao nosso povo, é provável - e desejável - que em muitos cidadãos subsista a disposição para uma vigilância permanente a esse respeito, com relação ao Judiciário não menos que aos outros poderes. Haverá quem esteja atento à maneira pela qual os órgãos competentes reagirão a eventuais deslizos; e, se o espírito corporativo os induzir à condescendência sistemática e frustrar as expectativas de correção, parece extremamente duvidoso que se consiga refrear a tendência a experimentar outros caminhos, por maiores que sejam - e alguns são enormes - os perigos a eles inerentes.

7. É hora de concluir. Receio que se sinta decepcionado quem esperava a vista do tema, o anúncio de novidades estrondosas. Não sou muito amigo de reviravoltas sensacionais: a esta altura da vida, já tendo assistido a várias que como tais se apresentavam, sei que é tão vã quão difundida a pretensão de traçar o plano definitivo de regeneração do universo, ou mesmo do país. Acredito mais na eficácia daquelas “revoluções moleculares” a que aludia Péguy, e que atua por dentro das estruturas tentando antes aprimorá-las que destruí-las.

As exigências de reforma estão postas, e não há como ignorá-las. Temos de atender a elas com determinação e presteza, que não excluem a indispensável dose de prudência. Sejamos firmes, sem sermos impacientes. A inércia seria funesta; e é mister que imprimamos ao nosso movimento ritmo compatível com o da história da nossa época. Não quer dizer que devemos imitar o exemplo daquele personagem de um romance de capa e espada, que em determinado momento saiu galopando “em todas as direções”...

Ao risco de tornar-se redundante, insisto em que há um tipo de tentação ao qual cumpre resistir com todas as forças. A sociedade em que vivemos é basicamente mal organizada de muitos pontos de vista. As vezes nos sentimos levados a duvidar da utilidade de iniciativas que visem à melhoria da situação em setores específicos, ou - pior ainda - em pontos isolados. Seria como se estivéssemos a disfarçar futilmente, com a aplicação de cosméticos, as rugas do rosto de um doente terminal. Não faltará quem repute inócuo, senão contraproducente, qualquer esforço para resolver este ou aquele problema particular: mero desperdício de energias que se deveriam poupar para a faina do dia glorioso em que se levará a cabo a profunda e indispensável reforma estrutural. Se os alicerces mesmos do edifício estão em causa não valeria a pena preocuparmo-nos com o mau funcionamento da bomba d'água ou com

a deficiente iluminação da garagem.

Semelhante atitude, contraditória em espíritos que se julgam progressistas, é na verdade a melhor aliada do conservadorismo. Apostar tudo no ideal significa, pura e simplesmente, condenar o real a imobilidade perpétua. Disse um grande estadista que é muito difícil sabermos o que precisaríamos fazer para salvar o mundo, mas é relativamente fácil sabermos o que precisamos fazer para cumprir o nosso dever. Se começarmos por aí, não direi que cheguemos a salvar o mundo, mas talvez possamos contribuir - e não será pouco - para torná-la menos inóspito. É importante que, sem renunciarmos à ambição dos grandes feitos, nem nos despojarmos das reservas de heroísmos necessárias para empreendê-los, nos lembramos também de cultivar as virtudes menores - mediócras, se assim se quiser dizer - no cotidiano profissional. Ouso pensar que, se todos os juízes se dispuserem a aplicar maior empenho em miudezas como ler com atenção os autos, ou respeitar escrupulosamente os prazos, ainda que os anos noventa se extingam sem mudanças espetaculares, já será diferente - e melhor - a Justiça no limiar do novo século.

Reestruturação dos Tribunais do Trabalho (impacto constitucional)

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

APRESENTAÇÃO

Dr. PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Prof. da Fac. de Dir. da UFMG, aposentado. Juiz do TRT - 3ª Região,
aposentado. Advogado em Belo Horizonte.

Reestruturação dos Tribunais do Trabalho (impacto constitucional)

1. Embora CÍCERO tenha dito há perto de dois milênios que a história é a *magistra vitae* (mestra da vida), parece-nos, em realidade, que ela se traduz em uma compendiada e cíclica ironia sempre presente.

Os fenômenos histórico-sociais, dentro da aparente evolução tecnológica e científica do homem, como que se refundem e ex-surgem em cada tempo, como genialmente diagnosticara SPENGLER e agora mesmo, conquanto diante de instituições formalmente diversas, podemos verificar tal fenômeno.

É o que sucintamente exporemos.

2. Em sua candidez originária, como que espelhando os então dignificantes e altos objetivos da atividade dos órgãos da Justiça do Trabalho, dispôs, em 1943, o art. 726, da Consolidação do Trabalho:

“Art. 726 - Aquele que recusar o exercício da função de vogal de Junta de Conciliação e Julgamento ou de juiz classista representante de Tribunal Regional, sem motivo justificado, incorrerá nas seguintes penas:

a) sendo representante de empregadores, multa de 1/5 (um quinto) do salário mínimo a 2 (dois) salários mínimos regionais (**modificados pelo Sr. Campanhole para e 2 (dois) a 20 (vinte) valores regionais de referência**) e suspensão do direito de representação profissional por dois a cinco anos;

b) sendo representante dos empregados, multa de 1/5 (um quinto) do salário mínimo regional (**modificado pelo Sr. Campanhole para 2 (dois) valores regionais de referência**) e suspensão do direito de representação profissional por dois a cinco anos” (*verbis*).

Apenas *en passant*, cabe advertir que a lei 7.855, de 24 de outubro de

1989 - lei que o Sr. Campanhole cita abaixo dos dispositivo (como a que lhe tivesse dado nova redação) -, que alterou vários artigos da CLT referentes a multas, não só não toca em momento algum no citado art. 726 assim como, diversamente como faz supor o notório “edicionialista”, tão só “triplica” os valores originários, passando a indicar como fator de indexação a então BTN (art. 2º).

Já a ironia do movimento cíclico da história começa por aqui: ao Sr. Campanhole, que *sponte sua* tem revogado inúmeros dispositivos da CLT, tenha talvez passado despercebido - cavaleiro fiel que empunha a bandeira do §1º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil - haja passado despercebida autorizada corrente de juristas, que sustentam ser também a **desuetudo** uma das formas de revogação da lei formal, o que o levava a não cirurgiar de suas recentes edições da CLT o apontado art. 726 e seus parágrafos.

Para que se dê uma idéia concreta e objetiva da estranheza por nós exposta, basta que se levante uma hipótese: não é irrisível, e até humorístico, faça-se constar - de uns vinte anos para cá - dos editais de abertura de vagas e de apresentação de listas para juízes classistas (das Juntas ao Tribunal Superior do Trabalho) um item mais, contendo a advertência de que a recusa à nomeação importará na aplicação de uma multa?

Será concebível, hoje em dia, a convocação de candidatos a cargos a juízes classistas, com a advertência de que se recusarem a nomeação serão punidos com uma multa?

3. Debruçado na observação dos fatos, poder-se-ia perguntar: desvirtuou-se a função estatal do juiz classista em sua natureza, em sua finalidade e em seus objetivos institucionais?

Como explicar a **avalanche** de pedidos de nomeação, a pressão interna e externa para a sua convocação?

O que quer o pretendente ao cargo de Juiz Classista hoje? Tornou-se sua linha de atividade uma especial forma de exercício profissional, conquanto limitada no tempo - uma recondução para os classistas de 1º grau, correspondente a dois mandatos de três anos?

Inserir-se-ia tal atividade, sem natureza estatutária, nem empregatícia, sem conceituação definida quanto a seu regime jurídico, inserir-se-ia em uma participação paralela e organicamente descompromissada na composição dos órgãos da jurisdição trabalhista?

Foi revertido o quadro dos pressupostos de aposentadoria pelo Estado, com a chamada “contagem recíproca de tempo de serviço”, cuja reciprocidade, na quase totalidade dos casos, somente atua em direção à aposentadoria pelos cofres, *in casu* da União e a estabilidade, ou definitividade, da remuneração

assegurada, conquanto mínimo tenha sido o tempo de serviço a ela prestado (a Carta Constitucional de 1988, numa como versão moralizante, fixou o tempo mínimo de cinco anos de exercício, para fazer-se jus à aposentadoria, como deflui de seu art. 94, n. VI, *in fine*. Está-se pressupondo da consideração do juiz classista como “magistrado”).

Diante de tão agudas modificações legais e constitucionais e da própria revolução histórico-econômica e da sociedade difundidamente utilitária, que cada dia que passa mais vivemos, não se poderia especular que o próprio espírito da função se teria transmudado em uma atividade semi-profissional, atraente por sua desconexão com a responsabilidade técnica da prestação jurisdicional, responsabilidade esta incrustada na função e no cargo do juiz de carreira ou daquele que, nos Tribunais Superiores, devam trazer, como pressuposto de ingresso, a alta qualificação do saber jurídico e de sua integração no órgão judicante, como garantia da independência do Poder Judiciário (e por isto os juízes propriamente são vitalícios, inamovíveis e têm salários irredutíveis).

A conjuntura constitucional-legal do país não teria transformado a dignificante função do juiz classista em um mero passaporte para a aposentadoria pela União?

Ter-se-iam mudado e até ter-se-iam invertido escalas inteiras de valores teleológicos que venham a comprometer ou que comprometam a originária pureza e os fins públicos das instituições da Justiça do Trabalho?

Como resolver o crucial problema de uma primeira e insita contradição que ocorre na prestação jurisdicional na Justiça do Trabalho, em segundo e em terceiro grau (o Tribunal Superior do Trabalho), em que o juiz que pronuncia o voto, se classista, não está vinculado ao órgão colegiado como um membro vitalício, como portador dos requisitos técnicos indispensáveis à elaboração, à formulação e à edição de uma norma jurídica e se esta norma vem elaborada por uma figura nova, implantada nos quadros da atividade judicante, o *assessor*, que não tem o compromisso fundamental da jurisdição?

De onde provém a sentença assim produzida?

As dimensões que alcançou a Justiça do Trabalho, pelo número de seus Tribunais Regionais, de suas Juntas de Conciliação e Julgamento hoje espalhados por todo o território nacional e os desdobramentos operados em sua competência, se tudo isto representa uma das formas mais presentes de sustentação da estabilidade social, com a canalização judicial e eficiente dos conflitos de trabalho, pergunta-se, o crescimento da Justiça do Trabalho, o desdobramento de seus órgãos a isto correspondem os mesmos níveis de fidelidade institucional que presidiu a sua constituição originária?

4. É de imemorial lição histórica que as grandes instituições humanas

sobrevivem e perduram no tempo, como já nos ensinara HAURIUO, não só se cumprem elas os seus fins mas, também senão se deformam elas em seus mecanismos de construção nem passem elas a servir mais que a si próprias e a seus fins aos interesses particularizados dos indivíduos que as compõem.

Se nos aventuramos a remontar concepções históricas e sociológicas, ainda que muito por alto, permitimo-nos evocar - em paralelismo com uma visão talvez pessimista, talvez cataclísmica da Justiça do Trabalho, se mais se desviarem suas instituições dos fins para os quais fora constituída, com sua particularização na política sectária do poder pelo poder ou na reversão de interesses institucionais em interesses preponderantemente individuais - permitimo-nos evocar o curso de uma das mais belas instituições de composição de interesses econômicos e sociais implantadas pelo homem na Idade Média.

Referimo-nos a uma instituição visceralmente ligada ao Direito do Trabalho, especialmente o Direito Coletivo do Trabalho, em suas raízes históricas, isto é, às Corporações Medievais.

Sabe-se que os membros da corporação eram os **mestres**, que representavam cada unidade de produção local e no específico ramo de atividade econômica. Como pessoas auxiliares e subordinadas, em cada ofício, a unidade econômica de produção representada pelo **mestre**, nela trabalhavam os **companheiros** e, a nível de incipiência prática e técnica, os **aprendizes**.

Estabeleceu-se um sistema, necessário e até inelutável de ascensão do companheiro a mestre e do aprendiz a companheiro, em razão seja do desaparecimento do mestre ou da necessidade de criar-se outra unidade de produção na área da corporação.

Como testemunha, com extraordinária profusão de dados, MARTIN SAINT-LEON, em sua obra clássica *Historia de las Corporaciones de Oficio*, diz que a ascensão de companheiro a mestre, dos Séculos XII a XIV, quando as Corporações alcançaram sua maior projeção e maior fidelidade a seus fins, como instituição propriamente dita, somente poderia dar-se ou ocorrer quando o **companheiro** se submetesse a provas, através das quais demonstrasse a sua experiência e a sua habilidade profissionais, indispensáveis à direção e à condução técnica e econômica da unidade de produção a que estava filiado⁽¹⁾.

HENRI PIRENNE, em sua *História Econômica e Social da Idade Média*, timbra em atribuir a origem das Corporações e a sua extraordinária expansão histórica a dois fatores fundamentais: a preservação do poder local, como sua alta função pública e à associação voluntária, ou seja à livre

(1) SAINT-LEON, E. Martin. *Historia de las corporaciones de oficio*. Trad. Alfredo Cepeda. Buenos Aires: Paternon, 1947, p. 222.

iniciativa⁽²⁾.

Mais de dois séculos viveram e perseveraram as Corporações Medievais e isto não só se deveu às condições sócio-econômicas deste largo período histórico, mas sobretudo porque elas sempre se mantiveram fiéis a seus fins e sempre observaram, sem deformação, aos mecanismos de constituição e de composição de suas unidades econômicas, sobretudo aos seus sistemas probatórios e impessoais de ascensão, entre aprendizes e companheiros e, principalmente, entre companheiros e mestres.

É evidente que várias são as causas do desaparecimento das Corporações Medievais, entre elas os grandes descobrimentos, o surgimento da máquina, da grande indústria, das doutrinas liberais. Todavia são indiscrepantes os Autores em apontar como uma das causas que fizeram o ruir das Corporações a deformação, a deterioração do sistema de acesso de **companheiro a mestre**, que se deu, por influxos externos, através da intervenção política dos príncipes e do próprio rei, que conferiam a carta de **mestre** àquele que obtivesse maior força ou prestígio político, independentemente de suas qualidades técnicas ou de experiência e até alheios àquela peculiar atividade econômica representada pela Corporação.

Chega a lembrar VIRGILIO FEROCI⁽³⁾, que até aos nobres, aos áulicos, aos reinóis, concediam-se direitos de inscrição nas Corporações, o que as transformou, desprezado o efetivo exercício da profissão, em domínios “mais de caráter político do que econômico”.

A lição histórica, que aqui se chama, abriga apenas o fim elucidativo, pela analogia, segundo o qual as instituições tendem-se a esvaír-se no curso histórico em razão de seu desencontro com as infra-estruturas econômicas e sociais e ideológicas que lhes ditaram o nascimento. Mas, o esboroamento de tais instituições mais se acelerará e até se precipitará se passam elas a divorciar-se dos fins e dos princípios básicos de constituição e de remodelação que ditaram a sua criação e o seu funcionamento.

Seriam estes os primeiros germes de contradição de natureza orgânica e funcional, que, parodiando Karl Marx, poderiam levar à auto-destruição da Justiça do Trabalho?

Fica feita a advertência.

5. Voltando à estrutura e ao funcionamento dos Tribunais do Trabalho, sem aludirmos, no momento, às Juntas de Conciliação e Julgamento, pode-se abrir, sem receio a susto ou a erro, uma hipótese medular e de contradição

(2) PIRENNE, Henri. *História econômica e social da idade média*. 2ª ed. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1965, p. 190.

(3) FEROCI, Virgilio. *Instituciones de derecho sindical y corporativo*. Trad. José Maria Ruiz Manent. Madrid: Reus, 1942, p. 20.

intrínseca no sistema de funcionamento dos Tribunais do Trabalho, quaisquer que sejam elas.

Aludimos acima à contradição histórico-teleológica que está vivendo a Justiça do Trabalho, em que o exercício de juiz classista passou de *munus* a uma premente e irreprimível ansiedade revestida de interesse exclusivamente pessoal e nos será imperioso abordar, ainda que em curtas pinceladas, o paradoxo que grassa nas próprias entranhas das Instituições Judicantes Trabalhistas, paradoxo este que se instala em uma de suas atribuições mais significativas, que é a sua competência funcional.

Seja por lei, seja regimentalmente, atribui-se, nos Tribunais do Trabalho, a faculdade ou o poder judicante ao juiz classista, ou ao representante de empregados ou ao representante de empregadores, quando, em ato decisório, ou concedem liminares ou indeferem petições iniciais (rescisórias, mandados de segurança ou *habeas corpus*, etc.) ou recursos (ordinários, de revista, embargos, agravos, etc.).

A questão comporta uma análise mais detida e que não pode passar despercebida, sem que se estejam omitindo os problemas que se reputam fundamentais na constituição e no funcionamento da Justiça do Trabalho.

Para que se tenha uma idéia geral, porém precisa, do problema, vamos exemplificar com o procedimento das medidas cautelares.

6. Iniludivelmente, o indeferimento da petição inicial da **medida cautelar** constitui uma sentença, através da qual se extingue um processo, com “decisão ou não do mérito da causa”, segundo define o § 1º, do art. 162, do Código de Processo Civil.

A índole especial da ação proposta - **medida cautelar** - não obsta se qualifique o ato judicial proferido pelo relator, como sentença, o que, aliás, se conceitua no art. 803, do mesmo Código, ao dizer que “o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias”, e que se robustece ou tanto mais se precisa à leitura do parágrafo único deste artigo ou à referência do parágrafo único deste artigo ou à referência do parágrafo único, do art. 807.

Acurou-se de tal maneira a identificação da decisão do juiz na cautelar, como sentença, que a doutrina, em correta abordagem chega a desdobrar-lhe índole, em ou declaratória, ou constitutiva ou condenatória ou mandamental⁽⁴⁾.

O indeferimento da cautelar, se levado a efeito por um juiz classista assume repercussões constitucionais nem suspeitadas por ele, pelo Tribunal e pelas normas regimentais que, canhestamente, lhe conferem competência

(4) Cf. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 6ª ed. São Paulo: Livraria e Ed. Universitária de Direito, 1983, p. 158/9, nº 122; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 1979, p. 172 e segs., 204, 241 e 408 que se desencadeia entre um procedimento cautelar cognitivo e um procedimento cautelar executório, como se colhe ao clássico CARLO CALVOSA: *Il Processo Cautelare*. Torino. UTET, p. 78, nº 11.

para tanto.

Antes, duvida-se muito que o relator-classista, tenha a consciência técnica da possibilidade processual, ou não, de inferir-se uma cautelar *in limine*, questão das mais delicadas do processo civil como se vê em HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁽⁵⁾, acolitado em OVIDIO BAPTISTA, que diz que, mesmo em caso de má fé, o “remédio não é o indeferimento”.

Todavia o ato decisório do Juiz Classista, na hipótese, em função isolada e autônoma, é nulo e afronta os princípios e as normas constitucionais que presidem a **paridade** de representação na Justiça do Trabalho.

Se, porventura, se arrima tal decisão em preceito regimental - que faz pressupor sua competência para indeferir petições iniciais -, então a inconstitucionalidade fulmina tal preceito, a teor do disposto nos arts. 111 e 112, da Constituição Federal de 1988.

Enquanto o primeiro, em seu nº II, timbra em fazer presente a “representação **paritária** dos trabalhadores e empregadores”, o segundo, em seu *caput*, na disciplina da estrutura da Justiça do Trabalho, reitera o basilar princípio do equilíbrio entre as categorias conflitantes nesta Justiça, com fazer “assegurada a paridade de representação de trabalhadores e de empregadores” (*verbis*).

A inconstitucionalidade de qualquer dispositivo regimental que atribua competência isolada do classista, como relator, para indeferir iniciais ou recursos, é manifesta.

O princípio constitucional, de clareza *éclatante* passa a defluir na legislação ordinária, iniciando-se, nos Tribunais Regionais do Trabalho, pelo § 4º, contudente, do art. 670 da CLT, em que se encontra:

§ 4º - Os juízes classistas referidos neste artigo representarão, **paritariamente**, empregadores e empregados”.

Dos mais sugestivos, como exprimindo o princípio constitucional, impõe-se o art. 672, § 1º, ao exigir *sine qua non*, para a constituição de órgão **válido** de decisão, a presença dos “dois classistas”, ainda, que, entre os três togados, dois deles não possam funcionar, impondo-se, inclusive, para a preservação dos trabalhos da Turma, se convoque, pelo seu Presidente, um suplente do classista porventura ausente.

Em nada há a estranhar o art. 649, *caput*, ainda da CLT, quando admite a **quebra da paridade**. Entretanto, tal dispositivo não rompe a **colegialidade do órgão**, pois toma como pressuposto a presença e a atuação do Juiz Presidente da Junta, “cujo voto prevalecerá” o que, diante da força teleológica do preceito constitucional do equilíbrio entre juízes classistas integrantes da Junta de Conciliação e Julgamento, não situa o poder judicante nas mãos de um dos representantes ou de empregados ou de empregadores.

(5) Cf. op. cit., pág. 130.

Em paralelismo, admitido, com o procedimento do júri (*jury-Verfahren*) em que atuam juízes leigos, ALBRECHT ZEUNER⁽⁶⁾ ressalta o reparo, como falando pelo art. 649, da CLT, e nas preservações constitucionais:

“Auch in denjenigen Verfahren, in denen Laienrichter mitwirken, haben die Berufsrichter über Tatfrage mitzuentcheiden” - Mesmo naqueles processos, nos quais concorrem juízes leigos, devem os juízes togados co-decidir nas questões de fato.

É de salutar importância alertar que regimentos internos de Tribunais do Trabalho acabam por mover-se dentro do mesmo princípio, revelado até no art. 649, da CLT, ao editar que, quando o relator é Juiz Classista, o revisor será sempre um Juiz Togado e vice-versa, salvo se em situações excepcionais decorrentes de composição das Turmas.

No que se refere ao Tribunal Superior do Trabalho, não ociosamente resguarda o parágrafo único do art. 690, da CLT:

“Parágrafo único. O Tribunal funciona na plenitude de sua composição ou dividido em turmas, com observância da paridade de representação de empregados e empregadores” - ressaltado texto em negrito.

Portanto qualquer ato isolado praticado pelo juiz classista, que não seja meramente ordinatório, é constitucionalmente nulo, pois se a sua natureza é a decisória somente poderá praticá-lo dentro do princípio da paridade.

7. Há algo mais na Justiça do Trabalho, que nos desafia o entendimento e até o *common sense*.

Sabe-se, desde sua instituição, pela Constituição Federal de 1937 e sua integração no Poder Judiciário, pela Constituição Federal de 1946, que a Justiça do Trabalho tem por fim e por objeto dirimir conflitos entre empregados e empregadores (tal desiderato mantém-se na Carta de 1988, com a mudança de **empregado em trabalhador**).

Trata-se, portanto, de uma justiça especializada e cujos conflitos dizem respeito, tão somente, a empregados e empregadores (que se fale em avulsos ou em pequenos empreiteiros, a nível de **contraposição** - capital x trabalho).

Ora a Justiça do Trabalho é estritamente especializada na tutela jurisdicional de tais conflitos. Se se admite, em tese e com restrições que serão abaixo apontadas, ou seja, tenha ela entre os membros de seus órgãos representantes das classes conflitantes, para as quais foi ela instituída, não se entende que passasse a abrigar, posteriormente, representantes de outras profissões, que não estão direta e linearmente vinculadas à espécie e natureza de tais classes, ou seja, os advogados e os procuradores (Ministério Público).

(6) ZEUNER, Albrecht. *Das Urteil in Deutschland*. In: Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della facoltà. - *La sentenza in Europa - metodo, tecnica e stile*. Padova: CEDAM, 1988, p. 174.

Somente uma imitação, de cunho político, pode ter criado nos Tribunais do Trabalho, transplantado para eles o chamado princípio do quinto, que preside a constituição dos tribunais comuns (aliás, altamente problematizada, nos acessos de juiz dos Tribunais de Alçada para os Tribunais de Justiça), cuja competência alcança relações jurídicas de toda a espécie, à exceção de competências especiais, como se dá com os Tribunais do Trabalho.

8. Se há interesses específicos de classes, que se contrapõem, o que em princípio afasta a consideração da integração dos Tribunais do Trabalho por membros de outras atividades profissionais ou profissionalizadas definidas (como a carreira do Ministério Público ou a do advogado), não significa isto que as classes envolvidas no processo trabalhista devam fazer-se, diretamente e de face nua, representar nesses tribunais, possivelmente com uma ressalva, como deduzidamente já o admitimos no Congresso de Direito Processual⁽⁷⁾, realizado em Cambuquira, nos idos de 1970, nos **Colóquios de Direito Processual**, em que a tese, então aprovada, teve os seus fundamentos finais expostos, relativamente aos juizes classistas, nos termos que se seguem, acompanhadas das conclusões.

Afirmava-se ali que a prestação jurisdicional é uma atividade técnica.

“Como ramo do conhecimento que se institui sobre postulados fundamentais e cuja estrutura e mecanismo se governam por leis próprias, que lhe imprimem caráter científico, o Direito, no plano social e normológico, impõe para seu correto entendimento e aplicação, àqueles encarregados de manipulá-lo, iniciação, prolongados estudos e constante experiência do fenômeno jurídico.”

(...)

“Não basta ter na mente a idéia do direito ou continuamente na boca o seu santo nome como adverte WILHELM SAUER. É indispensável, para a prática do direito, exercício, arte, genialidade, horizonte, sentido de justiça, objetividade, auto-crítica e intuição em todas as situações, um coração aberto para todos os homens⁽⁸⁾.”

“A técnica jurídica, como uma sucessão de operações metódicas que adaptam os meios adequados aos fins propostos⁽⁹⁾ para a sua correta

(7) Cf. VILHENA, Paulo E. Ribeiro de *Estrutura Orgânica da Justiça do Trabalho*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 7, n° 30, abr./jun. 1971, p.121-130.

(8) “Auf die Rechtsidee zu verweisen und ihren heiligen Namen fortwährend in Munde au führen, ist freilich leicht; nach ihr zu entscheiden und nach ihr zu handeln, erfordert Übung, Kunst, Gemäßtät, Weiblick, Gerechtigkeitssinn, Objektivität, Selbstkritik, Einfühlung in alle Lagen, ein warmes Herz für alle Menschen” - SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Prozessrechtslehre*. Berlin-München: Carl Heymanns, 1951, p. 17, n° 4.

(9) Cf. LACAMBRA. Luiz Legas. *Filosofia do direito*. Barcelona: Bosh, 1953, p. 67, n. 9.

aplicação, exige longo aprendizado e diuturno trato com o complexo fenômeno da dinâmica jurídica.”

“Assim se requer no que toca aos princípios gerais de direito, à apreensão global e teleológica do mundo jurídico, aos conceitos jurídicos fundamentais, como se requer nas áreas de aplicação das diversas disciplinas jurídicas, como adequação de meios de realização da idéia do Direito.”

“Em um suposto de maior ou menor teor de maturidade histórico-sociológica, não foge a esse imperativo o Direito do Trabalho.”

(...)

“A manipulação de conceitos jurídicos, de relações jurídicas e de institutos jurídicos, em sua dinâmica, por leigos, não passa de consagração do empirismo na tarefa mais angustiante da vida judicante que é o revestir com exatidão o fato controvertido em regra jurídica.”

“Em princípio, afigura-se contra-indicado o exercício da função jurisdicional, isto é, a entrega de uma parcela, mínima que seja, de poder judicante a pessoa que não se tenha tecnicamente preparado para isto e que formal ou materialmente não seja portadora de certos requisitos que a desvinculem do jogo de interesses objetos de julgamento.”

“Advertir-se-á: a representação classista poderá recrutar-se entre profissionais liberais habilitados.”

“Seria o argumento do paradoxo dada a raríssima coincidência da indicação do juiz classista na pessoa de um advogado. E este não seria, a rigor, um classista, o representante de sua classe, pois esta qualificação, dentro do quadro de empregados e de empregadores, exclui o exercício de atividade judiciária ou jurídico-consultiva, pois a **profissionalidade**, de que cuida a lei (CLT, art. 530, III) supõe integração na atividade econômica a que, como empregado ou empregador, se tenha dedicado e que facultará a sindicalização.”

“A atividade profissional, em si, porém, pergunta-se, contém justificativa para incorporar-se na atividade jurisdicional do Estado?”

“Sustenta-se que o juiz classista (representante de empregados ou de empregadores), ao participar de um Tribunal do Trabalho, traz a contribuição de sua experiência pessoal e profissional ou de seus conhecimentos técnicos específicos, que melhor conduzem a uma correta solução do caso a decidir.”

“Tenha-se em mente que o conhecimento técnico-profissional, em si, é um dado neutro, desinteressado.”

“Quando, entretanto, esse conhecimento se aplica em função de situações globais radicalmente conflitantes, como se verifica nos dissídios entre empregados e empregadores, ele se contamina e se cobre do interesse profissional de uma dessas categorias e se deforma, com ver, aqui, o juiz classista, a matéria submetida a seu julgamento, sob o prisma de uma ideologia profissional sedimentada - a que o fez assentar na cadeira judicante

do tribunal.”

(...)

“Se as categorias sindicais são reunidas em razão e para a defesa de seus interesses profissionais e se, dentro do espírito dessa defesa, são designados seus representantes classistas, evidentemente, ao participarem de julgamentos, não poderão desvencilhar-se da capa ideológica, que constitui sua formação ética e explica a sua presença na sala de julgamentos.”

(...)

“O que se deve examinar não é a qualidade em si do sistema paritário, mas o quanto contribui ou não para o regular funcionamento das instituições em que se acha inserido.”

“Uma indagação é radicalmente cabível: a participação de juízes classistas leigos, sem lastro jurídico, na operação informativa e constitutiva de sentença em dissídios individuais e coletivos jurídicos⁽¹⁰⁾ sobretudo quando as matérias técnicas submetidas aos tribunais se avolumam e se intrincam, (...) será essa participação infensamente admissível?”

“Se, nesses casos a participação do juiz classista é meramente nominal, ou se deixa ele orientar pelo togado que compõe o colégio,” (ou pelo assessor...) “então vem a ser uma ficção.”

“Se porém, atua, na acepção de operação julgadora, fá-lo deficitariamente, com os elementos informativos de que dispõe.”

“Se assim se dá, admite-se que ao invés de a representação classista como parte de órgão judicante, sustenta a higidez do sistema judiciário trabalhista brasileiro, ao contrário, escora-se ela em sua linha central de juízes, os magistrados togados” (ou em assessores....). “A visibilidade do desgaste institucional, nos resultados judiciais, está a vista.”

Vista ao nível institucional e como composição operativa, ganha a representação classista nos Tribunais feição iniludivelmente parasitária e hoje representando até um peso compacto de desejos e posições políticas.

“Por um lado, pondera-se que a linha de tradição na formação e no desenvolvimento das instituições estatais não traduz uma mentira. Seria tão anti-sociológico admiti-lo, como anti-sociológico seria *ex-abrupto* romper com essa tradição.”

“Mas as instituições, em sua organização, em seu funcionamento, para que estejam sempre rentes à realidade e cumpram os fins para os quais foram criadas, não podem escapar à mecânica de sua própria evolução e de seu aperfeiçoamento.”

(10) Cf. ainda STAFFORINI, Eduardo R. *Derecho procesal social*. Buenos Aires: Ed. Argentina, 1955, p. 59 e ss. e TISSEMBAUM, Mariano. *Las controversias del trabajo: la huelga y el lock out ante el derecho*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1952, p. 29 e ss.

(...)

“Se não se recomenda o “brusco rompimento com a tradição”, o aperfeiçoamento da Justiça do Trabalho compreenderá uma gradativa alteração na composição de seu órgão e uma sucessiva redefinição das funções atribuíveis aos representantes classistas de empregados e de empregadores.”

Passando às conclusões a que se chegou naquela oportunidade, voltamos a insistir:

“Se se está no espírito manter a representação classista nos tribunais do trabalho, seja em razão de: a) preservar a confiança das classes litigantes nos órgãos judiciais, criados para dirimir conflitos; b) conservar-lhes o caráter de órgãos semiprofissionais ou diretamente ligados aos interesses profissionais das partes ou c) preservar áreas de prestígio político ou de formação de lideranças sindicais vinculadas ao Estado, no exercício de umas de suas mais altas funções, que é a de aplicar a lei e realizar a justiça, é indispensável se observem certos limites, de fundo negativo uns e de natureza positiva outros, tais como:

1º) circunscrever ao máximo a função informativa dos chamados juízes classistas como elemento fundamentador de conclusões decisórias. A informação terá caráter de assessoria e se restringirá ao seu conteúdo fático;

2º) desvincular do juiz classista não só as questões jurídicas que demandam técnica específica e posição equidistante no ato de decidir, como quaisquer pronunciamentos que importem em conseqüências jurídicas naquele ato.”

No plano organizativo, obter-se-ão tais *desiderata*, mas com as seguintes diretrizes:

“a) mantendo-se os vogais (hoje juízes classistas), em primeira instância, como órgãos auxiliares do juiz na proposta de acordos e para o esclarecimento das partes, com atribuições de natureza meramente informativa. Como assessores profissionais, sua participação no processo tem conteúdo apenas preliminar ou introdutório, e não envolverá ato formativo” ou procedimental nem no “do convencimento da sentença e menos ainda de natureza decisória;

b) nos Tribunais Regionais e no Superior do Trabalho, a função de assessoria exercer-se-á por pessoas, uma da classe dos empregados, outra da classe dos empregadores, com a atribuição de emitir “o ponto de vista da respectiva classe”, no proceder, sem qualquer participação em atos ou sessões de julgamento.”

E para que a Justiça do Trabalho suporte sua missão histórica e sua limpidez institucional, é indispensável que se proceda a uma revisão geral dentro de sua linha retrospectiva, através da qual buscará, em suas origens, em suas formas puras e no jogo aberto de suas intenções, o cumprimento da

verdadeira finalidade sociológica, histórica e econômica, em razão da qual foi instituída.

9. A convivência com o tempo na escalada histórica de anos inúmeros que se sucedem acaba por tornar-nos estranhos a nós mesmos e nos faz até voltar para a grave dúvida exteriorizada imortalmente por MACHADO DE ASSIS em seu célebre **Soneto de Natal**:

“Escolheu um soneto... A folha branca Pede-lhe a inspiração; mas frouxa e manca. A pena não acode ao gesto seu.

E, em vão lutando contra o metro adverso, Só lhe saiu este pequeno verso: “Mudaria o Natal ou mudei eu?”

A Justiça do Trabalho e a Imperiosa Necessidade de sua Reforma

EUGÊNIO ROBERTO HADDOCK LOBO

A Justiça do Trabalho e a Imperiosa Necessidade de sua Reforma

I - Crise Institucional e Estrutural

Fala-se em crise da Justiça do Trabalho, como se possível fosse isolá-la da crise do Poder Judiciário, ou da crise maior que incide nos demais Poderes da República, estereotipada na macrocefalia do Estado moderno, como faz ver a professora e jurista ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“A tradicional crise estrutural: a macrocefalia do Estado moderno. Tem sabor de lugar comum a afirmação de que o crescimento do Estado moderno, com sua inevitável tendência ao intervencionismo, tem-no levado a um inchaço exagerado, inelutavelmente de ineficiência crônica. Disso não se salva o Poder Judiciário, cada vez mais pesado em suas estruturas dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários.⁽¹⁾

Dessa opinião não discrepam ADAUTO ALONSO SUANNES, MIGUEL SEABRA FAGUNDES, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e MAURO CAPPELLETTI.⁽²⁾

II - O Aparelho Judiciário Trabalhista

Não funciona eficazmente. E não funcionará eficientemente por mais dotado que venha a ser de instrumentos tecnológicos, de material e de pessoal, enquanto não se debelar o congestionamento dos órgãos da Justiça do

(1) Cfr. Anais da XIII Conferência Nacional da OAB.

(2) Cfr. ob. cit..

Trabalho, notadamente nos grandes centros urbanos, gerado, dentre outros fatores, pela migração rural, aliada à desmesurada e descontrolada concentração urbana⁽³⁾, concausa da delonga no julgamento dos feitos, que se arrastam, em determinadas Regiões, por anos a fio, até o trânsito em julgado das decisões finais

Também não será resolvido o apontado fenômeno do esclerosamento da máquina judiciária trabalhista apenas com a criação de novas Juntas e Turmas. Mas também é certo que o aumento vegetativo da população, em muitas Regiões, ainda está a clamar por essas medidas de caráter emergencial.

Com o precípua e inadiável objetivo de desacumular as pautas, na mesma linha de prioridade, colocamos, na ordem do dia *a alteração da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a implantação de órgãos paritários nas empresas, com o desiderato primordial de conciliar dissídios individuais de trabalho, o aprimoramento do incipiente sistema processual, glosando sobretudo recursos repetitivos, a reformulação da arcaica estrutura da Organização Judiciária Trabalhista, com a conseqüente desburocratização dos serviços forenses, através de métodos de racionalidade e padronização já levados a efeito em algumas secretarias de várias Regiões*

III - Da Lei Orgânica da Magistratura Nacional

Persistem os inconvenientes dessa retrograda e desajustada lei da realidade da distribuição da Justiça (verdadeira camisa de força da magistratura brasileira). São flagrantes na área da Justiça do Trabalho e podem ser resumidos, dentre outros, nos seguintes aspectos negativos:

a) - a compensação dos processos não julgados pelo juiz que entra em férias ou que, por outra razão, se afasta por mais de trinta dias, quebra a celeridade processual, seja porque anulam-se os votos já preparados dos relatores ou revisores, pela redistribuição a outros magistrados, seja porque, ao retornar ao serviço, deve o magistrado afastado receber carga de processos compensatórios dos redistribuídos, passando a trabalhar em dobro, com prejuízo do rendimento e da qualidade dos atos processuais, notadamente das decisões,

b) - atraso na solução dos feitos e reflexo na uniformidade da jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas, pela proibição de convocação de juizes de primeiro grau para compor as vagas dos que estão em férias obrigatórias de sessenta dias, ou de licença muitas vezes superior a tal prazo, fato que passam a funcionar, não raro, com três membros, um togado na

(3) HÉLIO SABOIA RIBEIRO DOS SANTOS, *Justiça Social e uso do Solo Urbano*, Tese aprovada pela IX Conferência Nacional da OAB/RJ

presidência e dois classistas no plenário.⁽⁴⁾

É verdade que a LOMAN em vigor minimizou a regra da convocação de juiz da primeira instância, mas não eliminou a teratologia da transformação das Turmas em verdadeiras Juntas de Conciliação e Julgamento, geralmente compostas pelo triunvirato acima assinalado, na medida em que, completado o *quorum* de julgamento dos integrantes do Tribunal, passarão tais Turmas a funcionar, nos casos restritos de suspeição ou impedimento, com um Juiz togado e dois classistas, a manter-se o art. 118 e parágrafos da vigente LOMAN.

IV - Das Comissões Paritárias de Conciliação Prévia

O recente e projetado diploma, oriundo do TST, atendeu, em parte, as observações formuladas pela Academia Nacional de Direito do Trabalho, entre as quais merecem destaque as que se seguem:

“Em uma das assembléias gerais da Academia Nacional de Direito do Trabalho, o jurista e advogado Ministro Arnaldo Süssekind fez ver que, a partir de outubro de 1980, agravou-se o congestionamento dos órgãos da Justiça do Trabalho, em que pese as estatísticas oficiais terem revelado que, no exercício de 1981, pereceram, sem julgamento, 73,54% (setenta e três vírgula cinquenta e quatro por cento) das reclamações.

Logo, é evidente - assevera Süssekind - que, com a implantação de Comissões Paritárias de Conciliação no âmbito das empresas, o número de ações trabalhistas distribuídas em progressão geométrica fatalmente seria reduzido e o índice de reclamações conciliadas, muitas delas temerárias, aumentaria na mesma proporção, com a conseqüente economia de gastos provocados pelo desmedido acionamento dos órgão da Justiça do Trabalho, com o que se logrará obviamente maior rapidez na prestação jurisdicional. Sublinhe-se que o procedimento prévio da conciliação nas empresas, como prefase obrigatória de composição de conflitos individuais de trabalho, é velho na comunidade européia, e nela funciona eficazmente. No Brasil este tipo de procedimento certamente encontraria fértil campo para também operar com eficiência, tal como vem ocorrendo com a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), fato, aliás, que levou o jurista Luiz José de Mesquita a sugerir a criação de órgãos semelhantes para prevenirem e solucionarem dissídios individuais do trabalho”.

Pena é que os ilustres componentes da Comissão do TST, que elaboraram o Anteprojeto Prévio de Reforma da Legislação Trabalhista Processual, tenham desprezado, no regramento do instituto (Arts. 60/67),

(4) Cf. *A Reforma de Legislação Trabalhista*, de WAGNER D. GIGLIO, pub. na LTr 45-9/1.025/1.030.

substitutivo ao arquivado projeto de Lei Chiarelli, redigido pelo exemplar Ministro Arnaldo Süssekind e endossado pelos demais membros da Comissão designada pela Academia Nacional de Direito do Trabalho, composta pelo mencionado jurista e pelos Ministros Segadas Vianna, de saudosa memória, e o expositor desta conferência. Eis porque sugere-se a compatibilização do regramento do Anteprojeto do TST, no tocante às Comissões Paritárias Prévias, com o predito Substitutivo, ora reproduzido literalmente:

“Art. 1º. As empresas com mais de 80 (oitenta) empregados manterão em caráter permanente uma comissão, de composição paritária, destinada a apreciar questões disciplinares, a conciliar dissídios individuais de trabalho e a interpretar no âmbito de sua jurisdição as cláusulas de convenção ou acordo coletivo de trabalho.

§ 1º. Quando a empresa contar com mais de um estabelecimento a regra do artigo aplica-se a cada unidade, se nela for ultrapassado o limite de 40 (quarenta) empregados.

§ 2º. Nas empresas de menor porte a constituição da Comissão Paritária dependerá do acordo nesse sentido celebrado entre o empregador e os empregados.

Art. 2º. A Comissão Paritária concorrerá para o bom relacionamento entre os trabalhadores e a direção do empreendimento, objetivando a observância da legislação protetora do trabalho e o desenvolvimento da empresa, dentro de um espírito de colaboração.

Art. 3º. Compete à Comissão Paritária:

I - conhecer e conciliar os dissídios individuais no âmbito da empresa;

II - acompanhar os procedimentos rescisórios dos créditos trabalhistas devidos ao empregado, especialmente no caso de despedida imotivada;

III - pronunciar-se, quando requerida, sobre a aplicação dos créditos legais e regulares de promoção;

IV - diligenciar junto à direção da empresa para a exata observância das normas trabalhistas e previdenciárias, o fiel cumprimento dos contratos de trabalho e das regras estabelecidas nas convenções coletivas de trabalho;

V - colaborar na elaboração dos estatutos e dos regulamentos de pessoal da empresa ou de instituições de caráter social.

Art. 4º. As Comissões serão constituídas por dois dirigentes da empresa ou por igual número de prepostos e por dois empregados indicados pelo sindicato da categoria, preferencialmente escolhidos em razão dos conhecimentos especializados sobre matéria trabalhista e da antiguidade na empresa.

§ 1º. Em tal assembléia, poderão votar e ser votados todos os empregados da empresa.

§ 2º. Dar-se-á preferência, em caso de empate, aos trabalhadores mais antigos e titulares de maiores conhecimentos sobre a matéria trabalhista.

Art. 5º. As propostas das Comissões Paritárias, quando aceitas pelo empregado e pelo empregador, consubstanciarão decisões que terão plena eficácia jurídica, sendo insusceptíveis de revisão, salvo se importarem em desrespeito à Constituição, violação da lei ou manifesto prejuízo do empregado.

§ 1º. Quando o empregador convier no acordo não poderá pleitear judicialmente sobre a matéria, salvo em reconvenção.

§ 2º. As decisões das Comissões Paritárias, aceitas pelas partes, poderão ser levadas à homologação da Justiça do Trabalho, conforme o caso, desde que seus efeitos interessem a terceiros.

Art. 6º. Nenhuma penalidade disciplinar será aplicada pelo empregador sem que haja ouvido o empregado sobre a falta que lhe é imputada.

§ 1º. Aduzida a defesa, o empregador, após ouvir o superior hierárquico do acusado, se entender necessário, reduzirá a termo sua decisão.

Art. 7º. As Comissões Paritárias farão extratos das questões examinadas, de que serão dadas cópias ao empregado e ao empregador.

§ 1º. Em caso de não se lograr acordo e havendo reclamação judicial, o extrato instruirá obrigatoriamente o pedido inicial, servindo de elemento de convicção para o julgador.

§ 2º. O Poder Executivo expedirá, no prazo de 30 (trinta) dias, um formulário padrão do extrato de que trata o artigo.

Art. 8º. A Comissão Paritária reunir-se-á por solicitação de qualquer empregado da empresa para conhecer de caso concreto, ou a requerimento do empregador.

Art. 9º. O empregador deve assegurar, um mínimo de 24 (vinte e quatro) horas por mês, aos empregados que integram a Comissão Paritária, para que possam realizar suas atividades, sem prejuízo dos salários, e sempre que o volume de serviço da Comissão o exigir.

Art. 10. Os membros da Comissão Paritária, representantes dos empregados, terão mandato de 3 (três) anos.

Parágrafo único. Os representantes dos empregados não poderão ser reconduzidos por mais de uma vez e a eles aplicam-se as disposições do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 11. Compete à empresa, nas condições desta lei, fixar o lugar do funcionamento da Comissão Paritária, assegurando as condições para o desempenho da tarefa a ela atribuída.”

V - O Aprimoramento do incipiente Processo Trabalhista

Juizados especiais de pequenas causas

Sugere-se, onde couber no texto do Anteprojeto do TST a criação desses Juizados, o que se propõe estribado na fundamentação sustentada pelo jurista Benedito Calheiros Bonfim, ora reproduzida *in verbis*:

“O art. 98 da Constituição de 1988, ao prever a composição de “juizados especiais provido por juizes togados, ou togados e leigos” para apreciação de pequenas causas, admitiu a possibilidade da instalação de juizados análogos nas Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho.

Inspirado no modelo teórico da Justiça do Trabalho, o Código de Processo Civil perfilhou muitos de seus procedimentos, inclusive a busca da conciliação.

Os critérios que presidiram à formação da Justiça do Trabalho são, em boa parte, os mesmos que motivaram a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei 7.244, de 7.11.84), destinados a viabilizar as demandas de reduzida expressão pecuniária, que, até então, compunham uma litigiosidade potencial, contida pela impossibilidade de acesso dos interessados ao Judiciário tradicional, em razão do alto custo dos serviços deste”.⁽⁵⁾

VI - Do Mérito Propriamente dito Do Anteprojeto do TST

Admite-se, como procedente, apenas parcialmente, a crítica feita ao 1º do art. 3º, pelo processualista Manoel Antonio Teixeira Filho, no sentido de que se desvincule o valor da multa do salário mínimo, porque inconstitucional tal vinculação, substituindo-o por uma quantia equivalente a 5 (cinco) salários contratuais.

Em conseqüência, o § 1º do art. 3º do Anteprojeto passaria a ter a seguinte redação:

“Considerado existente o abuso de direito, o juiz aplicará, na sentença, multa ao litigante que o praticou, até o limite de 5 (cinco) TRs, em benefício do adversário”.

Outrossim, admite-se a não incidência da multa sobre a parcela salarial objeto da condenação, razão pela qual o § 2º do art. 3º do Anteprojeto mereceria a redação que se segue:

“Quando houver condenação parcial e o juiz reconhecer abuso de direito por parte do reclamante, poderá determinar seja deduzido da condenação o valor da multa, *desta excetuada as parcelas de cunho salarial*”.

Por outro lado, o art. 10 do Anteprojeto está a merecer reformulação

(5) Cf. *Crise da Justiça do Trabalho e a Codificação do Processo*, Ed. Trabalhistas S/A.

nos moldes da proposição do Professor Arion Sayão Romita, já aprovada pela Comissão Permanente de Direito do Trabalho do IAB, nos seguintes termos:

“Art. 10. Os sindicatos de empregados e os de servidores públicos têm legitimidade para defender, em juízo, os direitos supra-individuais dos integrantes das respectivas representações, assim entendidos os de natureza homogênea e de origem comum, independentemente da outorga de poderes pelos interessados.”

Os parágrafos não devem sofrer alteração.

Justifico a sugestão.

O texto no projeto autoriza o sindicato a “defender, em juízo, os interesses”, de modo amplo.

Na verdade, a autorização deve restringir-se aos “direitos” supra-individuais, a exemplo da previsão contida no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990).

Oportuno se torna, em consequência, esclarecer que por “direitos supra-individuais” devem ser entendidos os de natureza homogênea e de origem comum, com o que o dispositivo em foco ganhará perfeita exequibilidade e impedirá o ajuizamento de demandas desarrazoadas, o que certamente ocorrerá se for mantida a redação original”.

Impõe-se, de outra parte, a reformulação dos arts. 60 a 67, nos moldes preconizados pelo Substitutivo elaborado pela Comissão designada pela Academia Nacional do Direito do Trabalho e presidida pelo Ministro Arnaldo Süssekind, que o redigiu, levando-se em conta os fundamentos fáticos e jurídicos preambularmente explicitados.

Sugere-se, no tocante à prova pericial (Seção IV), a adoção do regramento inserido na recente Lei nº 8.455, de 24/8/92, *in verbis*:

“Art. 1º. Os dispositivos a seguir enumerados, da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 138 . . .

III - ao perito:

. . .

Art. 146. . .

Parágrafo único. A escusa será apresentada dentro de cinco dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se recusar o direito a alegá-la (art. 423).

. . .

Art. 421. . .

§ 2º. Quando a natureza do fato permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem

informalmente examinado ou avaliado”.

“Art. 422. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição”.

“Art. 423. O perito pode escusar-se (art. 146), ou ser recusado por impedimento ou suspeição (art. 138, III); ao aceitar a escusa ou julgar procedente a impugnação, o juiz nomeará novo perito”.

“Art. 424. O perito pode ser substituído quando:

I - . . .

II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado

Parágrafo único. No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor de causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo

“Art. 427. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”

“Art. 433. O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento”

“Parágrafo único. Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de dez dias após a apresentação do laudo, independentemente de intimação”

“Art. 2º. Esta Lei entra em vigor quinze dias após a data de sua publicação”

“Art. 3º. Ficam revogados os arts. 430 e 431, e o Parágrafo único do art. 432, da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, bem como as disposições em contrário”.

A consagração dessas modificações introduzidas no CPC, evitaria o abuso das perícias, denunciado, com requintes de detalhes, pelo jurista Benedito Calheiros Bonfim na parte introdutória ao mencionado livro **“A Crise da Justiça do Trabalho e a Codificação do Processo”**

A despeito da opinião em contrária do insigne processualista Manoel Antonio Teixeira Filho, entendemos, com a devida vênia, que o procedimento extraordinário, disciplinado nos arts. 137/145, concorrerá para imprimir maior celeridade aos feitos trabalhistas

A prática do procedimento extraordinário evidenciará a sua compatibilização com o rito sumário, a ser imprimido nas causas de pequeno valor, tal como previsto no art. 137 do Anteprojeto, assim redigido:

“Art. 137. Nas causas de valor até 29 (vinte salários mínimos, vigentes à data do ajuizamento, sendo líquido o pedido adotar-se-á o procedimento extraordinário)”.

Para o fiel cumprimento das regras inseridas nos arts. 137 a 142, poder-se-á criar ‘JUIZADOS ESPECIAIS DE PEQUENAS CAUSAS’, como acima sugerido.

Recomenda-se que se endosse parte das sugestões alvitadas pelo juslaborista Benedito Calheiros Bonfim, no que se refere ao recurso de embargos, vazadas nos seguintes e expressivos termos:

“Como se não bastasse, há ainda o recurso de embargos, cabíveis, inclusive, “das decisões das Turmas contrárias à letra de Lei Federal ou que divergirem entre si, ou da decisão proferida pelo Tribunal Pleno, salvo se a decisão estiver em consonância com a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho” (CLT, art. 894, b). Vale dizer: fundamentos que servem de base ao recurso de revista justificam, por igual, a interposição dos aludidos embargos!

Impõe-se uma reformulação processual para vedar, também, seja dado efeito suspensivo aos recursos endereçados ao TST, facultando-se, sempre, a execução provisória da sentença, com o que se desestimulariam os apelos recursais protelatórios.

Força é convir que, por mais numerosa que seja a composição da mais alta Corte de justiça trabalhista - hoje, integrada por 27 membros - lhe é inviável dar vazão aos processos que ali transitam, não só pelo seu volume avassalador, como principalmente pelas facilidades recursais que propiciam o acesso das partes àquela instância.

Só uma modificação da disciplina processual, visando a restringir recursos, será capaz de normalizar o funcionamento do Tribunal Superior do Trabalho, o que jamais será alcançado pelo número e operosidade de seus componentes, unicamente.

A Procuradoria do Trabalho que, por desaparelhada, concorre para aumentar o congestionamento processual, não deveria ser ouvida nos agravos de petição e agravos de instrumento e, quanto a outros recursos, somente oficiariam naqueles que envolvessem interesses da União, Estados e Municípios, menores e incapazes, alegação de inconstitucionalidade, ofensa à coisa julgada.⁽⁶⁾

De outra parte, merece plena aceitação a crítica endereçada, pelo Professor Manoel Antonio Teixeira Filho, ao § 3º do art. 155 do Anteprojeto, expressa nos enfáticos termos:

“Art. 155, § 3º. Dispõe que, sendo líquida a condenação, o juiz

(6) Cfr. ob. cit. Ed. Trabalhista S/A.

arbitrará o seu valor, para efeito de custas e de depósito, “respeitado como limite máximo o valor da causa”. (Sublinhamos)

Venia permissa, mesmo que o pedido deva, em regra, ser líquido (art. 171) e possa o juiz modificar, *ex officio*, o valor da causa (art. 75, § 1º), nada justifica o critério adotado pelo art. 155, § 3º, pois, apesar disso, não se pode confundir o valor atribuído à causa como o que deva ser arbitrado à condenação. Há casos em que os elementos dos autos autorizam o arbitramento do valor da condenação muito acima daquele que se deu à causa. A norma *sub examen*, se prevalecente, retirará do juízo a possibilidade de fazer com que o *quantum* arbitrado à condenação reflita, com o máximo de fidelidade, a real expressão monetária dos pedidos deduzidos pelo autor.

Extirpe-se, portanto, do texto, o § 3º do art. 155. ⁽⁷⁾

Por sua vez, os arts. 176 e 180, III, estão a merecer reformulação nos moldes preconizados pelo Professor Manoel Antonio Teixeira Filho. ⁽⁸⁾

Outrossim, sugerimos, onde couber, a inserção, no Anteprojeto, das alterações introduzidas, pela Lei nº 8.432, de 11.6.92, nos arts. 879, 882 e 897 da CLT, assim redigidas:

“Art. 879.

§ 1º. Na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar, a sentença líquidanda, nem discutir matéria pertinente à causa principal.

§ 2º. Elaborada a conta e tornada líquida, 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.

“Art. 882. O executado que não pagar a importância reclamada poderá garantir a execução mediante depósito da mesma, atualizada e acrescida das despesas processuais, ou nomeando bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 655 do Código de Processual Civil.

...

“Art. 897. Cabe agravo no prazo de 8 (oito) dias:

a) de petição das decisões do Juiz ou Presidente, nas execuções;
b) de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de recursos.

§ 1º. O agravo de petição só será recebido quando o agravante delimitar, justificadamente, as matérias e os valores impugnados permitida à execução imediata da parte remanescente até o final, nos próprios autos ou por carta de sentença.

(7) Cfr. LTr 56-02/142/143, vol. 56, nº 2, Fevereiro de 1992.

(8) Cfr. fls. 143 da LTr 56-02-143, vol. 56, nº 2 de Fevereiro de 1992.

§ 2º. *O agravo de instrumento interposto contra o despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução da sentença.*

§ 3º. *Na hipótese da alínea "a" deste artigo, o agravo será julgado pelo próprio Tribunal, presidido pela autoridade recorrida, salvo se tratar de decisões do Presidente da Junta ou do Juiz de Direito, quando julgamento competirá a uma das Turmas do Tribunal Regional a que estiver subordinado o prolator da sentença, observado o dispositivo do art. 679 desta Consolidação, a quem este remeterá as peças necessárias para o exame da matéria controvertida, em autos apartados, ou nos próprios autos, se tiver determinado a extração de carta de sentença.*

§ 4º. *Na hipótese da alínea "b" deste artigo, o agravo será julgado pelo Tribunal que seria competente para conhecer o recurso, cuja interposição foi denegada".⁽⁹⁾*

Merecem endosso as críticas formuladas, pelo Professor Manoel Antonio Teixeira Filho, aos arts. 223, 237 e 239 do Anteprojeto.⁽¹⁰⁾

Sugere-se que seja considerada a crítica emitida pelo Professor Manoel Antonio Teixeira Filho, aos arts. 257 e 260, § 2º, do Anteprojeto.⁽¹¹⁾

Perfilhamos, no particular, a observação crítica do jurista Benedito Calheiros Bonfim, endereçada ao antecedente Anteprojeto, também do TST, nos seguintes e enfáticos termos:

"Entendemos que os dissídios coletivos, dada a relevância dos interesses que envolvem, a exigirem solução imediata, deveriam comportar, apenas, embargos infringentes para o próprio Tribunal que os julgou, com base no voto vencido, somente subindo à apreciação do Tribunal Superior do Trabalho, em grau de recurso, em casos de afronta à Constituição Federal, à Súmula ou Prejulgado".

Por igual, adotamos, sem restrições, as críticas feitas pelo Professor Manoel Teixeira Filho aos arts. 341, § 1º, e 351 do Anteprojeto em causa, merecendo, pela imperiosa necessidade de correção daqueles dispositivos que reproduzem regras incompatíveis com o rito da ação coletiva de trabalho, ora literalmente transcritas:

"Art. 341, § 1º. Faculta ao Presidente do Tribunal Superior do Trabalho dar a requerimento do interessado, efeito suspensivo ao recurso ordinário interposto, no tocante às cláusulas que tenham sido rejeitadas por aquele Tribunal em dissídio da categoria, ou que contrariem a lei ou a Constituição "extravasando os limites do poder normativo da Justiça do Trabalho".

Divergimos quanto à possibilidade de ser concedido efeito suspensivo

(9) Cfr. *Jornal Trabalhista*, ano IX, nº 408, junho/92, p. 673.

(10) Cfr. LTr 56-02-145, vol. 56, nº 02, fevereiro de 1992.

(11) Cfr. LTr, 56-02-146 e 147, vol. 56, nº 02, fevereiro de 1992.

ao recurso, no que tange à cláusulas que tenham sido rejeitadas pelo Tribunal, no julgamento da ação coletiva anterior.

Quer nos parecer que isso configura uma usurpação, pelo Presidente da Corte, da competência do órgão colegiado, que, como sabemos, não está obrigado a manter o mesmo entendimento manifestado no julgamento pretérito, ainda que o dissídio dissesse respeito às mesmas categorias.

Se a matéria apreciada estivesse cristalizada sob a forma de Precedente do Tribunal Superior do Trabalho, a impressão de efeito suspensivo ao recurso seria, de algum modo, defensável, justamente pelo fato de a opinião da Corte já estar consolidada”.

“Art. 346. Declara que o deferimento da cláusula, por força do recurso, torna a nova condição vigente, apenas, a partir da data do julgamento, desta vez quanto às cláusulas concorrentes a reajuste salarial. A despeito disso, a regra é perversa, por quanto, uma vez respeitado o prazo assinado pelo art. 327, *caput*, no mesmo texto, os trabalhadores não podem ser prejudicados pela tardança no julgamento da ação coletiva. É verdade que o art. 346 se articula com o art. 327, § 3º, do mesmo anteprojeto, que, como demonstramos, determina a aplicação, à categoria profissional, das cláusulas insertas no instrumento normativo anterior, enquanto não for julgada a ação coletiva. Isso, porém, não repara a injustiça. Melhor teria sido que se dispusesse que o deferimento de cláusula, *ex vi*, de recurso, tornaria a nova condição exigível desde o início da vigência do último pronunciamento normativo, de sorte a impedir a solução de continuidade entre um instrumento normativo e outro”.

“Art. 351, parágrafo único. Autoriza o empregador a dispensar, com justa causa, os trabalhadores que tenham participado de greve, sempre que esta for julgada abusiva.

Data venia, o que deve determinar a justa causa para o despedimento do trabalhador não é a simples participação na greve, mas, sim, a sua conduta durante esse período. Não podemos concordar, de modo algum, com a regra consagrada pelo dispositivo em exame. A participação pacífica do trabalhador, nos denominados “movimentos paredistas”, não pode, por si só, constituir motivo legal para a ruptura, com justa causa, do contrato de trabalho. O trabalhador não pode ser subjetivamente responsabilizado por ato eventualmente contrário ao direito, praticado pelos dirigentes do sindicato ou mesmo por outro trabalhador.

Uma coisa é a greve, como fato social, sociológico ou jurídico, ser declarada abusiva, e outra a participação pacífica do trabalhador nesse movimento”.⁽¹²⁾

O art. 355 do Anteprojeto merece a crítica que lhe fez o nominado

(12) Cfr. LTr. 56-02-148, vol. 56, nº 2, Fevereiro de 1992.

processualista, que outra não é senão a que se segue:

“Art. 355, parágrafo único. Faculta ao juiz ordenar às partes a realização, por metade, do depósito prévio do valor que arbitrar como garantia dos honorários do perito.

Embora essa determinação corresponda a uma faculdade do magistrado, mesmo assim a inovação deve ser combatida, porquanto uma tal exigência fará com que o trabalhador fique impossibilitado de fazer uso de um meio de prova, técnico, de que necessite para demonstrar a veracidade dos fatos alegados em juízo. Que o trabalhador venha a ser condenado (logo, mediante sentença) ao pagamento dos honorários do perito, sempre que ficar vencido com relação ao objeto do exame, é algo que até se pode aceitar. A Súmula 236, do TST, a propósito, consagrou essa orientação. Exigir-se-lhe, todavia, que antecipe, ainda que “por metade”, o valor arbitrado como garantia dos honorários do experto, é ignorar a sua lastimável realidade social, é impedi-lo de ter acesso, com plenitude, ao devido processo legal (*due process of law*).

O perito, como auxiliar do juízo, deve aguardar, pacientemente, o trânsito em julgado da sentença para vindicar os seus honorários - do mesmo modo como o trabalhador, o sindicato, a União e outros aguardam a ocorrência desse fenômeno processual para poderem requerer a satisfação dos créditos que lhe correspondem.

O que o art. 355, parágrafo único, sob escólio, fez, na verdade, foi uma adaptação, desafortunada dos arts. 19 e 33, do digesto de processo civil em vigor, sem se dar conta de que, com isso, produziu um elemento perturbador dos princípios cinzeladores do processo do trabalho.⁽¹³⁾

Sem embargo das críticas oferecidas ao Anteprojeto do TST, há que se destacar que as regras, nele insertas, estão conformes com os princípios gerais que informam o processo do trabalho; de tal forma foram sistematizadas que dispensarão a permanente invocação subsidiária das normas do Código de Processo Civil que disciplinam a matéria, o que constitui, sem dúvida, aspecto altamente positivo na história do sistema jurídico-processual do trabalho.

É óbvio que as sugestões e proposições oferecidas ao projetado diploma do TST, bem como as críticas construtivas ao mesmo feitas, poderão servir de subsídios para a imprescindível reformulação do sistema processual trabalhista, ainda que o aludido anteprojeto do TST, a exemplo de outros, não seja encaminhado pelo Poder Executivo do Congresso Nacional.

VII - Imprescindível Desburocratização dos Serviços Forenses

A experiência demonstra que é possível consagrarem-se medidas que

(13) Cfr. LTr, fls. 56-02-148/149, vol. 56, nº 02, fevereiro de 1992.

racionalizem os serviços cartorários, substituindo os velhos e superados métodos de trabalho, por outros já postos em prática em algumas Regiões.

Na 1ª Região, algumas Secretarias que, por conta da visão e operosidade de seus titulares, modificaram suas antigas rotinas de trabalho, funcionam com presteza e eficiência, malgrado a carência de material e de servidores.

Seria o caso, quiçá, de criar-se uma Comissão de Alto Nível destinada a dinamizar os serviços forenses e administrativos da Justiça do Trabalho.

Com esse desiderato, alguns exemplos, já concretizados, com êxito, em determinadas Secretarias, podem ser destacados.

Quanto aos Procedimentos Judiciais

1.- Sempre que já deferidas provas, respeitados os prazos às partes, fica a Secretaria da Junta autorizada a juntar os respectivos róis de testemunhas, documentos, quesitos, indicação de assistentes, etc., independente de novo despacho, bem como intimar as testemunhas, dar vista dos documentos, notificar Peritos e Assistentes, etc.;

2.- Nos processos que retornem da Contadoria, a Secretaria dará vista dos cálculos às partes, ou cobrará o débito ainda existente, quando apenas referente a custas, sem qualquer despacho;

3.- Nos processos que haja certidão do Oficial de Justiça, ou do Correio, que importe em necessidade de iniciativa da(s) parte(s), a Secretaria notificará desde logo o interessado, para vista e manifestação;

4.- Da resposta dos ofícios expedidos, dará a Secretaria vista às partes independente de despacho, juntando-o aos autos;

5.- A Secretaria fará remessa dos autos à Contadoria sempre que assim justificar o prosseguimento normal do processo, fazendo constar dos autos a finalidade da remessa;

6.- Transitada em julgado a sentença, ou descumprido o acordo, após proferido o despacho, deverá a Secretaria providenciar o cumprimento de todos os itens da(o) mesma(o), iniciando pelas obrigações de fazer;

7.- As anotações de qualquer tipo a serem lançadas na Carteira de Trabalho, por força de acordo ou sentença, serão procedidas na Secretaria, sem necessidade de determinação a cada caso, mencionando-se no local próprio as razões que justificaram o lançamento;

8.- Quando a parte, após notificada para cumprir a sentença ou pagar qualquer débito, não cumprir o despacho, a expedição de mandado será automática, imediatamente após o vencimento do prazo;

9.- Os ofícios expedidos, quando não importarem quebra de hierarquia funcional, serão assinados pelo Sr. Diretor da Secretaria, fazendo-se constar os mesmos “De ordem do MM. Juiz”;

10.- As reinclusões dos processos em pauta, quando importarem no normal prosseguimento do mesmo, serão feitas independentemente de despacho, providenciando a Secretaria a notificação das partes e a intimação das testemunhas quando for o caso;

11.- A notificação para as audiências, seja inaugural ou não, ou para ciência de sentença, destinada à parte domiciliada fora dos limites da jurisdição da Junta, será feita por registrado postal com AR e as demais por meio de registrado normal;

12.- Paralisado o processo por mais de um ano, por falta de iniciativa do reclamante, serão os autos conclusos para remessa dos mesmos ao Arquivo”.

Quanto aos Serviços de Cunho Administrativo

1.- Implantação de máquinas nos protocolos, tomando-se como modelo a utilizada pelo Tribunal Regional da 1ª Região;

2.- implantação de computadores nas Secretarias e microfilmagem nos arquivos;

3.- simplificação do complicado sistema adotado pela Receita Federal para a fiscalização dos valores dos honorários e do correspondente imposto de renda retido na fonte;

4.- notificação concomitante das partes e de seus respectivos advogados para a ciência de todos os atos judiciais;

5.- padronização, através de impressos, de todos os atos rotineiros da Secretaria, dentre eles ofícios, notificações, intimações, citações, mandados executórios, Cartas Precatórias e Rogatórias, e Precatórios, a exemplo do que ocorre com as Secretarias de Juntas da Comarca de São Paulo;

6.- expedição de alvarás em nome do advogado, desde que possuam procuração com poderes para tal fim;

7.- as Secretarias deverão funcionar na parte da manhã apenas para a redação de reclamações verbais e recebimento de petições subscritas por advogados, designando-se, para tanto, um funcionário;

8.- as audiências de conciliação e julgamento deverão funcionar preferencialmente na parte da manhã.

Quanto ao Pessoal

1.- padronização dos concursos de provimento de cargos para os serventuários e interiorização desses concursos, devendo as matérias guardarem estreita correlação com os cargos a serem providos, a fim de evitar-se a aprovação de servidores despreparados para o mister a que se candidataram,

como é o caso de datilógrafos que sabem bater o teclado da máquina;

2.- maior divulgação dos concursos, cujos editais deverão ser também publicados em jornais de grande circulação nas cidades e no interior;

3.- cursos de treinamento para os serventuários aprovados nos concursos;

4.- manuais contendo as instruções básicas dos serviços das Secretarias, acompanhados de uma regulamentação padronizada desses serviços;

5.- lotação padronizada das Secretarias;

6.- divisão das Secretarias em setores: setor de protocolo, setor de audiências e setor de cumprimento de despachos, por exemplo;

7.- interligação da Corregedoria com as Secretarias, através de funcionário designado para tal fim, com o objetivo de preencher imediatamente os eventuais desfalques na lotação de cada uma delas;

8.- os diretores de Secretarias deverão ser escolhidos preferencialmente entre os servidores com mais de 5 (cinco) anos de serviço e que possuam diplomas de bacharel em direito, devendo a indicação para o preenchimento desses cargos partir dos Presidentes titulares das Juntas;

9.- criação de cargos de Contadores especializados no mister;

10.- realização de concurso para o preenchimento de cargos de oficiais de Justiça, geralmente improvisados na função.

No Tocante aos Magistrados

1.- cursos preparatórios para os que desejarem ingressar na carreira, tomando-se como parâmetro a Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro;

2.- concursos padronizados, extensivos ao interior, com ampla divulgação e maior rigor na seleção, notadamente na parte psicotécnica e na intelectual, pois os magistrados devem exercer a função com equilíbrio emocional e saber jurídico.

Conclusão

No exame da reformulação da Legislação Processual Trabalhista, chamamos a atenção dos estudiosos para os trabalhos, publicados na LTr de fevereiro de 1992, pelos juristas Amauri Mascaro Nascimento, Alcides de Mendonça Lima, Celso Neves, Irany Ferrari, Melquíades Rodrigues Martins, Isis de Almeida, Osires Rocha, Wagner D. Giglio, Cássio Mesquita Barros, Ives Gandra da Silva Martins Filho, Octávio Bueno Magano, por isso que esses trabalhos poderão, também, concorrer para almejada reforma da Justiça do Trabalho, no seu mais amplo espectro.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1992.

Algumas Reflexões Sobre o Devido Processo Legal

INDALÉCIO GOMES NETO

Algumas Reflexões Sobre o Devido Processo Legal *

Escolhi este tema a fim de que possamos sobre ele refletir, em face da sua fundamental importância no resguardo dos direitos e garantias fundamentais, e vejo no devido processo legal o verdadeiro veio de ouro que conduz à efetiva salvaguarda dessas garantias, como que a descortinar horizontes mais límpidos às gerações do terceiro milênio

Sabemos todos que a origem do devido processo legal despontou na Idade Média, através da Magna Carta, verdadeira conquista dos barões feudais saxônicos junto ao Rei João “Sem Terra”

Ao soberano, que governava com um absolutismo ilimitado e incontrolável, a nobreza opunha, pela primeira vez, o princípio da supremacia da lei sobre o poder da Coroa, afirmando-se, assim, o princípio da prevalência do Estado de Direito sobre o absolutismo do governante. É a partir desse 15 de junho de 1215 se estava lançando aos olhos da história da civilização princípios que haveriam de florescer em todas as constituições democráticas, tais como o da “conformidade com as leis, o do juiz natural, o da legalidade tributária e o instituto do *habeas corpus*”

Mas foi na antiga colônia inglesa, hoje Estados Unidos da América do Norte, em que o instituto “Do Devido Processo Legal” foi realmente embalado e criado com todo o vigor, de tal modo a ser incorporado à Constituição desse País, muito embora a sua evolução perpassasse o próprio sentido que a Constituição americana passou a assumir sob o influxo da significativa mudança do Estado liberal em Estado social, a revelar, já hoje, um novo relacionamento do Poder Público com os indivíduos e a sociedade

(*) Este artigo traduz uma palestra proferida em encontro de Magistrados do Trabalho da 9ª Região, em Londrina, Paraná, no dia 06 de setembro de 1992

civil. E neste evoluir do devido processo legal, situa-se em papel de relevo a atuação da Suprema Corte, em vários julgamentos históricos, refletindo uma visão do homem e do mundo acerca da liberdade e da solidariedade social nesse ocaso do século XX.

O processo civil brasileiro recepcionou à aplicação da garantia do devido processo legal, embora importe assinalar que a Constituição Federal anterior, não obstante assegurasse o direito ao contraditório e da ampla defesa (art. 153, 15 e 16), restringia essa garantia ao processo criminal.

A Constituição Federal de 1988 ampliou essa garantia ao assegurar no seu art. 5º, inciso LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em inciso anterior (XXXV, art. 5º, CF), está dito que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Observa-se, portanto, a existência de um verdadeiro binômio com relação aos pressupostos de existência do instituto: **Acesso a Justiça e o Devido Processo Legal**.

Portanto, só há a observância do devido processo legal quando este se desenvolve perante um juiz imparcial e independente.

Outra observação pertinente é a de que a existência ao devido processo legal só se materializa com a garantia de acesso à Justiça, como direito público subjetivo deferido a toda e qualquer pessoa submetida ao império de determinada ordem jurídica.

O art. 5º, LV, CF, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o princípio do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, ou seja, garante-se às partes a participação ativa no processo, oferecendo suas alegações destinadas a esclarecer e convencer, além da produção de todas as provas admitidas em direito.

É tarefa do direito processual regular os meios e as formas de acesso à Justiça, sem deixar de levar em conta o núcleo essencial do direito constitucional, que não pode ser redimensionado para menos, sob pena da norma processual ficar contaminada pela inconstitucionalidade.

Impõe-se observar que a referência, no preceito supracitado, “e recursos a ela inerentes”, não significa que o legislador constituinte assegurou amplamente o duplo grau de jurisdição, admissível, sem dúvida, mas nos casos e nas hipóteses previstos na Constituição e nas leis ordinárias que com ela não colidam.

O inciso XXXV, art. 5º, CF, estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Desse princípio extraem-se duas conclusões: a primeira é a de que toda lesão de direito, toda

controvérsia, portanto, poderá ser levada à apreciação do Poder Judiciário e este terá de conhecê-la, evidentemente, desde que respeitada a forma prevista de acesso a ele pelas leis processuais, como, por exemplo, a utilização da ação adequada, atendendo-se às condições desta e os pressupostos processuais.

Outro aspecto relevante é o de que a jurisdição só poderá ser exercida pelo Poder Judiciário e as exceções não infirmam esse princípio geral, como é o caso do julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade no âmbito do Congresso Nacional.

Por fim, ao contrário do que dispunha a Constituição anterior, a proteção não se limita ao direito individual, mas também aos direitos dos grupos, através dos procedimentos processuais apropriados.

Outra constatação é de que o texto constitucional atual, ao contrário do anterior, não se limita a colocar sob a proteção do Judiciário lesão a direito, mas também ameaça a direito, o que parece consagrar, de vez, as medidas cautelares que, a toda evidência, podem ser disciplinadas pela legislação infraconstitucional, garantia essa que, ao meu ver, não pode ser suprimida pelo legislador ordinário.

Um tema preocupante, hoje, e que se insere no instituto do devido processo legal, refere-se aos direitos dos grupos sociais, exigindo princípios lógicos e racionais para a solução desses problemas.

As chamadas ações coletivas consagradas pela Constituição representam significativo avanço na solução desse grave problema, posto que apanham essa nova realidade fazendo com que os interesses difusos, coletivos ou individuais com projeção coletiva, acomodem-se num Estado de Direito, onde se lhes assegure o acesso à Justiça, por meio de ações coletivas, posto que o instrumental individualista, de que é exemplo o Código de Processo Civil, não oferece condições para a solução desse novo panorama.

O mandado de segurança coletivo, as ações tendentes a resguardar o direito do consumidor, são exemplos dessa tendência de abertura aos grupos sociais, que ganharam proteção constitucional equivalente aos interesses e direitos estritamente individuais. Nessa mesma linha de raciocínio há que se levar em conta a substituição processual no direito do trabalho, conforme princípio enunciado no art. 8º, III, da Constituição, que ganhou efetividade com a Lei 8.073/91, que sem dúvida facilita o acesso à Justiça, indo de encontro a um reconhecimento universal de que a confiabilidade das instituições jurídicas reclama a adoção de procedimentos, a fim de que os direitos assegurados não sejam apenas simbólicos, mas que se traduzam em garantia efetiva. E esse acesso à Justiça não pode ser embaraçado por intransponíveis requisitos de ordem burocrática e econômica.

Quando falo em substituição processual, refiro-me à possibilidade de o sindicato vir a juízo, em nome próprio, pleiteando direito alheio. Neste caso,

o titular da ação é o sindicato, mas o titular do direito substancial é o substituído. Essa substituição, contudo, para que não haja distorções, deve cingir-se a direito individual com projeção coletiva; direitos homogêneos que provenham de origem comum, como, por exemplo, os reajustes salariais assegurados por lei ou norma coletiva de trabalho, evitando-se, com isso, a multiplicação de ações idênticas, com delongas desnecessárias, contornando-se, por outro lado, o constrangimento do empregado em demandar diretamente contra o empregador, pois sem garantia de emprego não tem condições reais de acionar o devedor, optando, no mais das vezes, por não exercer o seu direito.

O acesso à Justiça é elemento indissociável de todas as garantias que informam o **Devido Processo Legal**, sendo dever do Estado adotar procedimentos adequados no sentido de tornar efetivo o direito material àquele que busca a prestação jurisdicional, a fim de que a regra constitucional não se torne inócua. Impõe-se, para tanto, uma maior simplificação das normas processuais, deixando-se de lado procedimentos ultrapassados, que além de dificultar o acesso à Justiça, dificultam a agilização da prestação jurisdicional.

Tenha-se presente, contudo, a advertência de Mauro Capelletti, quando assinala que *“o maior perigo no tema da modernização dos procedimentos e facilitação do efetivo acesso de todos à Justiça reside no risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem a garantia fundamental do processo civil, essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório.”* (Acesso à Justiça, Porto Alegre, Fabris, 1988).

A garantia de acesso à Justiça, como direito público subjetivo à tutela jurisdicional, não pode perder de vista que o processo deve atingir um resultado útil; que, ao final do seu julgamento, não se torne coisa inútil. Bem por isso não se pode conceber o moderno direito processual sem a presença e o concurso das medidas cautelares, mas não como instrumento de aceleração do processo e nem, salvo exceções, como medidas de caráter satisfativo. Os direitos substanciais, como regra, só são definidos no bojo do processo principal. A regra, portanto, é adotar as cautelares como medidas preventivas.

Nos Estados Unidos a população sempre aplaudiu a eficiência do Poder Judiciário; a credibilidade deste junto ao povo reside na confiança e na segurança de todos com a garantia de um Judiciário independente e que realmente funciona. Nesse País o acesso ao Judiciário é o mais facilitado possível, talvez por isso um número enorme de demandas judiciais são ajuizadas a cada ano. Comenta-se até que, atualmente, já há uma reação social contra o excesso de demandas.

Carlos Eduardo Lins da Silva, em trabalho jornalístico, escrevendo de Washington, informa que em face do abuso e oportunismo do direito de demandar, os advogados norte-americanos estão ficando impopulares. Sua

imagem é do aproveitador “que está sempre à espreita para ganhar dinheiro fácil em cima da tragédia alheia”.

Fala-se mesmo em “indústria do litígio”, que compromete o bom funcionamento da Justiça dos Estados Unidos e gera, em reação, apoio público à idéia de que urge reformar o sistema jurídico vigente naquela República. Muitas mudanças, segundo o articulista, estão em vias de consumação por acordos esboçados entre o Governo Bush e a “*American Bar Association*” (equivalente à nossa OAB) e outras vão depender de aprovação no Congresso e certamente serão precedidas de intensos debates e “*lobbies*” (in *Folha de São Paulo*, de 01.10.91).

O atual Vice-Presidente dos Estados Unidos, que é advogado, Dan Quayle, é um dos que integra essa cruzada contra a advocacia, sob o argumento de que o abuso de direito de demandar custa ao País cerca de 80 (oitenta) bilhões de dólares anuais e onera as empresas norte-americanas com custos e riscos judiciais exorbitantes até 50 (cinquenta) vezes que os das concorrentes internacionais. O número de processos novos instaurados a cada ano decorre, ao ver dos que preconizam a reforma, do sistema jurídico, por mínimas e quaisquer razões, e como as partes tem ao seu alcance um órgão do Poder Judiciário de fácil acesso e custo praticamente nulo, muitas hipóteses de autocomposição serão trocadas por litigiosidade em juízo.

Este não é, contudo, o panorama da situação brasileira, pois aqui a tutela judicial ainda é muito deficiente, seja pela dificuldade de acesso à Justiça, notadamente para os pobres, embora a Constituição, já no seu Preâmbulo, tenha assumido um compromisso de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, seja porque a prestação jurisdicional é demasiadamente lenta, valendo lembrar ações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, que só no primeiro grau, em algumas capitais, demoram de dois a três anos para serem solucionadas; na Justiça Federal de primeiro grau, conheço situações com prazos maiores ainda. E certamente esse panorama não é diferente na área da Justiça Estadual. De resto, a autonomia administrativa e financeira, notadamente esta, do Poder Judiciário, estão longe da realidade, de tal modo que, por falta de recursos, a maioria dos órgãos judiciais ainda adotam métodos e instrumentos de trabalho arcaicos, podendo-se afirmar que a informática ainda é muito pouco utilizada, salvo em alguns tribunais, mas por exceção.

É inegável que a atual Constituição Federal criou alguns mecanismos processuais que traduzem os objetivos inseridos no seu Preâmbulo, como é o caso do mandado de segurança coletivo, abandonando o instrumental individualista anterior. Sem dúvida, isto representou um significativo avanço em facilitar o acesso à Justiça, bastando lembrar o Mandado de Segurança Coletivo que foi impetrado pelo “Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias

Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo” contra atos do Senhor Ministro do Trabalho e Previdência Social, consubstanciado nas Portarias nº 3.485 e nº 3.486 de 16 de setembro de 1991, que concederam o abono de 54,60% aos benefícios previdenciários enquanto as fontes de custeio obtiveram o reajuste de 147,06%. O mandado de segurança foi concedido pelo Superior Tribunal de Justiça, sem qualquer reforma pelo Supremo Tribunal Federal, para determinar o reajustamento de 147,06%, dos proventos de aposentadoria dos aposentados representados pelo referido Sindicato.

Não é difícil imaginar que se o constituinte não houvesse criado esse mecanismo processual, dúvida não resta que todos, ou quase todos os aposentados, embora detentores de um direito líquido e certo, como lhes foi reconhecido, não teriam condições de fazer valer o seu direito, como tantas vezes ocorreu em situações similares. Vale lembrar que essa decisão acabou por beneficiar os aposentados pela Previdência em todo o País, além de ter sido célebre e segura, merecedora dos melhores encômios.

Esta é a razão pela qual defendemos uma maior abertura na interpretação do art. 8º, III, da Constituição Federal, que ganhou eficácia com a Lei 8.073/91, no sentido de se admitir a substituição processual pelo sindicato, sempre que a demanda envolver direito individual com projeção coletiva, à semelhança dos beneficiados pelo mandado de segurança supracitado, ou seja, direitos individuais homogêneos, assim entendidos os que decorrem de origem comum, como é o caso do reajuste salarial assegurado por lei ou norma coletiva de trabalho. Não vejo, neste caso, a necessidade da multiplicação de várias ações individuais, e a plúrima, pelas condições fáticas, quase sempre é inviável.

Antevejo que em futuro próximo um novo tipo de processo civil deve surgir, que não seja apenas um instrumental do direito individual, mas também do direito difuso, do direito coletivo e do direito individual com projeção coletiva, abandonando, sem excluir, o dualismo autor “*versus*” réu ou pessoa *versus* autoridade pública; possibilitando o alinhamento do processo ao novo panorama reconhecido pela Carta Magna, ensejando mecanismos adequados à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais com projeção coletiva, através de entidades que representem essas coletividades. O ordenamento jurídico muito ganhará neste alargamento, como já ganhou, mas é necessário que a lei processual defina melhor os interesses a serem protegidos por legitimação extraordinária. Com isso, o Judiciário ganhará maior confiabilidade, porque as ações serão mais célebres, menos onerosas e mais uniformes. E ganhará o sistema democrático, na medida que o povo mais confiará em suas instituições.

O art. 93 da Constituição Federal eleva no nível constitucional norma que antes só constava da lei ordinária, exceto no que concerne ao processo penal, ao dizer no seu inciso IX que todos os julgamentos dos órgãos do Poder

Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Trata-se de norma que se insere no **Devido Processo Legal**, constituindo-se em requisito indispensável à própria validade das sentenças e dos acórdãos, e é justamente para salvá-los da mácula da arbitrariedade.

A decisão motivada, além de ser uma garantia do próprio sistema democrático, enseja às partes o pleno conhecimento da estrutura e do teor do julgado, habilitando-as, inclusive, a interpor os recursos admitidos pela legislação processual. É primorosa, neste contexto, a festejada página de CALAMANDREI, quando assinala: *“A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como um levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou”* (Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados).

Anote-se que a exigência de motivação das sentenças judiciais deita raízes nas melhores tradições do direito luso-brasileiro, valendo lembrar as **Ordenações Filipinas**, no livro III, Título LXVI, 7º, primeira parte: *“É para as partes saberem se lhes convém apelar ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos - porque os juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver -, mandamos que todos nossos desembargadores, e quaisquer outros julgadores, ora sejam letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”*.

Essa regra incorporou-se ao CPC de 1939 e no atual CPC/73, no art. 131, relacionando no art. 458, II, os requisitos da sentença. Mesmo as decisões interlocutórias devem ser fundamentadas, ainda que de modo conciso (art. 165, CPC).

Advirta-se, contudo, que o direito processual civil só é aplicável no processo do trabalho quando este for omissa a respeito de determinado procedimento, mesmo assim quando não for incompatível com as normas deste. É o que dispõe com toda a clareza o art. 769 da CLT.

E no que concerne à fundamentação da sentença, não há qualquer omissão no processo do trabalho, pois o art. 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, *caput*, dispõe: *“Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”*. À toda evidência que esse preceito também se aplica aos acórdãos dos tribunais do trabalho.

Dai não se entender que recursos de revista interpostos sob o fundamento de violação de lei, por negativa de prestação jurisdicional, invoquem os dispositivos do CPC, supracitados, e não o art 832 da CLT. A rigor, sob este fundamento, não se pode conhecer do recurso, por aludir a preceito inaplicável no processo do trabalho, que não é omissivo a respeito da matéria.

Quando a lei exige que a sentença seja fundamentada, não significa que essa fundamentação deva ser silogística, ou seja, não se reclama uma dedução formal em que, postas duas proposições, as premissas, delas se tire uma terceira, a conclusão. Não é isso, *data venia* das divergências. A sentença ou o acórdão não podem faltar com os reclamos da logicidade e da fundamentação, sem transformar o processo em um diálogo entre o juiz e as partes. Basta que o julgador fundamente a decisão, dizendo, dentre tantos preceitos invocados, quais deles é aplicável à espécie submetida à sua consideração, e quando se tratar de matéria de fato, cabe-lhe examinar as provas, para que as partes saibam as razões da condenação ou da absolvição. Não há que se exigir que o julgador responda um a um os argumentos deduzidos pelas partes. A isto norma processual nenhum obriga. Basta que a decisão seja motivada, para se saber se está conforme a lei.

Alerte-se, contudo, que em alguns julgados o Tribunal Superior do Trabalho têm sido rigorosos ao examinar a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Transcrevo algumas ementas a título de exemplo.

“O silêncio da Corte de origem acerca de tema importante ao deslinde da controversia, prequestionado através de declaratórios, caracteriza negativa de prestação jurisdicional” (Rel. Min. Hylo Gurgel, Agravo Regimental em Embargos em Recurso de Revista, DJ 22 05 92, acórdão nº 914, decisão em 24 04 92, PROC. AGERR 9 838/90).

“Preliminar de nulidade ao acórdão regional não conhecida no julgamento da revista. Em consequência da absolvição da reclamação quanto à multa que lhe foi imposta pelo Tribunal a quo, com suposto arrimo no parágrafo único do artigo 538 do CPC, ao fundamento de que o Regional deixou de apreciar todos os pontos e fundamentos esposados no recurso ordinário, deveria a Egrégia Turma concluir no sentido do reconhecimento da ofensa ao artigo 832 da CLT. Assim não procedendo terminou por violar o art. 896 da CLT, ensejando o conhecimento dos embargos e o seu provimento no sentido da decretação da nulidade” (Acórdão 2 839, de 06 09 89, PROC. ERR 5 444/84, TDI, DJ 09 03 90, Rel. Min. Ermes Pedro Pedrassani).

“Nulidade. As partes tem direito a uma prestação jurisdicional completa, em que todas as questões relevantes aventadas por elas sejam deslinadas. Revista provida” (Acórdão TST 4 217, de 09 12 91, RR 24 071/91, 1ª Turma, DJ 14 02 92, Rel. Min. Afonso Celso).

Creio que essa orientação tem muito a ver com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, compendiada no Enunciado de Súmula nº 297, *verbis*:

“Prequestionamento - Oportunidade de Configuração. Diz-se prequestionada a matéria quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. Incumbe a parte interessada interpor Embargos Declaratórios, objetivando pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão”.

Não se pode perder de vista, porém, a finalidade dos embargos de declaração. Diz o art. 535, do CPC:

“Cabem embargos de declaração quando:

I - há no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição;

II - for omitido ponto sobre que deveria pronunciar-se o tribunal.”

Dai o posicionamento da jurisprudência no seguinte sentido:

“O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.” (RJTJESP 115/207, in CPC, Theotonio Negrão, 22ª edição, p. 360).

“Não cabe ao tribunal, que não é órgão de consulta, responder a questionários postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição sobre sua situação futura e profliga o que considera injustiças decorrentes do decisor de inadmissibilidade dos embargos de retenção.” (STJ, 4ª T., Rel. Min. Athos Carneiro, DJ de 12.11.90, in CPC, Theotonio Negrão, 22ª edição, p. 360).

“Recurso Extraordinário - Prequestionamento - Embargos de Declaração. Não se prestam os embargos de declaração a suscitar, para efeito de recurso extraordinário, questões constitucionais contra o acórdão recorrido, se este se limitou a confirmar, em segundo grau, decisão inferior contra a qual não se haviam formulado as impugnações de hierarquia constitucional só aventadas nos embargos. RE não conhecido.” (Acórdão STF, PROC. RE-117.820/89, de decisão em 04.08.89. 1ª Turma. DJ 18.08.89. Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

São estas algumas modestas reflexões que trago a respeito do **Devido Processo Legal**. Mais tempo não sobrou para escrever a respeito de tão relevante tema, como pouco tem sobrado ao longo dos 21 (vinte e um) anos que exerço a judicatura, pois por ela e com ela tenho estado integralmente absorvido, a fim de que possa cumprir com o meu dever da melhor maneira possível, na entrega de uma prestação jurisdicional segura, independente e o mais célebre possível, embora passível de equívocos. Minha admiração por aqueles que, embora juizes eficientes, também se revelam doutrinadores

prestigiados. Neste patamar não consegui chegar, certamente pelas minhas deficiências.

Estas são as minhas escusas aos eventuais leitores deste sintético artigo.

BIBLIOGRAFIA:

1. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. 2ª Edição, Editora Forense.
2. CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados*. 4ª Edição, Livraria Clássica Editora. Lisboa, Portugal.
3. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição*. Editora Saraiva, 1990.
4. ALVIM, Arruda. *Princípios processuais na Constituição Federal de 1988 e o Acesso à Justiça*. In Revista do Advogado, nº 24, julho/91.
5. PASSOS, J.J. Calmon de. *O Devido Processo Legal e Duplo Grau de Jurisdição*. *AJUROS* nº 25/82.
6. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *A Garantia do Devido Processo Legal e o Grave Problema do Ajuste dos Procedimentos aos Anseios de Efetiva e Adequada Tutela Jurisdicional*. Seleções Jurídicas, ADV/92.
7. CAPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre-RS.

O art. 8º da Lei nº 8.542/92 e seu caráter enigmático

MANOEL ANTÔNIO TELXEIRA FILHO

APRESENTAÇÃO

Dr. MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO

**Juiz do TRT da 9ª Região. Professor da Faculdade de Direito de Curitiba.
Membro do Conselho Editorial da GENESIS – Revista de Direito do
Trabalho.**

O art. 8º da Lei nº 8.542/92 e seu caráter enigmático *

“Na aplicação da lei não há a uniformidade lógica do raciocínio matemático e sim a flexibilidade do entendimento razoável do preceito”.

Luís Recasens Siches

PRIMEIRA PARTE

Introdução Crítica

Figura clássica da mitologia grega, a esfinge era um monstro com cabeça de mulher, corpo, patas e cauda de leão, dotada de asas enormes, como as aves de rapina, que fora enviada por Hera, a maior das deusas olímpicas, contra Tebas, a fim de castigar a cidade em decorrência de certo crime praticado por Laio, filho do rei Lábdaco. Visando a desincumbir-se dessa missão estabelece-se em ponto estratégico de uma montanha situada a oeste de Tebas, de onde passa a propor enigmas terríveis aos viajantes que por ali transitam, devorando-os, sem piedade, caso não saibam decifrá-los.

A evocação dessa personagem teratológica da mitologia helênica deriva da leitura que fizemos do art. 8º da Lei nº 8.542, de 23-12-92 (DOU de 24 do mesmo mês), que deu nova redação ao art. 40 da Lei nº 8.177, de 1-3-91; esta, por sua vez, havia modificado o art. 899, da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe sobre a exigência de depósito pecuniário como

(*) Reprodução da palestra proferida aos associados da Associação dos Magistrados do Trabalho da 9ª Região, em 13.02.93.

pressuposto objetivo de admissibilidade de recursos Ocorre que, ao procedermos à leitura daquele texto legal, logo nos convencemos de estar diante de um ato normativo semelhante a tantos que nossos olhos já viram, mas de um autêntico e semelhante **enigma** apresentado pelo legislador e no qual se insinuava a cláusula sinistra “decifra-me ou devoro-te”, tão cara ao gosto perverso da esfinge

O art 8º da Lei nº 8 542/92 é, a propósito, a um só tempo, enigmático e heterotópico **Enigmático**, porque o seu sentido teleológico não pode ser extraído – como seria desejável – do seu enunciado literal, mas de algo que diz respeito à argúcia, à capacidade de **adivinhação jurídica** do intérprete Sob este aspecto, parece o legislador-enigmatista haver-se inspirado nos versos de STÉPHANE MALLARME, segundo os quais “Nominar-se um objeto é suprimir três quartos do prazer do poema que é feito da felicidade de adivinhar pouco a pouco” Deslocado, para o tecnicismo do campo jurídico, o lirismo desses versos cede lugar à fina ironia, pois a lei, como expressão normativa, deve ser clara, inequívoca (logo, inteligível), sob pena de constituir não um instrumento de pacificação social, mas de cizânias tumultuantes das relações inter-subjetivas e, por extensão, do próprio ordenamento jurídico **Heterotópico**, porque, embora verse sobre **processo**, foi introduzido no corpo de uma lei que trata, em sua essência, de direito **material** (política salarial), num injustificável encabulhar de assuntos

Estamos denunciando, portanto, o surgimento em nosso meio, de uma tradição cruel e bastarda –, dessas, cuja quebra honra mais do que a observância, como diria HAMLET –, consistente em editar-se textos legais **enigmático-heterotópicos**, que tanto mal causam à técnica, a ciência, aos princípios, e, em última análise, aos seus naturais destinatários os exercentes de atividades ou profissões forenses, sem pormos de parte os professores e os acadêmicos de Direito Felizmente, não nos domina o espírito aquela resignação histórica de FABIANO, da pungente “Vidas Secas” (GRACILIANO RAMOS), que não se atrevia a modificar a tradição, embora sofresse (e quanto!) com ela, sentimo-nos por isso, em boa sombra para afirmar que *tendências ou tradições mas devem ser combatidas logo no nascedouro, se não quisermos nos tornar, em trágica ambivalência, cúmplices e vítimas de sua tirania O pior despotismo, aliás, não é o que surge da inexistência de leis e, sim, o que brota das leis mal elaboradas, porquanto, aqui, a lei não é o escudo que protege, mas a lança que fere*

Escusando-nos pelo fato de não havermos contido nossa indignação em face do mostrengo corporificado no art 8º da Lei nº 8 542/92, enfrentemos o desafio de decifrar o enigma que nele se instila, se, ao final dessa empreitada, seremos vistos como Édipo, ou, apenas, como mais uma das vítimas desditosas da esfinge, é algo que só o tempo dirá

O texto legal

a) Vigência

A norma legal **sub examen** entrou em vigor em 24-12-92, data de sua publicação no Diário Oficial da União – época em que a Justiça do Trabalho se encontrava em **recesso**, até 6-1-93, por força da Lei nº 5 010/66 Essa particularidade cronológica revela, assim, que a Lei nº 8 542/92, além de **enigmática e heterotópica**, veio a lume em uma época manifestamente **imprópria** (no que toca ao seu art 8º), pois, em virtude do mencionado recesso, juízes, advogados, membros da Procuradoria e partes em geral estavam com suas atenções justificadamente concentradas nas festas de Natal e Ano Novo Sob esse ângulo, portanto, ficamos com a incômoda impressão de ter estado na intenção do legislador restringir a divulgação do texto, de tal modo que, ao iniciar-se o ano judiciário de 1993, muitos fossem atropelados (como efetivamente o foram) pela surpresa de desconhecer a lei

Colocando ao largo essa possível faceta kafkaniana da norma, vejamos se as suas disposições devem ser aplicadas aos recursos que, conquanto interpostos no prazo que se haja iniciado em 7 de janeiro de 1993, tenham como objeto sentenças proferidas (e publicadas) em 18 de dezembro de 1992 Por outras palavras, busquemos saber se, para efeito de realização do **depósito pecuniário**, seria aplicável, na espécie, a lei vigente ao tempo do proferimento da sentença impugnada (nº 8 177/91) ou a vigente na data da interposição do recurso (nº 8 542/92)

Para que essa questão de direito intertemporal seja satisfatoriamente resolvida, devemos ter em conta, em primeiro lugar, que, no Brasil, consagrou-se o princípio de que as disposições da lei **nova** têm aplicação **imediate** aos processos **pendentes** (CPC, art 1 211) Essa regra, cumpre-nos estabelecer, foi concebida para sepultar a ideia de que o processo seria sempre regulado pela lei vigente ao tempo em que a inicial foi posta em juízo, ainda que tal norma viesse a ser modificada ou revogada no curso do processo Em segundo, que, conforme estatui o art 915, da CLT, *“Não serão prejudicados os recursos interpostos com apoio em dispositivos alterados ou cujo prazo para interposição esteja em curso à data da vigência desta Consolidação”*(sublinhamos)

Poderia parecer, à primeira vista, que, consoante o preceito contido no art 915 da CLT, a lei **nova** (nº 8 542/92) não seria aplicável àqueles recursos cujo prazo para interposição **já se encontrasse fluindo** – que, em razão disso, seriam regidos pela lei **velha** (nº 8 177/91) **A contrario sensu**, a lei **nova** somente incidiria nos recursos cujo prazo para interposição **não se houvesse ainda iniciado** Não é bem assim Proferida a sentença em 18-12-92 e

sabendo-se que, no Paraná, é feriado estadual o dia 19, e, ainda, que a 20 do mesmo mês teve início o recesso judiciário determinado por lei, seria, quando menos, injusto exigir-se que a parte, quando fosse recorrer desse pronunciamento jurisdicional desfavorável, logo nos primeiros dias de janeiro de 1993, devesse submeter-se à lei nova (nº 8.542/92), depositando, em conseqüência, Cr\$ 20.000.000,00 e não Cr\$ 420.000,00. A parte não pode ser prejudicada pelo fato de, entre a data do proferimento da sentença e o início do prazo para a interposição do pertinente recurso, haver sobrevivendo norma legal que elevou, considera-velmente, o valor do aludido depósito. Note-se, que se ela desejasse interpor recurso dessa sentença, logo no dia subsequente à prolação desta (19), não poderia fazê-lo, em decorrência do feriado. Para realçar a injustiça a que conduziria a opinião de que o depósito deveria ser efetuado com base na lei nova, basta pensarmos em uma sentença proferida em 17 de dezembro; neste caso, o dia 18 seria contado, ficando o prazo suspenso a partir do dia 19 e reiniciando-se a 7 de janeiro do ano seguinte. Aqui, o recorrente deveria realizar o depósito com fulcro na lei velha, pelo simples fato de haver sido computado, em dezembro, um dia do prazo (18).

Insistamos: a lei nova não pode modificar os pressupostos de admissibilidade do recurso sempre que o prazo para o exercício do direito de impugnar a sentença não tenha iniciado a sua fluência por motivos que não possam ser irrogados ao recorrente. Daí, o inegável acerto do entendimento doutrinal assente, no sentido de que **o recurso se rege pela lei vigente à época do proferimento da sentença**, e não pela lei que esteja em vigor quando da interposição do recurso. Esse entendimento foi perfilhado pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 68-879, 79-569, 81-267, 81-862); somente se admite a quebra dessa regra quando a modificação da lei processual haja sido imposta por **norma constitucional** (STJ, 4ª T., RMS 38-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, em 11-9-89).

O art. 915, da CLT, deve ser inteligido em harmonia com essa escoreita construção realizada pela doutrina e pela jurisprudência.

Para sermos específicos: nos recursos ordinários interpostos das sentenças prolatadas em 18-12-92, o depósito pecuniário deve ser o previsto no art. 40, da Lei nº 8.177/91, **em sua redação primitiva**, ou seja, de Cr\$ 420.000,00, pois a regra, como dissemos há pouco, é de que o recurso (e os pressupostos que lhe digam respeito) se regula pela norma legal em vigor ao tempo da prolação da sentença impugnada. O depósito de Cr\$ 20.000.000,00, proveniente da nova redação do texto legal sobredito, só pode ser exigido com relação aos recursos interpostos das sentenças emitidas a contar de 7 de janeiro de 1993. Essas considerações alcançam *mutatis mutandis*, os recursos de revista, de embargos infringentes e outros mais.

b) Interpretação

Para melhor compreensão da matéria, torna-se recomendável transcrevermos, a seguir, o teor do art. 8º, da Lei nº 8.542/92, que impôs nova redação ao art. 40, da Lei nº 8.177/91:

“Art. 40. O depósito recursal de que trata o art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho fica limitado a Cr\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros), nos casos de interposição de recurso ordinário, e de Cr\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros), em se tratando de recurso de revista, embargos infringentes e recursos extraordinários, sendo devidos a cada novo recurso interposto no decorrer do processo.

§ 1º. Em se tratando de condenação imposta em ação rescisória, o depósito recursal terá, como limite máximo, qualquer que seja o recurso, o valor de Cr\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros).

§ 2º. A exigência de depósito aplica-se, igualmente, aos embargos, à execução e a qualquer recurso subsequente do devedor.

§ 3º. O valor do recurso ordinário, quando interposto em dissídio coletivo, será equivalente ao quádruplo do previsto no caput deste artigo.

§ 4º. Os valores previstos neste artigo serão reajustados bimestralmente pela variação acumulada do INPC do IBGE nos dois meses imediatamente anteriores”.

Como se pode perceber, a alteração do *caput* do art. 40, da Lei nº 8.177/91, ficou circunscrita, em rigor, à elevação para Cr\$ 20.000.000,00 e para Cr\$ 40.000.000,00, dos valores concernentes ao depósito, que, na redação anterior da norma, eram de Cr\$ 420.000,00 e de Cr\$ 840.000,00, respectivamente.

O mesmo se diga quanto ao parágrafo 1º, que cuida de recurso interposto de acórdão proferido em ação rescisória.

Moficações consideráveis, no entanto, estão consubstanciadas nos parágrafos 2º, 3º e 4º, acrescentados pelo art. 8º, da Lei nº 8.542/92. Examinemo-los, individualmente, ainda que com a brevidade exigida pelas circunstâncias.

a) **Parágrafo 2º** – Diante da locução “aos embargos, à execução”, constante do texto em estudo, podemos adotar, em tese, duas posições: 1) admitir que a vírgula, aí colocada, representa, verdadeiramente, a vontade do legislador, ou 2) desconsiderá-la, reputando-a não escrita.

A primeira tomada de posição força-nos a concluir que o depósito pecuniário é exigível: 1.1) nos embargos e 1.2) na execução. Uma dúvida sartreana, porém, logo nos toma de assalto: que embargos, afinal, seriam esses? Com os olhos postos naquilo que o ordenamento processual nos coloca à disposição, poderíamos pensar em embargos de declaração (CPC, art.

464), de terceiros (CPC, art. 1.046) e à expropriação (CPC, art. 746). Os embargos infringentes já estão referidos no *caput* do art. 40, da Lei nº 8.177/91.

Embargos de declaração. Seria nimiamente aberrante do bom-senso e dos princípios impor-se a realização do depósito pecuniário a quem pretendesse oferecer embargos declaratórios a determinado pronunciamento jurisdicional. Primeiramente, porque esses embargos, do ponto de vista doutrinal, não constituem recurso, vez que não está em seu escopo essencial promover a **substituição** (“reforma”) da sentença (CPC, art. 512), senão que escoimá-la de certas falhas de **expressão material** do julgador, que estão a comprometer-lhe o senso literal ou lógico, com ser a sentença omissa, contraditória, obscura ou ambígua. Só em casos especiais – cuja exceção não invalida nem infirma a regra – esses embargos se fazem providos de efeito **modificativo** (TST, Súmula 278). Segundamente, porque se uma das finalidades do depósito em pecúnia, de que fala a lei, reside no estímulo à interposição de recursos protelatórios, o combate aos embargos de declaração procrastinatórios deve ser feito mediante a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538, do estatuto processual civil. Terceiramente, porque poderia ocorrer, por exemplo, de a sentença omitir-se quanto ao **valor da condenação**, obrigando a que o réu se dirigisse ao juízo prolator, por meio de embargos declaratórios, para solicitar-lhe o suprimento do ponto omissos; para tanto, deveria depositar Cr\$ 20.000.000,00 ... ainda que o órgão jurisdicional viesse a declarar que o valor da condenação era, apenas, de Cr\$ 1.000.000,00! Mais: na situação imaginada, a exigência do depósito implicaria absurda punição à parte que nada mais pretendia do que fazer com que o juízo proferidor da sentença omissa **complementasse** a entrega da prestação jurisdicional, na medida em que, como apresentada, estava incompleta.

O exemplário de absurdidades a que a exigência do aludido depósito conduziria, em sede de embargos de declaração, é copioso. Somente para referir mais um, pense-se na sentença que haja deixado de manifestar-se acerca da **prescrição extintiva total**, oportunamente alegada; o réu teria, também aqui, de depositar (até) Cr\$ 20.000.000,00, para ouvir dizer do juiz que os direitos do trabalhador se encontram, efetivamente, afetados pela prescrição liberatória, motivo por que o processo será extinto com exame do mérito (CPC, art. 269, IV). De igual forma, estar-se-ia, neste caso, perpetrando a violência de impor à parte a realização de um depósito em dinheiro, como condição (pressuposto) indispensável para que o órgão jurisdicional **completasse** a entrega da prestação jurisdicional, que havia subministrado com intolerável **ofensa à lei** (CPC, art. 460). Agravada estaria a violência no ato de exigir-se que, a despeito desse depósito, um outro devesse ser efetuado quando da interposição do recurso pertinente às sentenças declaratória e

declarada.

Embargos de terceiro. Não menos insensato seria supor-se que o **terceiro**, para oferecer os embargos que lhe são próprios, devesse efetuar o depósito pecuniário de que se ocupa a lei. Traduzindo esses embargos **ação** (e não recurso), é elementar que a exigência do depósito comprometeria, gravemente, o exercício desse direito público subjetivo de invocar a prestação da tutela jurisdicional do Estado, que é, constitucionalmente, assegurado aos indivíduos e às coletividades (art. 5º, XXXV). Demais, o terceiro já teria sofrido, em regra, constrição patrimonial oriunda de penhora, depósito, arresto, seqüestro, etc., nada obstante os seus embargos possam ser apresentados em caráter preventivo. O despautério da exigência de efetivação do depósito, por parte do terceiro, ganha realce se tivermos em mente o fato de que, embora não figure como parte na relação jurídica processual, teve o seu patrimônio atingido pelo ato judicial.

Embargos à expropriação. Não menos despropositada seria a imposição desse depósito ao devedor que pretendesse embargar a **arrematação** ou a **adjudicação**, porquanto, em tais casos, o desfalque de seu patrimônio, por força de penhora, arresto e o mais, estará em vias de tornar-se irreversível, bastando que seja assinada a correspondente carta. Cogitemos, v. g., da hipótese de o devedor querer embargar a expropriação por ter havido transação ou pagamento ao credor, posteriores ao julgamento dos **embargos à execução**: para obter a necessária extinção do processo de execução (CPC, art. 794, I e II), teria de depositar o valor de que trata o art. 40, da Lei nº 8.177/91 (parágrafo 2º), o que seria inconcebível.

Em resumo, o precitado depósito não pode ser exigido nos casos de embargos de declaração, de terceiro e à expropriação, pelas razões que exaramos.

Com isso, colocamo-nos diante da **segunda** tomada de posição, a que aludimos anteriormente, consistente em considerar **não escrita** a malsinada **vírgula enigmática** que separa os vocábulos **embargos e execução**, no texto do parágrafo 2º do art. 8º da Lei nº 8.542/92. E assim fazendo, antecipamos a nossa adoção desse posicionamento, que, se é suscetível de merecer algumas críticas é, sem dúvida, o que menos agride os princípios, a lógica e o bom-senso. Não podemos admitir que legisladores de plantão, motivados por oportunismos escusos, procurem deitar por terra, num gesto que amalgama bufonaria e solércia, tudo aquilo que a doutrina e jurisprudência construíram, pacientemente, ao longo de décadas ou séculos de depuramento científico das normas e institutos jurídicos.

A **vírgula** entremetida pelo legislador-enigmatista é cavilosa e tumultuária, devendo, por isso, merecer o desprezo de quantos possuam ainda que um cêntimo de descortino jurídico.

Estamos a asseverar, portanto, que se deve ler aquela locução legal como significante de “embargos à execução” (já anatematizada a vírgula canhestra), com o que estaremos, quando menos, prestando homenagens à técnica, na medida em que o parágrafo 2º do art. 8º da Lei nº 8.542/92 estará anunciando que o depósito pecuniário deve ser feito com vistas “**aos embargos à execução e a qualquer recurso subsequente do devedor**”. Com isso, a frase legal adquirirá a harmonia sistemática que deixou de receber em sua origem, pois estará tratando, exclusivamente, do processo de execução.

É evidente que, mesmo assim, somos forçados a reconhecer que essa inferência acarreta uma brusca ruptura com o princípio tradicional (CLT, art. 899) de que o depósito deve ser efetuado para efeito de admissibilidade de recursos – sendo certo que os embargos do devedor não constituem recurso, mas ação típica. Seja como for, esse rompimento com a tradição está patenteado na Lei nº 8.542/92 (art. 8º), pois mesmo se entendêssemos que o vocábulo embargos, colocado antes da vírgula, não se refere aos do devedor, não poderíamos deixar de aceitar o argumento de que esses embargos estariam compreendidos no substantivo execução, situado após a vírgula, de tal arte que, num caso ou noutro, o depósito seria exigível.

Devemos, a propósito, assinalar uma tendência muito clara no sentido de que, *de lege ferenda*, os embargos do devedor somente sejam aceitos se a execução for integralmente garantida em dinheiro. Assim dispunha, e. g., o art. 225, do anteprojeto de Código de Processo do Trabalho, elaborado por ilustres Ministros do Tribunal Superior do Trabalho. Desse modo, é razoável vislumbrar-se no parágrafo 2º do art. 8º da lei em exame (que impõe ao devedor a realização de depósito para efeito de admissibilidade dos seus embargos) um elemento embrionário da aludida tendência.

Aceito o fato de que, *de lege lata*, o depósito pecuniário figura como um pressuposto processual objetivo para o exercício da ação de embargos do devedor, cumpre-nos verificar se esse depósito será de Cr\$ 20.000.000,00 ou de Cr\$ 40.000.000,00 e se estes correspondem a valores máximos ou mínimos.

Da leitura do *caput* do art. 40, da Lei nº 8.177/91, em sua nova redação, infere-se – ainda que em meio a certas brumas que envolvem a expressão literal do preceito – que o legislador colimou vincular o depósito de Cr\$ 20.000.000,00 ao processo de conhecimento, haja vista a particularidade de ter feito menção ao recurso ordinário. Daí vem que, nessa ordem de raciocínio, nessa linha de presuntiva logicidade, o valor do depósito, no processo de execução (onde, topologicamente, se situam os embargos de devedor), deve ser de Cr\$ 40.000.000,00. Esse conluimento, se não é perfeito (pois o mesmo *caput* do art. 40 exige o depósito de Cr\$ 40.000.000,00 no recurso de revista que, em princípio, integra o processo cognitivo), ao menos

procura revestir-se de um sentido lógico, porquanto é razoável intuir que o legislador adotou, como critério para estabelecer diferentes valores, segundo sejam os recursos interpostos, o fato de que, no processo de conhecimento, a sentença ainda não passou em julgado (havendo, portanto, ainda uma incerteza subjetiva quanto ao direito disputado), ao passo que, no de execução, esse fenômeno já se manifestou (gerando, com isso, uma certeza no tocante à *res in iudicio deducta*). Estamos a presumir, à evidência, a execução definitiva.

Por outro lado, os Cr\$ 40.000.000,00 (assim com os Cr\$ 20.000.000,00, quando for o caso), representam valores máximos (e não mínimos), como evidenciam os adjetivos limitados e máximo, utilizados na redação da norma legal (art. 40, caput, e parágrafo 1º, respectivamente). Sempre se entendeu assim, aliás, desde a primitiva redação do art. 899, da CLT, não havendo razão jurídica para abandonar-se essa opinião com o advento da Lei nº 8.542/92, que nada inovou, no particular.

Estabelecidas essas considerações, e tidas como certas, vejamos qual o procedimento a ser adotado pelo devedor, ao pretender oferecer embargos à execução.

Cogitemos, somente, de duas hipóteses, por amor à brevidade.

Na primeira, o valor da execução é de Cr\$ 30.000.000,00; aqui, o depósito corresponderá ao valor integral da execução, pois os Cr\$ 40.000.000,00, como dissemos, correspondem ao valor máximo a ser exigido. O valor do depósito não deve ser superior ao da execução. Na segunda, o montante da execução é de Cr\$ 100.000.000,00; como o depósito deve ser sempre efetuado, *ex vi legis*, e como está limitado a Cr\$ 40.000.000,00, caberá ao devedor depositar este último valor, em dinheiro, e complementar os Cr\$ 60.000.000,00 restantes mediante oferecimento de outros bens à penhora (veículos, imóveis, etc.). Pode o devedor, contudo, por sua iniciativa, depositar, em dinheiro, o valor total da execução (Cr\$ 100.000.000,00), pois a sua obrigação legal não vai além de Cr\$ 40.000.000,00.

Sem o depósito (limitado a Cr\$ 40.000.000,00), nenhum embargo do devedor será admitido, exceto se tratar-se da Fazenda Pública (CPC, art. 730).

Diz a lei, entretanto, que esse depósito deverá ser feito, ainda, quando de “qualquer recurso subsequente do devedor” (Lei nº 8.542/92, art. 8º, parágrafo 2º), o que nos põe em contato, por excelência, com o agravo de petição. Neste plano, novas dificuldades de ordem prática derivam da má redação da norma legal.

Imaginemos, basicamente, duas situações, para fins ilustrativos, conquanto várias outras possam ser ideadas: a) a execução soma Cr\$ 100.000.000,00 tendo o devedor, na oportunidade de seus embargos,

depositado integralmente esse valor. Nesta hipótese, nenhum outro depósito deverá ser-lhe exigido, quando da interposição do agravo de petição, vez que a execução se encontra **plena e efetivamente** garantida (deixando de lado aspectos respeitantes à correção monetária); b) a execução ascende a Cr\$ 100.000.000,00 e o devedor, no ensejo dos **embargos** opostos, depositou Cr\$ 40.000.000,00 e deu em penhora outros bens correspondentes ao saldo de Cr\$ 60.000.000,00. Como a lei ordena a realização de novo depósito a cada recurso subsequente do devedor, a solução será exigir-se que ele, ao interpor agravo de petição, deposite **mais** Cr\$ 40.000.000,00, liberando-se, em seguida, da penhora, bens de valor equivalente ao depositado. Com isso ter-se-á o seguinte quadro: Cr\$ 40.000.000,00 depositados quando dos embargos, mais Cr\$ 40.000.000,00 depositados no momento de recorrer, mais Cr\$ 20.000.000,00 em bens de outra natureza, perfazendo os Cr\$ 100.000.000,00 concernentes ao montante da execução. A não se permitir a liberação de parte da penhora, correspondente ao depósito feito, estar-se-á cometendo, contra o devedor, a violência de exigir que desfalque o seu patrimônio em valor muito superior ao da execução. Caso a penhora tenha incidido, porém, em um único imóvel, de tal maneira que não seja possível liberar parte dela, mesmo assim o depósito deverá ser imposto, em que pese à circunstância de o devedor acabar sofrendo a violência que mencionamos, consistente em ter o seu patrimônio atingido por ato judicial em valor excedente ao da própria execução. Alternativa atenuante desse gravame excessivo seria dispensá-lo da realização do depósito pecuniário; essa dispensa, contudo, acarretaria ofensa ao parágrafo 2º do art. 8º da Lei nº 8.542/92, de sorte a motivar o credor a impetrar mandado de segurança contra este ato ilegal da autoridade judiciária, que provocou lesão de seu direito subjetivo, líquido e certo, de ver realizado o depósito exigido por lei. De nenhuma eficácia seria eventual invocação, pelo devedor, da regra inscrita no art. 620, do CPC, pois essa norma não foi concebida para autorizar transgressões à lei. Ao devedor restaria não mais que o amargo consolo de receber, em devolução, após a expropriação do bem, o que excedesse ao valor do crédito do exequente.

Como afirmamos, inúmeras outras situações haverão de aflorar na realidade prática; forramo-nos, todavia, de procurar aqui apreciá-las, dado o inevitável consumo de tempo e de paciência dos ilustres leitores, que semelhante análise casuística provocaria. Procuramos, por isso, formular certos princípios gerais, de que poderão valer-se todos aqueles que se dedicarem à árdua tarefa de decifrar o enigma instilado no art. 8º da Lei nº 8.542/92, caso não divirjam desses princípios.

b) Parágrafo 3º – Está nesse parágrafo: “*O valor do recurso ordinário (sic), quando interposto em dissídio coletivo, será equivalente ao quádruplo do previsto no caput deste artigo*”. Mais uma prova inequívoca

de que o legislador elaborou mal e às pressas o texto: o valor não é “do recurso ordinário”, mas do **depósito relativo a esse recurso**.

Feito o reparo, devemos dizer que a parte, ao interpor recurso ordinário do acórdão proferido nos autos de ação coletiva, deverá depositar, no máximo, Cr\$ 80.000.000,00 (4 x Cr\$ 20.000.000,00). A quem, entretantes, se dirige essa exigência legal ? Apenas à categoria econômica (“suscitante”), ou, também, à **profissional** (“suscitada”) ?

Sejamos sensatos. O art. 899, da CLT, desde que veio ao mundo, impôs o depósito apenas àquele que tiver, contra si, uma sentença **condenatória** capaz de gerar obrigação de pagar quantia certa (CPC, art. 646). Por outros termos, e sem maiores rebuços ou distorções ideológicas do preceito, é evidente que esse depósito em pecúnia deve ser efetuado, exclusivamente, **pelo empregador**, pois via-de-regra, é ele o destinatário natural dessa espécie de condenação. O trabalhador, mesmo que venha, em casos remotos, a ser condenado a pagar determinada quantia ao empregador, não estará obrigado a realizar o depósito ao recorrer da sentença. Exigir-lhe que o faça, equivaleria, fatalmente, a obstar-lhe a possibilidade de ver a sentença reexaminada pelo tribunal. Como adverte, com grande sensibilidade, TRUEBA URBINA, se o trabalhador e o empregador não são iguais perante a vida, é óbvio que essa desigualdade não desaparece pelo simples motivo de ingressarem em juízo, onde recebem as vestes formais de partes. Essa é uma verdade universal, que se aplica tanto no plano das ações individuais, quanto no das coletivas.

Logo, inexistente razão lógica, jurídica, econômica, social ou histórica, capaz de justificar eventual parecer de que o depósito previsto no parágrafo 3º do art. 40 da Lei nº 8.177/91 deva ser realizado também pela categoria profissional, quando pretender interpor recurso de acórdão emitido em ação coletiva, pouco importando em que pólo da relação processual ela figure: ativo (“suscitante”) ou passivo (“suscitada”).

Tal depósito, contudo, não será necessário quando se tratar de “dissídio coletivo” de natureza puramente **jurídica**, pois, aqui, inexistirá o pressuposto legal da **condenação** (de pagar quantia certa); ou melhor, de **constitutividade** do direito, característico das ações coletivas trabalhistas.

c) **Parágrafo 4º** – Expressa o parágrafo em foco que os valores fixados no *caput* e no parágrafo 1º do art. 40 serão reajustados bimestralmente pela variação acumulada do INPC do IBGE dos dois meses imediatamente anteriores.

O reajustamento é medida indispensável para preservar o poder de compra da moeda, diante do ciclone inflacionário que está a assolar o país, há muitos anos.

Nas épocas próprias, portanto, o poder competente deverá estabelecer, por ato próprio, os novos valores atinentes aos depósitos, pois o simples

decorso do bimestre não será suficiente para que se saiba, com certeza, quais serão esses valores.

O art. 40 da Lei nº 8.177/91, em sua redação original, atribuía ao Tribunal Superior do Trabalho competência para alterar, periodicamente, os valores mencionados na *caput* e no parágrafo 1º.

Um comentário final

A exigência de depósito pecuniário, como pressuposto objetivo para a admissibilidade de recursos, na âmbito do processo do trabalho, não fere, como se tem alardeado, o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Alguns intérpretes do novo texto da Suprema Carta Política do País, para chegarem à conclusão diversa da que adotamos, deixaram-se impressionar pelo fato de ai estar expresso que *“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

Se tivessem o cuidado de empreender o necessário estudo de nossa tradição constitucional acerca do assunto veriam que o art. 5º, inciso LV, da atual Constituição da República, não traz nenhuma **novidade espantosa**, pois, com mínimas variações literais, as Constituições de 1891 (art. 72, parágrafo 16), 1934 (art. 113, parágrafo 24), 1946 (art. 141, parágrafo 25), 1967 (art. 150, parágrafo 15), com a Emenda nº 1, de 1969 (art. 153, parágrafo 15), sempre asseguraram aos litigantes a ampla defesa, com os **meios e recursos** a ela inerentes. Somente a Carta outorgada em 1937, por motivos evidentes, não se ocupou do assunto.

Demais, nunca é inútil lembrar que a Constituição não é um Código de Processo, de tal forma que os vocábulos, dela constantes, devam ser interpretados à luz da terminologia processual. Logo, o recurso não está aí a significar o instrumento de impugnação dos pronunciamentos jurisdicionais, mas, apenas, o conjunto das medidas e providências que devem ser postas a serviço do indivíduo, pelo legislador ordinário, com vistas a tornar efetiva a **garantia constitucional da ampla defesa**. Nada mais do que isso. E a locução **meios e recursos** tão somente enfatiza a exigência desse conjunto de medidas e providências.

A Constituição Federal vigente, assim como as anteriores, não assegura, portanto, o **duplo grau de jurisdição** (nem mesmo em prol da Fazenda Pública), embora este se encontre consagrado no plano das normas infra-constitucionais. O que a Suprema Carta garante é o exercício do **direito de ação** (art. 5º, XXXV), que nada tem a ver com o duplo grau de jurisdição.

Por outro lado, se contraste houvesse entre o art. 899, da CLT, que exige o depósito em questão, e o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal,

o fenômeno daí decorrente não seria o da inconstitucionalidade daquele, mas de sua **revogação**, já pelo texto constitucional de 1946. Seja como for, o fato é que inexistente qualquer antagonismo entre o art. 899 da CLT e o art. 5º, inciso LV, da Constituição, pois este, como dissemos, não assegura o duplo grau de jurisdição. Nem mesmo implicitamente.

Não se suponha que, com essas considerações, estamos, veladamente, a aplaudir leis – como a nº 5.584, de 26-6-70, art. 2º, § 4º – que vieram para vetar a possibilidade de serem impugnadas determinadas sentenças. Nada disso. O duplo grau de jurisdição é absolutamente necessário para corrigir pronunciamentos jurisdicionais eventualmente injustos – embora, como advertia **ULPIANO**, muitas vezes uma boa sentença possa vir a ser substituída por um mau acórdão. Acidentes dessa natureza, entretanto, não são capazes de abalar a base sólida que justifica a existência do duplo grau de jurisdição: a **falibilidade humana**. Entre o reconhecimento, contudo, de que a “doble instância” é indispensável para o depuramento das resoluções jurisdicionais e a afirmação de que esse princípio tem, em nosso meio, assento constitucional, cabe todo o universo. A história tem demonstrado, aliás, que a restrição e, mais ainda, a supressão do duplo grau de jurisdição sempre serviu aos propósitos ditatoriais dos ocasionais detentores do poder; pode-se dizer, portanto, que a possibilidade de um pronunciamento jurisdicional ser objeto de reexame está intimamente ligada às aspirações democráticas da população, de modo que não ousaríamos conspirar contra elas.

Em que pese à incontestável verdade desses fatos, nossa consciência jurídica obriga-nos a reconhecer que o princípio de que estamos a cuidar só está previsto em normas infra-constitucionais, o que o torna, em tese, vulnerável à ação do legislador ordinário. Tudo sugere, pois, que o duplo grau de jurisdição seja, futuramente, alcançado ao plano constitucional.

Por outro lado, houve intérpretes afoitos que não hesitaram em asseverar que o art. 899, da CLT, ao exigir a realização de depósito em dinheiro, para efeito de admissibilidade de recursos, colocou-se em contraste insuperável com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, onde está inscrita a garantia da igualdade de todos perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**. Pura ilusão dos sentidos; mera manifestação emocional daquele “pensamento desejoso” de que nos fala a doutrina de língua inglesa, pois a declaração enunciada pelo referido dispositivo constitucional não tem o caráter linear e inflexível, que nele viram tais intérpretes.

O que a regra constitucional está a expressar, por outras palavras, é que não pode haver desigualdade jurídica entre pessoas que sejam **naturalmente iguais**. Valesse o argumento de que a igualdade deve ser plena, absolutamente geométrica, teríamos de concluir, dentre outras coisas, que toda a legislação material protectiva do trabalhador estaria revogada pela Suprema Carta

Política do país, porquanto já não se admite nenhum tratamento legislativo que traduza discriminação entre pessoas! ... Ora, a profunda dessemelhança social e econômica (para não cogitarmos da ideológica) entre trabalhador e empregador autoriza a presença, em nosso ordenamento legal, de normas destinadas a compensar a ontológica inferioridade daquele, não apenas no plano material, como, também, no processual.

Na verdade, o que justifica a exigência de que somente o empregador efetue o depósito em pecúnia não é tanto a sua superioridade econômica em face do trabalhador, senão o fato de ser, como dissemos antes, o natural destinatário das obrigações de pagar quantia certa, impostas pela sentença; sob esse ângulo óptico, o precitado depósito representa uma garantia, ainda que parcial, do adimplemento da obrigação.

Enfim, pelo que nos cabe opinar, parece-nos que, na maioria dos casos, as reações contra a imposição legal do depósito em foco decorrem menos de uma indignação jurídica do que uma conveniência daqueles a quem tal exigência diz respeito. Sob esse aspecto, a reação é compreensível; tão somente, porém, sob esse aspecto.

SEGUNDA PARTE

Breve comentário sobre Instrução Normativa nº 3/93, do Tribunal Superior do Trabalho *

Nótula introdutória

Reunido em sua composição Plena, na sessão de 5 de março do ano em curso, o Tribunal Superior do Trabalho baixou a Instrução Normativa nº 3, para “definir a sua interpretação quanto ao depósito recursal” de que trata o art. 8º, da Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992.

Antes de nos dedicarmos ao exame doutrinário do conteúdo desse ato, devemos nos ocupar de uma questão predicamental de extrema relevância para a adequada investigação do assunto, que diz respeito a saber se a mais alta Corte da Justiça do Trabalho de nosso país ainda possui competência para expedir Instruções Normativas, mormente quando tenham como objeto **matéria processual**.

A praxe de o Tribunal Superior do Trabalho editar Instruções dessa

(*) Esta Instrução é posterior à palestra que proferimos em 13.02.93, na AMATRA – IX, cujo teor constitui a Primeira Parte deste estudo.

natureza tem as suas raízes históricas no Decreto-lei nº 15, de 29 de junho de 1966, cujo § 3º do art. 1º atribuiu-lhe competência para expedir instruções “com força de prejulgado, a serem observadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho”. Dispunha o *caput* desse texto legal acerca do cálculo dos índices previstos no art. 2º da Lei nº 4.725/65.

Cabe assinalar que, por força do art. 902, *caput*, da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho podia adotar **prejulgados**, que, uma vez estabelecidos, tinham de ser acatados por todos os órgãos da jurisdição trabalhista (§1º). Esses prejulgados eram providos de coercitibilidade mais intensa do que a própria lei, na medida em que esta poderia (como ainda pode) ter a sua aplicação recusada pelo juiz, sempre que a entendesse contrastante com a Constituição Federal, ao passo que aqueles deviam ser **rigorosamente respeitados**.

Em dia de 1975, contudo, o Procurador-Geral da República, fazendo uso da prerrogativa que lhe conferia o art. 119, § 1º, da Constituição Federal de 1967 (com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969), formulou, perante o Supremo Tribunal Federal, representação de inconstitucionalidade dos prejulgados trabalhistas, que recebeu o nº 946/DF. Tem-se suposto, ainda hoje, que o Excelso Pretório teria pronunciado esse antagonismo dos prejulgados com a ordem constitucional, então vigente. Não foi bem assim. Na verdade, a mencionada representação **não foi conhecida** por estar mal endereçada: dirigiu-se contra os prejulgados, quando o alvo correto seria o art. 902, da CLT, que permitia ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecê-los. A representação atacou, enfim, o efeito e não a causa, como seria necessário; por isso, deixou de ter o seu mérito apreciado.

Em todo o caso, o Supremo Tribunal Federal aproveitou a oportunidade para declarar, *en passant*, pelo voto do ilustre Relator, Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, na histórica sessão de 12 de maio de 1977, que o precitado dispositivo da CLT havia sido **revogado** pela Constituição de 1946, motivo por que já não era possível reconhecer nos prejulgados a “força vinculativa” de que haviam sido, originariamente, dotados.

Foi o quanto bastou para que o Tribunal Superior do Trabalho deixasse, a partir daí, de baixá-los. Mais tarde, a Lei nº 7.033, de 5 de outubro de 1982, deitou por terra, definitivamente, o império despótico dos prejulgados trabalhistas, que, em nome do propósito de unificar a jurisprudência nacional, constituíam autênticas camisas-de-força da liberdade de consciência e da convicção jurídica dos magistrados.

As referências que fizemos, até esta parte, aos extintos prejulgados, justifica-se pela imperiosidade de revelar que a Instrução Normativa, no âmbito da Justiça do Trabalho, nasceu com o mesmo sinete que assinalava a execrável vocação ditatorial dos prejulgados – haja vista o fato de o

sobredito Decreto-Lei nº 15, de 1966, haver dito que ela teria **força de prejudgado** (art. 1º, § 3º).

Procuraremos demonstrar, nas apressadas linhas que se seguirão, que o destino jurídico das Instruções Normativas deve ser exatamente o mesmo dos prejudgados: a recusa em reconhecer-lhes qualquer efeito vinculativo dos pronunciamentos dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e Julgamento. Para que nossas razões possam ser adequadamente entendidas, devemos investigar em que consiste a natureza jurídica de tais Instruções.

Ao contrário das Súmulas, que traduzem mera cristalização da jurisprudência – sendo, portanto, desapercibidas de força vinculativa –, as Instruções Normativas, como a própria denominação está a indicar, apresentam indisfarçáveis traços de **norma legal**, dado o caráter de abstração subjetiva, de generalidade, e, sobretudo, de coercitibilidade, que lhes é peculiar. Sob esse aspecto, pode-se mesmo dizer que as Instruções Normativas são leis, do ponto de vista **material**, conquanto não o sejam do **formal**. Representam, assim, provimentos executivos com conteúdo de norma legal.

Desse modo, quando o Tribunal Superior do Trabalho expede Instruções Normativas, está, em rigor, exercendo atividade típica do Poder Legislativo; por outras palavras, está, ainda que inadvertidamente, usurpando uma competência privativa do Legislativo Federal e provocando, com esse procedimento, uma perigosa quebra do princípio da independência e harmonia dos Poderes da República, inscrito, sob a fórmula de cláusula pétrea, no art. 2º da Constituição Federal em vigor, pois é indisfarçável a natureza jurídica de **decreto** dessas Instruções.

Só há, a nosso ver, duas soluções para que essa violação constitucional deixe de existir: a) inibir-se, mediante pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou edição de norma legal, a possibilidade de o Tribunal Superior do Trabalho emitir Instruções dessa natureza, ou b) reconhecer-se que estas possuem, apenas, efeito aconselhador, e, nunca, normativo. Particularmente, **inclinamo-nos pela segunda**, pois julgamos ser sempre salutar saber-se a opinião do Tribunal Superior do Trabalho a respeito de assuntos novos e, que, em face disso, costumam provocar considerável cizânia no universo da magistratura e de quantos com ela se relacionem, institucional ou profissionalmente. Só não nos parece mais possível, diante da nova ordem constitucional, que aquela Egrégia Corte se manifeste, fora do processo (portanto, sem dicção jurisdicional), com autoridade subordinante do pensamento de todos os juizes.

A ofensa à supremacia constitucional fica tanto mais agravada quanto se verifica que a Instrução Normativa nº 3/93 versa, fundamentalmente, sobre **direito processual** – matéria cuja competência legislativa é privativa da

União (art. 22, § 1º). Demais, conquanto a aludida Instrução tenha, no geral, extraído razoável interpretação do art. 8º, da Lei nº 8.542/92, em mais de um ponto colocou-se em manifesto desacordo com a expressão literal inequívoca da norma interpretada.

A comprovação desse conflito constituirá objetivo do item seqüente.

A Instrução Normativa nº 3/93

Integram-na doze incisos e diversas letras.

Razões circunstanciais exigem que nos ocupemos, somente, das disposições dessa Instrução que possam acarretar controvérsias mais acentuadas, seja em decorrência de eventuais dificuldades de interpretação do texto, seja do próprio entendimento perfilhado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho.

1. **Inciso IV, letra a.** Interpretando a expressão “aos embargos, à execução”, constante do § 2º do art. 8º da Lei nº 8.542/92, conclui a Instrução em exame que a vírgula foi aí introduzida em decorrência de erro de redação, motivo por que essa expressão deve ser lida como significante de “embargos à execussão”. Foi essa, exatamente, a ilação a que havíamos chegado, antes do advento da Instrução Normativa nº 3/93, conforme está patenteado na primeira parte deste estudo.

2. **Inciso IV, letra b.** Dispõe que se a execução estiver plenamente garantida, mediante: a) **depósito em dinheiro**, efetuado no processo de conhecimento (ou seja, quando da interposição de recurso ordinário da sentença condenatória desfavorável), ou b) **apreensão judicial de bens do devedor** (penhora, em regra), nenhum outro depósito será exigido para efeito de admissibilidade dos **embargos do devedor**.

Estamos de acordo quanto à situação descrita na letra a supra, cujas razões se encontram expostas na primeira parte deste estudo que estamos a empreender. Divergimos, porém, quanto à solução pertinente à alínea b, não só porque a lei exige o depósito, mesmo em sede de embargos à execução (como reconhece, aliás, a própria Instrução Normativa *sub examen*, em seu inciso IV, letra a), como a prática – sempre essa mestra fiel e sábia – tem demonstrado que a simples constrição judicial de bens do devedor não assegura, efetivamente, o êxito da futura execução, pois esses bens podem ser reivindicados por terceiros, até cinco dias depois da **expropriação** (desde que a correspondente carta não tenha sido assinada), como prevê o art. 1.048, do CPC. Sendo assim, sem que esse prazo tenha decorrido, não se pode dizer que os bens do devedor, objeto de apreensão judicial, garantam, verdadeiramente, a execução. A realização de depósito em pecúnia, mesmo que limitada a Cr\$ 40.000.000,00, reduz em parte o risco de insucesso da

execução.

3. Inciso IV, letra c. Declara que, garantida integralmente a execussão nos embargos, só haverá exigência de depósito em qualquer recurso subsequente do devedor se tiver ocorrido elevação do valor do débito, hipótese em que o referido depósito “corresponderá ao valor do acréscimo, **sem limite**”. A elevação do valor do débito, de que aí se cogita, pode derivar do acolhimento, pelo juiz, da impugnação manifestada **pelo credor**, na fase dos embargos do devedor, quanto aos cálculos homologados. Se o acolhimento dessa impugnação implicar o aumento do débito em, digamos, mais Cr\$ 300.000.000,00, caberá ao devedor, nos termos da Instrução Normativa sob comentário, **depositar integralmente esse valor**, caso pretenda interpor agravo de petição da sentença. *Venia concessa*, a Instrução contrária, mais uma vez, a letra da lei, que **limitou** o depósito a Cr\$ 20.000.000,00 ou a Cr\$ 40.000.000,00. Empolgou-se, pois, em demasia, dita Instrução Normativa, e acabou por ir muito além da marca estabelecida pela norma legal interpretada, que não faz nenhuma distinção entre processo de conhecimento e processo de execução, para efeito de limitar, ou não, o depósito a que alude o seu art. 8º. Logo, essa separação estabelecida pela Instrução Normativa nº 3 é, às escâncaras, arbitrária, equivale a dizer, **ilegal**.

4. Inciso V. Entende não ser devido nenhum depósito, como pressuposto de admissibilidade de recurso ordinário interposto de acórdão normativo, pois o § 3º do art. 8º, estaria a atribuir valor ao recurso, apenas, para efeito de **custas**. *Data venia*, se o precitado artigo 8º dispõe, essencialmente, sobre o **depósito em pecúnia**, de que se ocupa o art. 40 da Lei nº 8.199/91, traduz falta contra a técnica imaginar-se que o seu § 3º, dissociando-se do conteúdo **material** da norma, diga respeito a **custas**. Além disso, soa ilógico fixar-se **valor único** (quádruplo do previsto no *caput* desse artigo) ao recurso, de tal maneira que o valor das custas, independentemente da expressão econômica da ação coletiva, seja sempre o mesmo.

Pensamos, pois, que o § 3º do art. 8º esteja a aludir, embora em redação imperfeita, ao **valor do depósito**, no caso de interposição de recurso ordinário do acórdão normativo. A homogeneização do valor, nesta hipótese, provém da limitação que lhe impõe a lei.

A matéria concernente a custas, em ação coletiva, segue, por isso, sendo regida pelo art. 790, da CLT, ao qual o art. 8º em pauta não faz nenhuma alusão.

5. Inciso XII. Disciplina a adequação dos processos em curso, no período de 24 de dezembro de 1992 a 15 de março de 1993, data de início da “vigência” da Instrução Normativa. Melhor teria sido que se respeitasse o princípio clássico, consagrado pela doutrina científica, de que o recurso deve ser regulado pela lei em vigor ao tempo do proferimento (publicação) da

sentença impugnada.

Fica saliente, neste ponto, o intuito de a mencionada Instrução **legislar** sobre matéria processual.

Conclusão

O ato baixado pelo Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em 23.12.92, tendo como escopo a interpretação do art. 8º da Lei nº 8.542/92, ao pretender revestir-se de efeito **normativo** coloca-se em frontal antagonismo com os arts. 2º e 22, I, da Constituição Federal.

Sendo assim, as disposições constantes da Instrução nº 3/93 devem ser consideradas como simples **orientação** a respeito do assunto, vez que destituídas de eficácia subordinante dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e Julgamento, aqui incluída a regra do art. 668, da CLT.

Direito do Trabalho e da Seguridade Social

A Injustiça na Justiça do Trabalho

RICARDO SAMPAIO

APRESENTAÇÃO

Dr. RICARDO SAMPAIO

Juiz do Trabalho e Vice-Presidente do TRT do Paraná

A Injustiça na Justiça do Trabalho

“A soberba dos lacaios dos grandes é bem conhecida em toda parte”, adverte PITT-RIVERS, professor em Chicago, Paris e Londres. Que papel desempenhamos, senão o de lacaios das “elites” econômicas, em julgamentos em que nos esquecemos do homem e privilegiamos a produção, o lucro, a produtividade?

Ler, aprender, ver, entender as lições simples da vida, estas deveriam ser a cartilha diária do juiz. Re ler, por exemplo, o ensinamento sempre atual de Ulysses Guimarães: “No Brasil o trabalhador é fonte principal da riqueza nacional e é vítima da fome, da doença, do desemprego, é o destituído.”

Trabalhador que já foi escravo, para sustentar a opulência dos senhores rurais. Trabalhador que envelhece jovem e é descartado ainda moço do mercado de trabalho. Trabalhador que, mais jovem ainda, criança até, disputa vagas de gente grande no gigantesco e desumano mercado informal do subemprego. Trabalhador que adocece, pois comê e vive mal, e morre na fila da (im) previdência. Trabalhador a quem a Constituição Federal lhe prometeu um salário-mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família”, e que é violentada dia-a-dia pela autoridade econômica de plantão.

O Brasil é um país de gente trabalhadora. É mentira que o brasileiro é vagabundo, indolente e preguiçoso. Em nenhum outro país do mundo, a mãe-operária levanta em plena madrugada, prepara as refeições do dia, deixa a filha maior (porém pequena ainda) cuidando dos irmãos, sai da periferia, toma duas ou três conduções apinhadas, trabalha o dia todo e retorna somente tarde da noite, para receber, no final do mês, o salário da miséria, da indignidade, da vergonha.

Lastimavelmente, muitos julgados da Justiça do Trabalho colaboram de modo indireto para atormentar o sofrimento do trabalhador brasileiro. O

maior exemplo é o retrocesso que invade os julgamentos que, a cada dia, deixam de lado a simplicidade da CLT, para adotarem a complexidade cruel e burocrática do Código de Processo Civil.

Mas há muitos outros. A resistência injustificável, tola e burra às liminares, por exemplo, sob a pomposa tese de que “são satisfativas”, como se algumas liminares não pudessem e não devessem ser satisfativas! E assim retrocedemos, nós, que já constituímos o ramo mais progressista da justiça brasileira, enquanto a Justiça Federal, que era tida como fiscalista, hoje libera até dinheiro pela via liminar em ação cautelar.

Alguns julgados, por outro lado, entendem descabidas as horas *in itinere*, mesmo quando o trabalhador entra no serviço às 7 horas e o ônibus de linha somente passa às 9h30m..

Outros, ainda, protegem o empregador que se esqueceu de pedir alternativamente a condenação somente no **adicional** das horas-extras, na hipótese do comissionista puro: aplicam a restrição *de ofício*! Mas negam idêntico direito ao empregado: indeferem a condenação em **reflexos** igualmente não-pedidos, das mesmíssimas horas-extras, como se o acessório não seguisse o principal!

Há aqueles que mandam pagar adicional de periculosidade ao electricista, **proporcional** aos cinco minutos diários em que opera com linhas energizadas de milhares de volts. Qualquer criança sabe que, cinco minutos ou oito horas em contacto com milhares de volts, e o resultado pode ser o mesmo, na hipótese de um fugaz descuido. Por isto que, na periculosidade, o adicional tem que ser **integral**.

Nas ações do rurícola e do vendedor e nas ações dos empregados de empresas com filiais ou unidades em vários Estados, a injustiça chega a doer. Com total insensatez, manda-se o pobre operário reclamar “onde o Judas perdeu as botas”. Às vezes, o cidadão foi contratado na cidade onde mora também seu patrão e onde está situada a Junta. Mas é remetido “em nome da lei” para o Mato Grosso, Rondônia, Amazonas ou Acre, onde ficava... a fazenda em que trabalhou!

Para os profissionais ditos “liberais”, a situação não é melhor. Arraigou-se a imagem de que são privilegiados. Dificilmente passa o reconhecimento de uma relação de emprego. Em um país em que se empobrece por hora, o outrora “liberal” é uma ficção que alcança a minoria da minoria. Hoje o médico, o dentista, o advogado, o engenheiro, o contador têm que se desdobrar, viver de múltiplos afazeres, correr o dia todo de um para outro lado da cidade, para poder sobreviver. Não são nem mesmo empregados, são sub-empregados.

A questão da “substituição processual” é a suprema ironia. Texto mais claro do que o art. 8º da Constituição Federal, é difícil encontrar em qualquer

lei brasileira Mesmo assim, ora se nega o novo instituto, ora se o restringe, ora se o aplica somente para “os associados”, ora só para os “nominados na inicial” Situemos duas hipóteses mil pessoas “invadem” uma fazenda Para a reintegração de posse, o fazendeiro pede (e geralmente obtém) uma liminar, em petição simples, sem a individualização e qualificação de cada um dos invasores No outro dia, as mesmas mil pessoas ingressam com ação trabalhista, substituídas por seu sindicato O juiz do trabalho entende que devam ser nominadas e qualificadas

Nos dissídios coletivos, alguns votos - infelizmente vencedores em várias ocasiões - são a chibata e a indignidade do pobre e obreiro Nega-se-lhes um piso salarial de sobrevivência, nega-se-lhes a atualização monetária do salário envilecido, nega-se-lhes o café da manhã, nega-se-lhes o almoço, nega-se-lhes o advogado, caso processados por ato cometido em defesa do patrimônio do próprio empregador, nega-se-lhes o adicional pelo serviço insalubre, independentemente de perícia, nega-se-lhes o seguro e a assistência médica, se feridos ou adoecidos em serviço, nega-se-lhes o sepultamento às expensas patronais e, por último, nega-se-lhes até o transporte do corpo, caso morram fora, em serviço!!

A justiça que a um beneficia de ofício, a outro decai de seu ofício Torna-se injustiça, torna-se vergonha, torna-se vício Torna-se em incoerência, quando se nega ao trabalhador calejado da iniciativa privada as diferenças salariais resultantes dos diversos “planos econômicos”, mas as recebe em causa própria, quando deferidas pela via meramente administrativa E quem vai pagar as diferenças do magistrado é o mesmo trabalhador, através de seus impostos, a quem o magistrado negou idêntico direito

Os julgamentos não podem se apartar das leis do bom-senso Nem mesmo podem se divorciar das leis da religião, das boas leis da religião e da honra “A honra de Deus e a honra dos pobres Velha sabedoria da Bíblia, ofertada a todos os filhos espirituais de Abraão Se, pois, alguém quer defender a honra de Deus, acha um caminho seguro ao lado da viúva e do órfão, dos humilhados e dos ofendidos”, ensina o teólogo BELLET

Já é tempo de vermos o homem que trabalha, ou que deseja trabalhar, ou que muito trabalhou, em sua dimensão real e verdadeira de ser humano Do contrário, é humilhá-lo, é ofendê-lo, é tratá-lo como um número de processo a mais, enfadonho, chato, cansativo

Temos que ler (e reler) os clássicos, mais até do que a lei casuísta e fria, do que o enunciado de súmula empedernido e ossificado, do que a doutrina sapientíssima, porém servil Temos que descer às ruas e praças e ouvir o clamor do povo na periferia, cujo eco surdo já ecoa forte e nítido nos “arrastões” da impaciência e da cobrança

Temos que descer da auto-estima do orgulho vão e desmedido, dos

adesivos com o brasão da República apostos nos pára-brisas dos automóveis, cuja única serventia é intimidar o guarda de trânsito, da mania de ver o autor da ação desde logo como se fosse o réu de processo penal, previamente condenado.

Temos que fazer contacto com o sofrimento do brasileiro e de todos os seres humanos. A fome da Etiópia nos atinge, sim, embora a Etiópia seja longe, porque fazemos parte da humanidade. Atinge-nos a brutal desigualdade na distribuição de renda do brasileiro, porque somos brasileiros. Atinge-nos o jovem que abandona seu país, para abdicar da dignidade no primeiro mundo, porque este é o nosso país.

Tudo nos atinge. Não nos salvam, no desastre, nossos grandes privilégios e prerrogativas constitucionais. Contra o povo, não há deuses, nem há juizes, nem há constituição que resista à revolução. Convém refletirmos sobre tudo isto. Talvez, então, sejamos melhores juizes. E, se não o formos, nunca é demais lembrar que já há povo nas ruas. E nós somos feitos da mesma (e fugaz e imperfeita) massa dos que já começam a “arrastar”... e dos que podem ser “arrastados”!

Curitiba, outubro de 1992

**Sobre la Compensacion de los
Salarios de Tramitacion en caso de
Despido Nulo con los Obtenidos por el
Trabajador en otro Empleo en el
Derecho Español del Trabajo**

GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ

APRESENTAÇÃO

GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ

Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade
de Leon - Espanha, Membro do Conselho Editorial da
GENESIS – Revista de Direito do Trabalho

Sobre la Compensación de los Salarios de Tramitación en caso de Despido Nulo con los Obtenidos por el Trabajador en otro Empleo en el Derecho Español del Trabajo

I - El devengo por el trabajador injustamente despedido de los denominados salarios de tramitación ha sido siempre cuestión no exenta de problemas en nuestro Derecho ya desde que el Real Decreto de 30 julio de 1928, claramente influido por el ordenamiento alemán como ha puesto de relieve la doctrina, reguló por vez primera los mencionados salarios; en él se decía que, “el patrono queda obligado a satisfacer al obrero el importe íntegro de las jornadas correspondientes a los días que hubieran mediado entre el despido y la readmisión o, en su caso, entre el despido y el día en que el obrero se hubiera colocado nuevamente”.

A partir de esta idea histórica de arranque, esto es, lo de que en caso de despido injustificado los salarios de tramitación no proceden cuando el obrero hubiera encontrado nueva colocación, se inicia el largo y en ocasiones tortuoso camino - jalonado por la Ley de Jurados Mixtos de 1931, la Ley de Contrato de Trabajo del mismo año, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, la introducción en nuestro ordenamiento del concepto de despido nulo por Orden de 23 abril de 1947, el Decreto de 26 de octubre de 1956, la Ley de Relaciones Laborales, las sucesivas Leyes de Procedimiento Laboral, la jurisprudencia supliendo, en su caso, las lagunas legales al respecto y, por si con lo señalado no bastara, las diferentes posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación - sobre la polémica compensación de los salarios de tramitación - en caso de despido nulo con los obtenidos por el trabajador en otro empleo, hasta llegar a la situación actual

a la vista de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.

II - Dice el art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores que, “*el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir*” y el art. 56.1 b) del citado cuerpo legal que, “cuando el despido sea declarado improcedente”, el trabajador tendrá derecho “a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia de la jurisdicción competente o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”.

Del cotejo de ambos preceptos surge la cuestión no exenta de polémica de si para la fijación de la cuantía de los salarios de tramitación en caso de nulidad del despido procede o no deducir aquéllos obtenidos por el trabajador durante el tiempo en que ha prestado servicios para otra empresa.

III - Es interesante traer aquí a colación la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1991.

La Sentencia es vivo reflejo de la falta de unanimidad *supra* mencionada de la Sala, cuya postura mayoritaria y más difundida - no era éste exactamente el caso de la mantenida por el extinto Tribunal Central de Trabajo - es la que preconiza la necesidad de llevar a cabo la citada deducción de los salarios de tramitación, postura ésta a la que se suma la que ahora da pie a este Comentario.

IV - Una síntesis de los razonamientos fundamentales de esta doctrina legal son los que a continuación siguen, relatados de forma sucinta:

1.- Los salarios de tramitación, tanto en los supuestos de despido nulo como en los de despido improcedente, tienen claramente naturaleza indemnizatoria, reparadora del perjuicio sufrido por el trabajador que pierde aquella retribución que por contra hubiese devengado de no haberse producido el despido. No hay además apoyatura legal ni fundamento jurídico alguno que avale la postura de que tales salarios en caso de despido nulo tengan carácter y finalidad sancionadora de la conducta del empresario.

2.- Si, en consecuencia, ha percibido otros en otro empleo, devengar en su integridad los salarios de tramitación, supondría un enriquecimiento sin causa e injusto del trabajador en perjuicio de la empresa resultando por tanto obligada la compensación, adecuándose así el resarcimiento a las circunstancias del caso concreto según que la remuneración haya sido superior o no a la cuantía de los salarios de tramitación.

3.- El tenor del art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores no se opone a la tesis expuesta. El mandato en él contenido de satisfacer los salarios dejados de percibir no puede comprender los devengados por el trabajador durante el tiempo de prestación de servicios para otro aun que el pago haya sido

realizado por este otro. Y ello aunque el precepto *supra* mencionado nada diga al respecto a diferencia del ya citado art. 56.1 b), por cuanto al responder en definitiva los salarios de tramitación, tanto en caso de despido nulo como de despido improcedente, a igual finalidad cual es el abono de los salarios dejados de percibir, la lógica debe llevar a que la mera omisión del art. 55.4 debe ser completada a la vista de lo dispuesto en el art. 56.1 b).

4.- Refuerza además el carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación y el hecho de que la Sala ha mantenido que en caso de despido, tanto nulo como improcedente, de trabajador con contrato temporal extinto durante la sustanciación del proceso, sólo se deben aquéllos salarios hasta el día en que se hubiera extinguido el contrato de no haberse producido el despido.

V.- Los argumentos del voto particular discrepante de la sentencia mayoritaria son los siguientes expuestos resumidamente:

1.- *In claris non fit interpretatio*. El tenor literal de los arts. 55.4 y 56.1 del Estatuto de los Trabajadores revela claramente que existe regulación independiente y distinta sobre los efectos del despido nulo y los del improcedente. Literalmente por tanto, hay diverso trato legal con lo que no hay lugar a duda de que la compensación debatida se contempla expresamente sólo para los supuestos de despido improcedente no pudiendo aplicarse analógicamente la mencionada compensación en perjuicio del trabajador en caso de despido nulo.

2.- El argumento sostenido por la sentencia mayoritaria de que la figura de los salarios de tramitación tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria no se encuentra en armonía con el hecho de que en virtud de lo dispuesto en el art. 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores no existe compensación o descuento en el caso de que el trabajador haya encontrado otro empleo con posterioridad a la sentencia, lo que es demostrativo de que el legislador ha tenido presentes consideraciones distintas a aquella del perjuicio resarcible.

3.- El diferente y mejor trato legal al trabajador en caso de despido nulo suele encontrar la explicación, no por tanto en un olvido del legislador, sino en “una suerte de sanción contra el empleador que no ha respetado el ministerio de la ley”, puesto que en este caso la readmisión no tiene carácter opcional”; si no obstante ésta no se produce, “*no parece injusto que el empresario deba asumir esa mayor carga que implica la falta de descuento, cualquiera que sea la fecha de la nueva colocación, de los salarios correspondientes al tiempo en que el trabajador ha prestado servicios para otra empresa*”.

VI.- Tanto los razonamientos vertido en la sentencia mayoritaria como en el voto particular discrepante se realizan con impecable rigor. Ciertamente

el tenor literal de los arts. 55.4 y 56.1 es un obstáculo a tener en cuenta que impide la compensación en los supuestos de despido nulo; pero no lo es menos que el obstáculo puede ser razonablemente salvado con una interpretación lógica e integradora como hace la sentencia. En efecto, si las normas deben ser interpretadas, “*según el sentido propio de sus palabras*”, también debem serlo, “*en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*” (art. 3.1. del Código Civil).

VII.- Abundando en lo que se acaba de señalar, la tesis de la sentencia, aunque no sea absolutamente sólida i incontrovertible, presente no obstante indudables ventajas y una mayor bondad jurídica sobre la sostenida por el voto particular.

1.- Frente al carácter sancionador al empresario, parece más adecuado hablar, por adaptarse mejor a la finalidad real perseguida por la norma, del objetivo reparador de la percepción al trabajador despedido y por suponer un enriquecimiento injusto el abono de los salarios de tramitación debe hacerse, en el caso aquí objeto de nuestro interés, con la rebaja de los percibidos en otro empleo, lo que por otra parte, además, es doctrina antigua y reiterada del Alto Tribunal (así, sentencias del Tribunal Supremo de 27 junio 1953, 30 enero 1963 y 17 junio 1972, entre otras). La distinción entre despidos nulos e improcedentes - en ello parece estar pensando la sentencia aunque no lo manifieste expresamente - es una tal que, aún conviniendo que sea real y de utilidad, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, en esencia se puede - y en el caso que aquí se comenta, debe - reconducir al viejo concepto unitario de despido injusto o injustificado: el trabajador es despedido sin causa justa y bastante, privándosele de su trabajo y la consiguiente retribución, generándose así un perjuicio que debe ser reparado.

2.- Llegados hasta aquí, cabría preguntarse a modo de ejemplo sobre el valor actual del ya citado Real Decreto de 30 julio de 1928; o sobre lo que escribía ALARCON HORCAS al comentar el Código de Trabajo de 1926, sobre el trabajador injustamente despedido: “*no se puede, a priori, tener derecho a reclamar la integridad de sueldos o jornales que hubiera podido percibir de haberse cumplido el contrato hasta su término normal, porque al recobrar el obrero su libertad de acción puede entrar al servicio de otra persona, no siendo lícito percibir lo no debido, o sea, el precio de lo que no se ha trabajado*”; o sobre el contenido de una resolución del Ministerio de Trabajo de 1932: “*los pronunciamientos en los cuales se sancionan despidos injustos han de subordinarse, como reparadores que son de un perjuicio, a la extensión de éste, y, por tanto, hallándose el actor colocado, sólo procede condenar al demandado al pago de jornales comprendidos entre la fecha del*

despido y la nueva colocación del despedido”; o sobre lo que escribía asimismo HINOJOSA FERRER en 1933: “*si el obrero se hubiese colocado algunos días después del despido y antes de la readmisión habrá sólo lugar al abono de los días que hubiera estado sin trabajar, y en todo caso a la diferencia entre el jornal obtenido en la antigua y la nueva colocación, si aquél fuese superior a éste*”.

3.- A nuestro juicio la respuesta a la pregunta formulada es la de que lo señalado en el número anterior no está totalmente fuera de lugar en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico-laboral vigente.

Los despidos nulos e improcedentes, son despidos injustos que infringen un perjuicio al despedido del que debe ser resarcido con compensación de lo percibido en otro empleo tanto en unos como en otros. El tenor literal de los tan citados arts. 55.4 y 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores no debe impedir - como por el contrario pretende el voto particular a la sentencia objeto de comentario - que, a los efectos de compensación de los salarios de tramitación, para los despidos nulos e improcedentes y en aplicación de lo dispuesto en el art. 4.1 del Código Civil, se proceda a la aplicación analógica al apreciarse una identidad de razón, tanto más cuanto que - aparte de lo ya señalado sobre la distinción entre despidos nulos e improcedentes, reconducible en última instancia a los despidos injustificados - la calificación de los despidos como nulos o improcedentes adolece en estos últimos tiempos de considerable imprecisión, acentuada por la Ley de Procedimiento Laboral de 27 abril de 1990.

VIII.- Finalmente, parece conveniente hacer unas consideraciones adicionales sobre la cuestión principal objeto de la Sentencia, aunque sea de manera breve, para el supuesto de que el criterio que se adopte sea el adoptado a su vez por aquélla y, en todo caso, a la vista de la compensación expresamente contemplada en el art. 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores.

1.- La situación de empleo objeto de compensación con los salarios de tramitación debe ser nueva, inexistente al tiempo del despido; no se extiende por tanto a aquél otro u otros empleos que el trabajador despedido hubiera podido tener coetáneamente con aquél del que fué desposeído como consecuencia de su despido. Dicho de otra manera, el pluriempleo existente no es objeto de la mencionada compensación.

2.- El empleo debe ser obviamente remunerado pues de lo contrario no habría términos válidos sobre el que proyectar la compensación. Debe repararse en este contexto, de una parte, en las dificultades que puede tener el empresario para probar la cuantía retributiva percibida por el trabajador despedido en otro empleo a efectos de proceder, en su caso, a la compensación, y de otra, en las dificultades que asimismo pueden surgir del hecho de que pese al trabajo realizado en otro empleo, puede existir falta de pago de salarios por

las circunstancias que en su caso sean; incluso, también la existencia de salarios de tramitación.

3.- Aunque normalmente se piensa en que el otro trabajo prestado lo es por cuenta ajena, ello no impide naturalmente que el despedido trabaje en virtud de título distinto al contractual laboral en cuyo caso cabe preguntarse si esta situación global, que, como es sabido, admite múltiples modalidades y circunstancias, podría ser objeto de compensación con los salarios de tramitación.

4.- No está de más recordar lo dispuesto en el art. 47.3 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 - cuyo precedente estaba en el art. 38 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 - al señalar que “si el trabajador ganara en otros empleos, durante el impedimento proveniente de causas imputables a la empresa, cualquier otro emolumento, se descontará éste de las obligaciones del empresario”, aunque ello llevaría a partir de la naturaleza de la figura como un débito salarial, postura ésta que no fué ni es ajena a la doctrina y jurisprudencia. De salarios hablan en definitiva los arts. 55.4 y 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores y también, en su contexto, el art. 33.1 párrafo segundo del mismo cuerpo legal; asimismo la vieja - vigente cuando se produjeron los hechos que la sentencia resuelve - y la nueva Ley de Procedimiento Laboral (art. 103 párrafos segundo y cuarto, y arts. 110.1 y 113.1, respectivamente).

Democracia e Relações Coletivas do Trabalho

EUCLIDES ALCIDES ROCHA

Democracia e Relações Coletivas do Trabalho

1. Novas condições e velhas noções.

Os duros tempos em que vivemos obrigam a raça humana a enfrentar algo mais do que um desafio comum. Enquanto a humanidade se encontra ainda dividida por contrastes profundos, no progresso material e na capacidade técnica, nos sistemas políticos e na qualidade da civilização, estamos, entretanto, ampliando rapidamente nossos conhecimentos físicos - e, por intermédio destes, o nosso domínio - do planeta que na verdade constitui o nosso lar.

Tão espetaculares foram os acontecimentos possibilitados pelo avanço tecnológico que muitas vezes perdemos a dimensão do seu verdadeiro significado histórico. Fatos como a travessia dos oceanos, a comunicação instantânea do fax, a memória cada vez mais prodigiosa dos computadores, a viagem pela vastidão do espaço exterior, passam despercebidos. Integram, na verdade, o nosso cotidiano, de tal forma que não nos ocorreria hoje, por exemplo, fazer uma viagem a cavalo, ou escrever um jornal em pergaminho...

No entanto, o estudioso das questões sociais, testemunha destes acontecimentos, olvida agitar-se, novamente, com os problemas do seu próprio domínio. Parece evidente que o progresso científico exige reajustamentos importantes em muitas das instituições, relações sociais e crenças estabelecidas que herdamos. A noção de Estado e Democracia, por exemplo - através da qual os contatos entre os Governos e os sentimentos políticos da sociedade civil se efetuam - continua fornecendo uma forma estrutural petrificada.

Embora, tanto a antiguidade quanto a modernidade façam da democracia um tema digno de ser, a todo momento, reexaminado, parece ser que os seus

avanços ontológicos não foram surpreendentes

Organizada e explicitamente debatida, pela primeira vez, na Polis ateniense do século V a C, a democracia passou por inúmeras fases e vicissitudes, tendo aparecido sob muitos disfarces “*Alguns a encaram como um desafio revolucionário à autoridade constituída e aos interesses estabelecidos, um símbolo de provocação, protesto e libertação, uma investida contra o privilégio e a classe. Outros a consideraram como fato consumado, aceitando sua existência como parte da ordem estabelecida em que tinham nascido e a qual um conservadorismo plácido a sustentava*”⁽¹⁾

Em certos períodos, a democracia era uma rara e curiosa extravagância, digna de ser assinalada e descrita por seus contemporâneos, sobretudo pelo fato, precisamente, de ser excepcional. Em outros, perdurou apenas como recordação literária, registrada nas páginas dos historiadores, dramaturgos e filósofos, que eram principalmente os seus maiores críticos. As instituições e idéias democráticas conheceram tanto o triunfo como o revés.

Após um longo ocaso, registraram um renascimento nos séculos XVI e XVII, floresceram vigorosamente e, no todo, vitoriosamente, no século XIX, surgindo no século atual (ainda que abalados) do lado vencedor de duas guerras totais, em que o ideal democrático estava entre as causas da luta.

Seus antagonistas englobavam os aristocratas e oligarcas do mundo antigo - e em alguns rincões, são os mesmos ainda hoje - a nobreza medieval e seus atuais descendentes, os monarcas absolutos do século XVI e XVII, os príncipes-mercadores de, virtualmente, todas as eras - desde que o poder do povo passou a constituir uma ameaça a suas fortunas - a maioria dos chefes das religiões organizadas, os comandantes de, praticamente, todos os exercitos do passado e de grande parte deles no presente e, por fim, as espécies ditatoriais do século XX, tanto fascistas como comunistas.

A democracia é uma palavra mágica, da sua cartola saem conceitos que agradam a todo público. Porém, há uma série de instituições e procedimentos contrastantes que podem eventualmente ser rotulados como democráticos. As traves mestras da estrutura governamental, os processos do sistema de partidos, o significado e as prioridades atribuídas a “distintos ideais operacionais”⁽²⁾, as relações entre os cidadãos, o caráter da ordem social com que a ordem política está entretecida e, por último, o processo de participação da sociedade civil nas decisões mais importantes da vida nacional.

A democracia pode estar combinada - e independe - com economias altamente socializadas, que têm um considerável volume de propriedades

(1) LIPSON, Leslie *A Civilização Democrática* v I, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1966, p. 17

(2) Expressão utilizada por A.D. LINDSAY in *O Estado Democrático Moderno* Trad. port. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1965

públicas, planejamento e regulamentação estatais, e serviços sociais, ou, então, com uma economia que retém maior soma de capitalismo não-regulamentado e concede uma esfera mais vasta para a atividade do indivíduo que visa o lucro. As filosofias que os democratas preconizam poderão dar realce à liberdade, enquanto outras acentuam a igualdade.

Algumas identificam democracia com individualismo, outras com interesse público; com os direitos da minoria, ou com a lei da maioria. Daí, resulta a diversidade de apreciações que podem ser feitas a respeito das numerosas construções teóricas da democracia e, mais, a respeito dos mecanismos através dos quais um Estado democrático pode ser arquitetado.

Portanto, as conclusões que brotam de uma observação empírica desta ordem são que as comparações devem ser traçadas não só entre sistemas democráticos e não-democráticos, mas também entre as próprias democracias. Plagiando ORWELL, poder-se-ia dizer que as democracias são iguais, mas umas são mais iguais que as outras.

Como se vê, o estudo da democracia pode conduzir a caminhos múltiplos, porém, nenhum deles poderá ser totalmente objetivo, exatamente porque as preferências político-ideológicas de quem o escreve não podem ser radicalmente excluídas. Esta tarefa torna-se ainda mais difícil quando a democracia passa a ser examinada a partir da participação popular através das associações sindicais.

2. Sindicato e democracia.

No limiar do século XXI, parece não haver dúvida, pelo menos em teoria, que a democracia somente pode brotar e se desenvolver num ambiente propício, isto é, num Estado de Direito - porque sem a garantia legal dos direitos fundamentais do homem e a possibilidade de defesa jurisdicional dos mesmos não há falar em Estado democrático - e, além do mais, deve ser um Estado Social - porque a igualdade de oportunidades e o livre exercício profissional, que garanta dignidade de vida aos trabalhadores e a suas famílias, diminuindo as brutais diferenças sociais, permeiam a democracia.

Como forma popular de participação que é, a democracia não poderia sobreviver, em uma sociedade de economia de mercado, não fosse a existência de sindicatos livres.

Não seria exagerado dizer que, historicamente, a própria consolidação dos sistemas democráticos ocidentais dependeu em grande medida do surgimento e solidificação dos sindicatos. Antes mesmo do Iluminismo, os trabalhadores se aglutinavam em coalizações, as *compagnonnages* medievais, para combater o despotismo das corporações de ofício⁽³⁾. É importante ressaltar que, ao contrário do que muitos dizem, a semente do sindicalismo não

está nas corporações - que eram agremiações empresariais, preocupadas em manter o monopólio do mercado e impedir, pela via transversa, o acesso de companheiros e aprendizes à condição de mestre - mas sim, naquelas coalizões.

Mesmo na fase marcadamente anti-associacionista do liberalismo econômico, pós-revolução francesa, o espírito solidário e associativo dos trabalhadores falou mais alto que o espírito antidemocrático do Edito de Turgot e da Lei Le Chappelier. Punha-se em cheque a falsa fórmula de que a democracia só seria real se entre Estado e indivíduo não houvesse intermediários. Se, por um lado, os embrionários sindicatos estavam proibidos, por outro, hipocritamente, as associações comerciais eram fomentadas, embora ambos pertencessem ao mesmo gênero **associação**.

Felizmente, não tardou a resposta dos trabalhadores que forçaram a revisão daquelas normas antidemocráticas, surge a *Chambre syndicale* (sindicato dos sapateiros) que em França representou um contributo à consolidação dos reais ideários da Revolução.

Com o século XIX, marcado pelos conflitos laborais oriundos dos excessos da Revolução Industrial, vieram as primeiras conquistas do Direito Individual do Trabalho. Começa a se esboçar o perfil dos grandes sindicatos modernos. O discurso sindical deixa de ser meramente reivindicatório e passa a ter conotações político-ideológicas, revolucionárias. O Manifesto Comunista, de 1848, assinala o início de uma fase controversa, na qual o conceito mesmo de democracia sofre um giro de 180 graus. Fala-se em ditadura do proleto-riado, paradoxalmente, como único meio de atingir a democracia.

Mas como o processo histórico é dialético, paulatinamente surge no seio do movimento obreiro e em algum segmento empresarial a idéia de que a paz social somente seria alcançada com a melhoria das condições de vida e a efetiva participação dos trabalhadores. Do Congresso de Basileia ao Tratado de Versalhes, o surgimento da OIT, a proposta democrática de superação dos conflitos do capital e trabalho é uma decorrência.

Contudo, o princípio da “*liberdade de associação destinada à defesa e exigência de melhores condições de trabalho e econômicas*” estampado na Constituição Mexicana (1917) e repetido na de Weimer (1919), era violentamente tripudiado anos mais tarde, com a ascensão das teorias fascistas.

Sem falar da virulência da Frente de Trabalho Alemã, que interviu nos sindicatos, levando muitos dos seus dirigentes à morte, sob pretexto de supressão da luta de classes, o sistema corporativo italiano, inaugurado com

(3) *Vid.*, por todos, Georges LEFRANC. *Le Syndicalisme dans le Monde*. Paris, Presses Universitaires de France, 1979, p. 7 e ss.

a Carta del Lavoro, é o que melhor representa a ruptura com todos os princípios básicos de um sistema democrático de relações coletivas de trabalho. Sindicato único, contribuição sindical obrigatória, inclusive para não associados, proibição de greve, sindicalização vertical, hierárquica, e com base nas tais das categorias profissionais e solução judicial obrigatória para os conflitos coletivos de natureza econômica, eram algumas das suas características⁽⁴⁾. Na mesma linha, infelizmente, o Código do Trabalho de 1926 e as ampliações do **Fuero del Trabajo espanhol**, o Estatuto do Trabalho Nacional (1933), de Portugal e o Decreto 19.770/31, do Brasil.

Na Itália e na Alemanha, passada a Segunda Guerra Mundial, os interlocutores sociais optam pela democracia. O art. 39 da Constituição italiana consagra, por exemplo, o princípio jurídico fundamental de que a “organização sindical é livre”. Embora anos mais tarde, depostos os governos de Franco e Salazar, Espanha e Portugal também se inclinam para o Estado Social Democrático e de Direito, garantindo constitucionalmente ampla liberdade sindical.

Não há negar as conquistas dos últimos anos no Brasil. A Constituição Federal de 1988 representou um passo decisivo para consolidação do sistema democrático brasileiro, resta saber, contudo, se na esfera das relações coletivas de trabalho acompanhamos os paradigmas europeus.

3. Sindicato e liberdade profissional

A liberdade sindical, como direito dos trabalhadores a fundar sindicatos e “a filiar-se ao que melhor lhe convier”⁽⁵⁾, assim como o direito dos sindicatos já constituídos ao livre exercício das funções constitucionalmente atribuídas em defesa dos interesses dos trabalhadores (entre outros, arts. 8º e 9º da CF/88), constitui uma das peças fundamentais do sistema de relações do trabalho próprias de um Estado Social e Democrático de Direito.

Esta afirmação, de aparente simplicidade, oculta no seu âmago um sem fim de interpretações que, tal qual o conceito de democracia, podem levar o estudioso a caminhos diversos. A começar pela discussão em torno das dimensões da liberdade sindical. Para alguns ela é individual, para outros coletiva. Há quem diga que depende da organização externa, outros, que depende da democracia interna.

Na verdade, parece que a elaboração científica do Direito Sindical, pelo menos em nosso país, especialmente após a segunda guerra mundial, pousa sobre a tríplice noção do **interesse coletivo**, da **categoria profissional** e da

(4) *Vid.* Gino GIUGNI. *Direito Sindical*. Trad. port. Eiko Lúcia Ilioka. São Paulo, LTr, 1991, p. 46.

(5) PALOMEQUE LÓPEZ, M.-Carlos. *Derecho Sindical Español*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 73.

autonomia coletiva.

Na formulação clássica, o interesse coletivo é aquele próprio de “uma pluralidade de pessoas com relação a um bem apto a satisfazer uma necessidade comum (...). Interesse coletivo que não seja um interesse geral de toda uma coletividade organizada, ainda que seja um interesse diverso do interesse individual, é, por si, um interesse privado e não um interesse público”⁽⁶⁾.

Construção, esta, dogmática que manifesta claramente sua premissa ideológica, ao conceber a coletividade de interesses e o sindicato como uma organização econômica e não política. Uma elaboração moderna faz coincidir o interesse coletivo, desprovido de suas conotações redutoras e corporativas, com o interesse do trabalho assalariado, com o interesse da classe.

Nesse sentido, a pluralidade de pessoas que comparte um interesse coletivo comum, cuja titularidade e exercício, constitui o que a doutrina italiana, no período democrático, revisando o conceito corporativo, define como sendo a “categoria profissional”, isto é, “a formação social de que tomam parte trabalhadores (ou empregadores) que se vinculam em torno a um interesse coletivo comum”⁽⁷⁾. O estéril debate teórico a respeito da categoria profissional deve respeitar o “*principio da relatividade da formação dos grupos sociais*”.

É preciso ter presente que, num sistema democrático e não hierarquizado, não é a categoria que precede ao sindicato, mas, ao contrário, “é o sindicato que precede e dá os contornos da categoria, melhor dito, delimita, substancialmente ao seu arbítrio, o ramo da economia em que irá se organizar e negociar”⁽⁸⁾.

É claro que estas referências, embora corretas enquanto formulação teórica e de princípios, são de duvidosa aplicabilidade em face do modelo constitucional abraçado pelo Brasil, após 1988. Em definitiva, adotou-se um sistema híbrido, contraditório, que de um lado apregoa a ampla liberdade sindical, proibindo expressamente que o Estado interfira e intervenha na vida sindical, mas que, por outro lado, consagra a unicidade sindical e mantém, ampliando, o malfadado imposto sindical, agora com a sua irmã menor e mais draconiana, a tal da contribuição confederativa.

No processo histórico-democrático demos, sem dúvida, largos passos, mas especificamente no que concerne à estrutura da representatividade

(6) SANTORO-PASSARELLI, F. *Nociones de Derecho del Trabajo*. Trad. cast., Madrid, IEP, 1963, p. 19.

(7) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *La Relación colectiva de trabajo a través de sus manifestaciones* Murcia, Pub. Universidad, 1961.

(8) MANCINI, G.F. *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*. Milão, RTDPC, 1963, p. 582.

sindical parece que ainda temos que percorrer um longo caminho

Por fim, a autonomia coletiva e o suporte de toda a construção teórica do Direito Sindical, como sendo a potestade que compartilham os grupos sociais de auto-regulamentação de interesses contrapostos ou contrários

Inegável a importância deste postulado, que inclusive tem servido de suporte aos que defendem a flexibilização do **Direito do Trabalho**, através da negociação coletiva

Negociação coletiva que foi objeto de várias referências no texto da Constituição de 1988 Sendo a de maior relevância a do 2º, do art 114, que erigiu a negociação coletiva a categoria de “condição da ação”, no caso de ajuizamento de dissídio coletivo Mas foi exatamente no final deste artigo que se inseriu o antídoto contra a efetiva prática a negociação coletiva, mediante a manutenção do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, que impede o arranjo dos interlocutores sociais diretamente interessados A exemplo do que ocorre com os países do primeiro mundo, melhor seria que a forma de solução dos conflitos coletivos de natureza econômica fosse encontrada no jogo democrático de forças do capital e do trabalho

4. Sindicato e participação política.

A questão da participação política dos sindicatos no poder político tem sido objeto de várias conjecturas, que podem ser tendencialmente reduzidas a duas propostas fundamentais participação política indireta dos sindicatos através dos partidos, ou participação política direta com poder deliberativo em assembleias que tenham poder legislativo⁽⁹⁾

Segundo BAGOLINI, referente a primeira proposta, os partidos deveriam ser internamente reestruturados de modo a acolher em seu âmbito os sindicatos e fazer-se portavozes dos interesses dos trabalhadores no plano político decisório No que se refere a participação direta, trata-se de uma perspectiva segundo a qual, ao lado de uma Assembleia pluripartidária, deveria constituir-se uma Assembleia econômica e profissional com a participação dos sindicatos ou dos grupos portadores de interesses criativos e não de interesses meramente possessivos ou de simples fruição

É certo que hodiernamente a ação sindical não pode estar limitada a esfera da contratação coletiva e da tutela dos interesses da categoria dos trabalhadores em relação à oposta categoria dos empregadores, porém, os resultados empíricos têm demonstrado que nem sempre a ampla participação dos sindicatos em todos os aspectos da vida social é favorável

(9) Vid a respeito do tema L BAGOLINI *O Trabalho na Democracia* Trad port João da Silva Passos São Paulo, Editora Universidade de Brasília e LTr 1982

Naturalmente, a resposta afirmativa dependerá da existência real de um sistema político-democrático consolidado. A contrário *sensu*, a participação dos sindicatos, direta ou indiretamente, na vida política de um Estado, no qual a prática democrática esteja comprometida, poderá representar falsa legitimação de poder. Os sindicatos, nestes casos, podem se tornar meras **correias de transmissão** entre a sociedade civil e o grupo que tem a hegemonia do poder, a exemplo do que ocorreu com os sistemas corporativos.

Ademais, as recentes experiências de participação direta e ativa, político-partidária, dos sindicatos na gestão do Estado têm sido comprometedoras, como é o caso da Central Sindical Comunista italiana e da União Geral de Trabalhadores espanhola. Na verdade, naqueles países, não fosse o brusco corte de relações com a Coalizão do Partido Comunista italiano, liderado por Divino Craxie, e com o Partido Socialista Obreiro Espanhol, de Felipe González, referidas centrais sindicais teriam perdido a sua base de sustentação. Com efeito, o surgimento dos COBAS (comunidade de base) na Itália atestaram que a ingerência sindical direta nas atividades político-partidárias foi nefasta, pois como dizia Nico Poulantzas, *“a administração de um Estado-Capitalista e sempre uma administração capitalista”*

E no Brasil, ainda como herança do sistema corporativo temos a falsa participação dos sindicatos na administração do Estado e, o que é pior, na administração da Justiça. Numa análise de custo/benefício é difícil sustentar a manutenção da representação classista na Justiça do Trabalho.

Por outro lado, há os que confundem participação com ação ostensiva contra o próprio estado e muitas vezes, impensadamente, contra os princípios democráticos. Olvidam que a dicotomia, tão frequentemente empregada, entre pensamento e ação, entre teoria e prática, é falsa. Pensar é uma forma de ação. Quicá, um desdobramento desta ideia fictícia se reflita na prática de pelo menos uma parcela considerável do nosso movimento sindical.

Talvez, o *“sentido da palavra ‘participação’ (se na verdade tal palavra tem hoje um sentido específico moral e político) pareça derivar mais que nunca de uma espécie de reação contra certas tendências para o absoluto e absolutizações que caracterizam as atitudes daqueles que parecem ter transferido para um partido o caráter de uma fé perdida. Há talvez uma regra mais ou menos generalizável segundo a qual aqueles que crêem no Absoluto (isto é, num Deus que transcende as possibilidades cognoscitivas e volitivas do homem), podem, mais facilmente que os outros, conservar em política aquele tanto de relativismo que é necessário para a busca de novos caminhos através da experimentação, da reflexão, da persuasão e do diálogo democrático”*⁽¹⁰⁾

(10) BORNE, E. *Pour une Philosophie de la Democratie*. Obra col *La Democratie a Refaire*. Paris, 1963, p. 286, cf. cit. BAGOLINI, *op. cit.*, p. 74.

5. Conclusões.

Temas apaixonantes e, por isso, traiçoeiros como o da democracia e o das relações coletivas de trabalho, levam sempre o expositor a perder um pouco o norte da narrativa, tamanhas as implicações que trazem no seu bojo.

O que importa ressaltar é que o homem, enquanto ser social, somente pode se realizar em uma sociedade democrática, onde as instituições, inclusive e principalmente os sindicatos, respeitem as normas elementares dos princípios democráticos antes expostos.

Tal tratamento está em conformidade com uma concepção dos propósitos de que a política tem por objetivo servir em Estados democráticos. O objetivo que se procura, na sociedade, é atingir um nível superior de civilização. Esta, embora dependendo de conhecimento e técnicas por cujo intermédio dominamos nosso meio físico, consiste, primordialmente, nos valores escolhidos para orientarem nossas vidas. Com efeito, o que distingue as civilizações entre si são os valores escolhidos pelos homens, bem como nosso êxito ou fracasso em organizarmo-nos para que tais valores sejam alcançados.

Se sustentamos, como Bacon, que a função da sabedoria é “minorar a situação do homem”, então o dever do investigador, neste momento de transição da história, é bastante árduo: encontrar os instrumentos que levem efetivamente à justiça social. É possível que os mais descredulos digam que o pensamento, por si só, como observou Aristóteles, não acione coisa alguma, porém, não devemos esquecer que o pensamento é o prelúdio necessário para a escolha da decisão. Se conseguir inflamar a imaginação e evocar sentimentos bastantes, conduzirá a resultados práticos.

A tela onde o retrato da democracia pode ser pintado, como acabamos de ver, é extremamente ampla, contudo, as cores a serem utilizadas devem ser necessariamente as cores da ética.

APRESENTAÇÃO

DINAURA GODINHO PIMENTEL GOMES

- Juíza do Trabalho da 9ª Região - Paraná
- Doutora em Direito do Trabalho pela 1ª Universidade de Roma (La Sapienza), tendo defendido tese sob o tema “*Problemi e prospettive della contrattazione collettive nel diritto italiano con qualche accenno alla contrattazione collettiva in Brasile*”, tendo como Orientador o Prof Guido Zangari
- Professora de Direito do Trabalho da Universidade Estadual de Londrina, integrando o Corpo Docente do “Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais”
- Autora de vários ensaios publicados em obras e revistas especializadas em Direito do Trabalho, no Brasil e no exterior (Itália)

Sindicalismo do Direito Comparado

1. Saudação

2. Introdução

O **direito do trabalho** se distingue dos demais ramos do Direito não só pelo seu constante envolvimento - com os problemas sócio-econômicos do País, seja ele industrializado, desenvolvido, em desenvolvimento, mas principalmente porque a **história** nos mostra que quando se prende nas mãos um texto de leis trabalhistas, subitamente nos faz lembrar que ali estão séculos de sofrimentos calados e de revoltas, eis que aquelas linhas foram escritas com sangue e fogo, porque até hoje nenhuma classe dominante abriu mão de seus privilégios apenas por ideais de fraternidade, de espírito de amor ao próximo.

O **direito do trabalho** é visto, então, como um instrumento para combater a pobreza e eliminar as disparidades sociais, haja vista que o desenvolvimento das técnicas de produção conjuntamente com o grande aumento do trabalho coletivo nas fábricas e empresas industrializadas, a partir do final do século passado, provocaram o agravamento da questão social. A intervenção do Estado na ordem privada, a fim de melhorar a situação dos trabalhadores, tornou-se necessária. Divergem as opiniões no tocante ao modo de se utilizar tal instrumento. Uns entendem que deve constituir **encargo do Estado**, a quem incumbe ditar todas as regras relativas às **condições de trabalho**, a serem observadas, tais como, o salário, as férias, a duração da jornada diária e semanal, o repouso semanal remunerado, etc. *Essa é a concepção dominante nos países de formação jurídica romano-germânica, notadamente da América Latina.* Outra corrente adota o ponto de vista de que as condições de trabalho devem resultar das atividades

reivindicatórias dos interessados, através do procedimento da negociação coletiva *Esse é o sistema ou método seguido nos países democrático-pluralistas (EUA, Grã-Bretanha, França, Itália, Portugal, entre outros)*

Ao se concluir tais premissas, convém ressaltar a classificação que levou OSCAR ERMIDA URIARTE a diferenciar o **Modelo Intervencionista** do **Modelo Abstencionista** ante a atuação do Estado nas Relações Industriais

Verifica-se, pois, a adoção do modelo intervencionista quando o Estado, através de leis e de decretos impõe regras disciplinadoras das relações entre o capital e o trabalho, sejam elas individuais ou coletivas, com significativas limitações da liberdade sindical. Desse modo, não abre espaço para o desenvolvimento da autonomia privada coletiva, o que determina a manutenção das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores (subordinados) naquele mínimo pelo próprio trabalho garantido, até de forma paternalista. Em que pese as diferentes realidades de cada unidade produtiva, tudo permanece num total imobilismo e muito pouco se consegue no tocante à mudança das estruturas sociais.

Em contraposição, o modelo abstencionista propicia a criação e o desenvolvimento natural de um ordenamento jurídico paralelo àquele circunscrito pelo ordenamento estatal. O Estado reconhece e sustenta a autonomia privada coletiva, garantindo os meios de autotutela (contratação coletiva e a greve).

Para melhor compreender a atuação sindical diferenciada, urge considerar, ainda hoje, as três grandes áreas jurídicas de países homogêneos, assim consideradas para o fim do desenvolvimento da análise comparada: *a) área dos países inspirados no chamado corporativismo orgânico, b) área dos países do socialismo real e c) área dos países liberal-democráticos*

3. Perfil da Atuação Sindical no Âmbito dos Países Inspirados no Corporativismo Orgânico

É com a Revolução Industrial que o sindicalismo operário aflorou nos países do mundo ocidental ante a necessidade de os trabalhadores subordinados buscarem a tutela de seus interesses, já que o Estado se mantinha numa posição neutral diante dos conflitos industriais, em conformidade com os postulados teóricos do **liberalismo**, consubstanciados na vã afirmativa, no mundo do trabalho, de que os homens são livres e iguais.

O Estado, quando interveio, já na fase de reconhecimento das associações sindicais, nas relações industriais, em alguns países da Europa, como a Itália, Espanha e Portugal, visando discipliná-las (as relações industriais), acabou por desfigurar a atuação sindical, ao impor o sistema corporativista, onde as organizações sindicais, reconhecidas como pessoas jurídicas de direito público,

nada mais eram do que um desmembramento dos órgãos estatais, a serviço de interesses governamentais voltados para a melhoria da produção nacional, eliminada, por assim dizer, sua força espontânea em prol dos interesses profissionais dos trabalhadores.

A idéia básica do corporativismo é a organização das forças econômicas em torno do Estado, com o fito de promover o interesse nacional e contando com o poder de impor regras a todos os seus membros.

No esquema do corporativismo, não há quase espaço para a atuação dos mecanismos de autocomposição, como a negociação coletiva, tendente à celebração de acordos e convenções coletivas, para arbitragem, prevalecendo, ao contrário, os mecanismos de tutela.

As organizações sindicais nada mais são do que um desmembramento dos órgãos estatais, cujas funções e objetivo já vêm delineadas previamente através de leis e decretos. A unicidade sindical é imposta, lastreando-se o modelo sindical no conceito de categoria, que significa grupo profissional e econômico organizados em conformidade com os designios políticos do Governo (totalitário).

Em suma, o Estado governado pelo corporativismo orgânico, mesmo admitindo a existência de uma pluralidade de classes, titulares de interesses em conflito, se rege pela idéia de uma harmonia preestabelecida entre os diversos setores da produção.

Como bem acentua OLIVEIRA VIANNA, inspirador e coordenador desse sistema, no Brasil, na década de 30, pretendeu-se aglutinar os patrões e operários, sempre amigavelmente, em proveito dos interesses da coletividade.

Esse sistema corporativista, agravado com o totalitarismo de Estado, demonstrou ser impotente para a solução dos grandes problemas modernos, notadamente a insuficiência da produção.

Na Itália, caiu em 1944, em Portugal, com o golpe militar, de 25 de abril de 1974 e a proclamação do “Programa do Movimento das Forças Armadas”, ripristinada, assim, a liberdade sindical. Finalmente, no Brasil, com o advento da Carta Magna promulgada em 5 de outubro de 1988, embora ainda permaneçam alguns resquícios de ressaibo corporativista, conforme será tratado ao final desta exposição.

4. A Atuação Sindical na Área dos Países Socialistas

Conforme enfatiza o eminente professor italiano GUIDO ZANRARI, os países integrantes do bloco indicado têm como característica fundamental de serem Estados do tipo *monoclasse*, isto é, em conformidade com o sistema mais ortodoxo adotado pela ex-União Soviética, admite-se a existência de uma única classe, que é a dos trabalhadores urbanos e rurais. Inexiste a

pluralidade de classes e, na ausência desta, obviamente não existe o conflito, que determinou o surgimento das associações sindicais modernas.

Nesse sistema de organização política, o sindicato não luta **contra algo** mas **para algo**, com o que se quer dizer que, cabendo ao Estado promover a **supressão da luta de classes** e estando o poder, teoricamente, nas mãos dos trabalhadores, não há condições para que estes reclamem do Estado as medidas que a eles próprios cabem tomar.

Os sindicatos desempenham papel **educativo e político em defesa dos princípios fundamentais em que se baseia o Estado**. São unidades de realização do desenvolvimento econômico e também cumprem a função relevante na prestação de serviços assistenciais, **fazendo parte da própria estrutura da empresa, na qual se interpenetram**.

Os traços estruturais que caracterizam esse modelo são baseados na **ausência de classes antagonicas, no pleno emprego** e no plano central, no qual os empresários privados são substituídos por funcionários públicos na direção da empresa, que se consideram tão trabalhadores como os demais, ainda quando funcionam como **interlocutores dos comitês de empresas**.

O sindicato é único e tem um sentido integrativo do Estado, do qual participa diretamente e ao qual se relaciona, **cumprindo diretrizes estabelecidas pelo partido político**.

Dentro desse contexto, o sindicato não é contestativo do Estado, não diverge deste, **porque de acordo com o princípio do poder, o sindicato também é parte integrante do poder estatal**.

Em todos os países dessa área, é o princípio da colaboração ou de cooperação que lastreia de forma dominante as relações entre Estado/Governo e as Organizações Sindicais ou Sociais.

Admitindo-se, mesmo em abstrato, que os sindicatos, nos países dessa área, assumam institucionalmente duas atribuições muito diversas ou que detenham atribuição dualista, porque a exigência de cooperar com a organização estatal não suprime a sua intrínseca atividade de tutelar os interesses dos trabalhadores, é igualmente indubitado que esta segunda atribuição (mesmo quando o ordenamento garante espaços de autonomia perante o Estado e o Partido único), não se poderá externar através de instrumentos de antagonismo institucional, como a greve.

Em regra, o sindicato é único no setor e/ou categoria e se coloca como uma corporação dotada de personalidade de direito público; a sua forma associativa é voltada mais ao exercício de uma função pública ou de tutela pública do que autotutela particular buscada pelo grupo ou pela categoria, no ato da inscrição (ou da associação).

5. Atuação Sindical nos Países de Sistema Democrático-pluralista

Os países dessa área têm realmente atributos fundamentais eis que são Estados “pluriclasse”, caracterizados pelo **antagonismo** e pelo **conflito de interesses** entre a classe dos **produtores/empresários**, titulares de rendas provenientes do capital, e aquela classe dos **trabalhadores subordinados**, titulares de rendas fixas, provenientes da atividade empregatícia.

Diante do conflito entre elas, o Estado, com seus poderes, geralmente não intervém, não porque seja um expectador neutral ou indiferente, mas porque considera que a composição autônoma do impasse (através da negociação coletiva, tendente à celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho) constitui a melhor solução para a inteira coletividade em termos macroeconômicos e de equilíbrio ou de pacificação social.

O sindicato tem natureza de simples associação, às vezes, sem personalidade jurídica, como ocorre, por exemplo na Itália, garantida pelo direito privado e pelos princípios da autonomia privada, que encontra os seus únicos limites no ato constitutivo ou Estatuto elaborado pelos seus associados, aliás, como prevê a Convenção 87, da OIT.

Esses países adotam a concepção pluralista da sociedade, tendo a autonomia coletiva como sub-produto desta concepção. Isto porque o **pluralismo** propõe, como modelo de sociedade, a **composição de vários grupos ou centros de poder, coexistindo nem sempre identificados com o do Estado**. Significa a livre atuação dos indivíduos e dos grupos componentes da sociedade civil na persecução de interesses próprios.

Isto quer dizer que as normas oriundas desses Centros Autônomos de Produção Jurídica possuem a mesma natureza daquelas emanadas do Estado, com a diferença citada pelo insigne jurista MAGANO, de que as desse último são dotadas de mais intensa positividade, uma vez que o Estado detém a soberania, enquanto os grupos da sociedade civil gozam de autonomia.

Coloca-se o **pluralismo** em contraposição frontal ao **monismo jurídico**, segundo o qual o Estado goza de monopólio da produção jurídica: sendo a **sociedade civil composta de vários centros de poder, cada um deles desenvolve um sistema normativo, ressaltada, porém, a predominância do ordenamento jurídico estatal**.

O pluralismo com essas feições tem sido a ideologia dominante do mundo ocidental após a segunda grande guerra.

As Constituições que o acolhem dão prioridade aos mecanismos de **autocomposição** para a solução dos problemas sociais, vale dizer, a **negociação coletiva**, a **convenção coletiva**, os meios de **autotutela**, exteriorizados através da greve.

A título de exemplo, nos Estados Unidos, o Governo intervém na esfera das relações industriais apenas para garantir aos trabalhadores o direito de se organizarem em sindicatos e, através destes, negociarem coletivamente ou

usarem dos meios lícitos de pressão para o sucesso de suas reivindicações

O Estado abstém-se de imiscuir-se na determinação do conteúdo do contrato individual de trabalho, propiciando, ao contrário, a eficácia da negociação coletiva, ao assegurar plenamente o desenvolvimento da autonomia privada coletiva em nível de empresa. Falo, aqui, da Lei Wagner, de 1935, completada pela Lei Taft-Hartley, em 1947, e, em 1959, pela Landrum Griffin ACT

Na Itália, também, após a queda do modelo corporativista inaugurado por Mussolini, com exceção dos dispositivos constitucionais que tratam especialmente da liberdade sindical e do direito de greve, pouco se acrescentou e quando se fez, na área das relações trabalhistas, buscou-se tão somente tutelar a liberdade sindical e a dignidade do trabalhador dentro da empresa promovendo e garantindo a ação sindical no âmbito interno de cada unidade produtiva. Dessa forma, busca-se o fomento da negociação coletiva visando a celebração de acordos coletivos de trabalho voltados a conquista de melhores condições de trabalho e de vida dos trabalhadores, conforme prevê o Statuto Dei Lavoratori, consubstanciado na Lei 300, de 1970

Do mesmo modo, em França, a intervenção da lei, nas relações industriais, se deu somente para propiciar a modificação de uma série de normas com o fim precipuo de **reforçar o sistema contratual**. Trata-se do conjunto de reformas, denominado LEIS AUROUX, que entrou em vigor em 1982. Uma delas trata da liberdade dos trabalhadores na empresa, uma outra trata da contratação coletiva e definição dos conflitos coletivos. Tais intervenções delineiam, no conjunto, um desenho orgânico de **democratização das relações de trabalho e da promoção da ação sindical e do método contratual**. O ponto chave da estratégia legislativa está individuado na **extensão dos direitos de informação e dos poderes de controle dos comitês de empresa, no fortalecimento da presença sindical na empresa**, tudo através da redefinição de uma série de direitos sindicais e sobretudo da generalização das seções sindicais, independentemente das dimensões da empresa. Tal lei (82 689/82) estabelece, por exemplo, que nas empresas com mais de 200 empregados, seja observada uma série de direitos individuais bem como as modalidades do exercício do **direito coletivo de expressão**, definidos em acordo coletivo concluído entre o empregador e as organizações sindicais mais representativas na empresa. Para as empresas com menos de 200 empregados, a lei estabelece a **obrigação de consulta** das organizações sindicais e do comitê de empresa.

Em Portugal, conforme já se ressaltou, entrou em vigor o princípio da liberdade sindical com o golpe militar de abril de 1974 e a proclamação do “Programa do Movimento das Forças Armadas”, embora a lei sindical, que veio regular o exercício de tal liberdade, publicada em abril de 1975, tenha

introduzido um regime de unicidade sindical, que veio, posteriormente a ser considerado antidemocrático e inconstitucional, o que foi corrigido com a entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa, em abril de 1976, que prevê a concepção da liberdade sindical como direito (individual) de associação, num sentido coincidente com o da Declaração Universal dos Direitos do Homem e com a Convenção 87, da OIT.

Pois bem, em Portugal, a base jurídica do sistema sindical é constituída fundamentalmente pelas disposições constitucionais, além das disposições previstas na mencionada Lei Sindical, na parte em que não fora derogada.

A aquisição da personalidade jurídica do sindicato obtém-se por simples registro de seus estatutos no Ministério do Trabalho. Após o registro, o Ministério do Trabalho manda proceder à publicação dos Estatutos no Boletim de Trabalho e de Emprego.

A liberdade individual (positiva) é assim assegurada, através da livre criação de sindicatos ou através da adesão individual a sindicato já criado, cabendo aos trabalhadores decidir livremente sobre o âmbito do sindicato que fora criado, sem que o Estado ou os sindicatos existentes possam estabelecer qualquer impedimento ou limitação.

A liberdade de constituição de associações sindicais permite que, na prática, possam existir sindicatos concorrentes: pluralismo sindical. Não há qualquer predefinição de categorias, que condicione o âmbito da representação da associação sindical. A LS estabelece uma limitação à liberdade de filiação, prevendo que nenhum trabalhador pode estar inscrito em mais do que um sindicato, o qual será correspondente à sua profissão ou atividade. Só poderá estar inscrito em sindicatos diferentes na medida em que eles correspondam a profissões diferentes que o obreiro efetivamente exerça.

Do mesmo modo, a Constituição da República Portuguesa assegura ao trabalhador o direito de exercício de atividade sindical na empresa. Esse direito já era reconhecido pela LS, que estabelece que os trabalhadores e os sindicatos têm direito a desenvolver atividade sindical no interior da empresa, nomeadamente através de **delegados sindicais, comissões sindicais e comissões intersindicais**.

É interessante notar que entre os países que adotaram esse modelo de sociedade (ABSTENCIONISTA), os únicos casos em que o legislador interveio para regulamentar a associação sindical, através de normas produtivas de efeitos no **âmbito interno de seu aparato organizativo**, se deram justamente nos países em que o sindicato gozava da **mais ampla autonomia perante o Estado e o direito positivo ao ponto de gozar das amplas imunidades de responsabilidade civil**. Isto aconteceu nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha (1959 e 1979), respectivamente. Neste último país, com o Governo Thatcher, que impôs inúmeras limitações à **autonomia organizativa**

e funcional do sindicato para salvaguardar a democracia sindical, eliminando, assim, sérios abusos e irregularidades, bem como para regulamentar as chamadas **consultas internas e os chamados fundos políticos**.

Em todos esses países da área em análise, o Estado interveio através de normas heterônomas, porém, de eficácia promocional ou de apoio, isto é, dirigidas a promover e a incentivar a negociação coletiva, ou mais precisamente, a liberdade sindical em todos os seus aspectos (individual, coletiva, positiva, negativa).

Como se verifica, quando se fala em pluralismo ressalta-se a **liberdade organizativa** e, por conseguinte, a **pluralidade organizativa** e, em regra, o Estado intervém somente para garantir o respeito a normas de interesse público e na condição de árbitro. Na verdade, os grupos que compõem a sociedade civil visam a exercitar o lobbying, ou seja, pressão sobre políticos e poderes públicos, para deles conseguir sempre mais vantagens. Cada grupo tem a possibilidade de influenciar em decisões, exercitando, no mínimo, o poder de veto. A consequência é que a vida democrática é garantida pela concorrência e o poder é substancialmente disperso entre mais sujeitos, sem que exista um verdadeiro centro do poder. Com efeito, constituem os **grupos de interesse** (unidade de base da sociedade civil) e o Estado intervém, em regra, quando se trata de prover a tutela dos interesses gerais e, nesse caso, de forma autoritária, comportando tal intervenção a subordinação dos interesses dos grupos ao interesse público.

Entretanto, essa regra do *laissez-faire*, que sempre caracterizou tal sistema, excepcionalmente tem sido abandonada ou pelo menos controlada porque o Estado-legislador passou a desconsiderar a política da **não-intervenção**, obviamente avaliando com extrema cautela todas as possíveis intervenções para não comprometer o princípio cardinal do auto-governo. Isso ocorre, geralmente, diante de grandes problemas econômicos, como o combate à inflação, quando, de um lado, o Governo constata a sua impotência de resolvê-lo, isoladamente, nas sociedades democráticas, e, de outro lado, evidencia-se a perda de fé nos automatismos de mercado - ante a crise econômica - perdurando a idéia de que as decisões fundamentais para haver efetivamente devem ser fundadas em processos de criação do consenso, a constituir novos mecanismos de regulação do sistema político.

Dentro desse novo contexto, recupera-se o interesse pela temática do Estado, que volta a desenvolver um relevante e central papel no que diz respeito ao **funcionamento, estabilidade e legitimidade das organizações sociais contemporâneas**, mediante o envolvimento dos principais e mais representativos grupos de interesses da sociedade civil no processo político a fim de possibilitar ao Governo (Executivo) a tomada de posições, porém, previamente ratificadas por tais grupos da sociedade civil, através de uma

negociação social ou trilateral sobre a qual se funda a autoridade das decisões governamentais.

Tal negociação política, como nova forma de **intervencionismo estatal nas relações industriais**, objetiva a estabilidade econômica, que equivale dizer o combate à recessão, inflação e do desemprego. Representa a participação do Governo e das forças fundamentais da sociedade civil nas linhas da política social. Isto porque a magnitude da crise econômica levou à compreensão óbvia de que somente o esforço conjunto do Governo e dos grandes atores sociais (empregadores e empregados) é apto a enfrentá-la. De qualquer modo, o Estado não impõe regras de sua política, como nos outros modelos, mas as negocia. É aqui que o **contrato** reaparece não mais com sua característica individualista e formal, mas como instrumento de organização da vida social e econômica de um país, consubstanciado no **pacto social**, que é o instrumento utilizado nos países de democracia social que, em determinadas situações de crise, adotaram tais experiências denominadas “neocorporativas”.

Observam os doutrinadores que nos países onde há muito tempo, se adotaram tais experiências fundadas na **concertação**, mostraram-se mais capazes de resistir à crise econômica e de resolver os problemas de governabilidade, como aconteceu, por exemplo, nos países escandinavos. Convém lembrar, aqui, o **convênio de setembro** concluído na Dinamarca, em 1899, o da Suécia, em 1938. Os números, hoje, se multiplicam, bastando lembrar, aqui, Pactos Sociais dos mais diversos, celebrados na Alemanha, Bélgica, Japão, Holanda, Espanha, França, Itália, entre outros.

Embora a maioria dos Pactos Sociais seja da Europa, países africanos, como Kenia, Paquistão e Filipinas, dos mesmos se utilizaram. Na América Latina, convém lembrar a adoção de tais experiências pela Colômbia, em 1981, e no México, em 1983, sempre com resultados positivos, noticiados pela imprensa internacional.

Numa síntese apertada, quando se adota as técnicas neocorporativistas, o que conta é a disposição dos interlocutores sociais de levar adiante um processo de concertação, que consiste no **exercício da democracia macro-social e de negociação política, que já tem o seu valor mesmo que não leve à formalização do contrato ou, mais precisamente, do pacto social**. Verifica-se, para tanto, a redução da capacidade de pressão política por parte do sindicato, o qual passa a dar ênfase à **colaboração e não mais à competição, à convergência e não mais ao conflito**. Por outro lado, o Governo participa dessa negociação social, **como parte**, despojando-se de suas vestes de supremacia ou de autoridade, utilizando-se de seus próprios recursos sociais.

Adotando-se, excepcionalmente, as técnicas neocorporativistas - ao contrário do sistema de corporativismo orgânico, já tratado - os grandes

grupos de interesses, assim reconhecidos pelo Estado, não são considerados **estruturas orgânicas por ele controlados**, mas conservam a sua autonomia e mantêm seu *status* privado. Não integrando as estruturas da máquina estatal, a relação que com o Estado mantêm deriva substancialmente da negociação política, ficando salvaguardada, todavia, a autonomia de cada um dos protagonistas, no que tange ao exercício de atividades e funções que lhes são peculiares.

Nesses processos de **negociação social** ou **deconcertação**, o Governo reduz suas próprias prerrogativas, diante da constatação de que o esforço dele isolado, diante da magnitude da crise, conforme se ressaltou, não é suficiente para superá-la. Significa, pois, que o Estado não impõe regras de sua política mas as negocia. Na verdade, essa negociação social **provoca um processo de colaboração de classe induzido pelo Estado**.

Por outro lado, reduz o âmbito da autonomia coletiva, eis que da livre negociação coletiva, passa-se a **responsável** negociação coletiva. Em troca, o Governo, atribui às organizações sindicais mais representativas em nível nacional **omopólio da representação**, mediante o envolvimento delas na política econômica e social do país.

Por sua vez, tais organizações sociais devem, então, exercitar um controle interno, ou seja, da base, empregando a **persuasão**, no sentido de ver respeitada a negociação de cúpula concluída com o Governo (o que é muito difícil porque não há como se impor a não exteriorização dos conflitos de classe).

Em suma, verifica-se que o êxito de tais experiências neo-corporativistas pode provir somente da **efetiva relação democrática entre o vértice e a base, quando, então, passará a ser possível reconhecer a autenticidade das decisões tomadas**.

Cabe, ainda, enfatizar que durante o período de vigência do pacto SOCIAL, necessariamente deverá haver a redução dos conflitos, requerendo dos sindicatos periféricos uma seleção das reivindicações, a fim de que se possa evitar que o excesso destas coloque em crise o que resultou da negociação social, com conseqüente crise política produtora de graves desequilíbrios.

Uma das molas propulsoras dos pactos sociais tem sido o entendimento voltado para o **aumento da renda, decorrente do aumento da produtividade, o qual se reparte entre salários e lucros de maneira tal a deixar inalterada a relação entre os dois**.

A **monopolização da representação** é uma outra característica das técnicas neocorporativistas, ou seja, somente os **grupos sociais mais fortes em nível nacional** é que representam de fato o **interesse geral coletivo**. A patente de reconhecimento deles provém do próprio Governo que os

envolve no processo de decisões políticas.

Verifica, ainda, a **redução progressiva das prerrogativas das instituições parlamentares**, as quais muito perderam como organismo de atividades legislativas. São chamadas tão somente para abonar a prévia negociação triangular, onde os problemas relativos à ordem social tendem a assumir um papel central na área das decisões políticas e econômicas.

O **conteúdo dos pactos sociais** é amplo e **heterogêneo** e diz respeito a 1) regras de conduta para o combate à inflação e ao desemprego; 2) medidas de ordem econômica para se alcançar tais objetivos; 3) diretrizes para as convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho; 4) formas para a diminuição dos conflitos entre os atores sociais; 5) aumento da produção e harmonização dos aumentos salariais com os planos de desenvolvimento econômico; 6) aumento do poder aquisitivo e melhoria da condição de vida dos assalariados.

6. Aspectos do Modelo Sindical Brasileiro

No Brasil, a evolução do direito sindical não se deu da mesma forma que na Europa. Iniciou-se pela sindicalização dos trabalhadores rurais. Só mais tarde se cogitou dos trabalhadores urbanos, cuja sindicalização só adquiriu consistência jurídica após a eclosão da Revolução de 1930.

O modelo sindical brasileiro sempre foi caracterizado como não-espontâneo, haja vista que os trabalhadores e empregadores não tinham a liberdade de se organizarem livremente, segundo os seus próprios objetivos. Ao contrário, o Estado modelava a organização sindical, adotando o regime corporativo implantado por Mussolini, na Itália, através da *Carta del Lavoro*, que veio reproduzida em vários artigos da Constituição Federal de 1937, cujos princípios foram trasladados para a Consolidação das Leis de Trabalho de 1943.

Assim, não apenas a formação das entidades profissionais esteve sujeita ao controle do Estado, como também toda a sua vida interna foi objeto de estipulação legal.

Nada mais exemplificativo de tal circunstância do que a interferência do Poder Público no reconhecimento e na investidura sindical das associações profissionais, prevista nos arts. 515 a 521, da CLT, ou a especificação da conduta administrativa dos sindicatos, fixada nos arts. 522 a 528. Sequer para organizar suas eleições os sindicatos gozavam de autonomia, o mesmo se dava com respeito à gestão de suas finanças. Também a formação das associações de grau superior esteve sujeita ao controle estatal. Enfim, a presença do Estado sempre foi uma constante na estruturação das entidades sindicais, sugerindo um modelo frontalmente oposto ao pretendido pela OIT, através da Convenção 87.

Esta situação sofreu um abalo com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, cujo art. 8º declara, em seu *caput* ser livre a associação profissional ou sindical. Trata-se de grande avanço no sentido de engavetar muitas das disposições que impregnavam o sindicalismo brasileiro de um indesejável ranço fascista.

Todavia, a plena liberdade sindical sofreu graves arranhões com a persistência do princípio da unicidade sindical e da contribuição obrigatória por categoria profissional, disposições de ressaibo corporativista, há muito tempo banidas dos verdadeiros regimes democráticos.

7. Conclusões

1. O problema da organização sindical é um dos mais complexos do **Direito do Trabalho**. Não pode o sindicato deixar de se adaptar aos tempos modernos. Cabe-lhe repudiar os totalitarismos em qualquer de suas modalidades. Sua autonomia é de ser garantida. Por isso mesmo, o sistema adotado deve ser o da pluralidade.

2. O Estado tem como obrigação precípua assegurar a liberdade e a autonomia dos sindicatos, propiciando a atuação dos mesmos no âmbito das empresas, como forma de fomento da negociação coletiva em conformidade com a realidade de cada unidade produtiva o que possibilitará o aumento da produtividade, que deverá ser repartido entre salários e lucros, de maneira tal a deixar inalterada a relação entre os dois.

3. Para tanto, no Brasil, deverá ser eliminado da Constituição Federal vigente o dispositivo que impõe não poder a base territorial de cada sindicato ser inferior à área de um Município, o que impede o desenvolvimento sindical em nível de empresa.

4. O Fato de a Constituição Federal Brasileira impor a unicidade e a contribuição sindical emperra o soerguimento de uma eficaz atuação sindical: a primeira, porque elimina a liberdade individual de escolha do sindicato; a segunda, porque dá força econômica ao sindicato quase sempre desacompanhada da efetiva representatividade, além de colocá-lo na dependência do Estado, que lhe dá meios para a captação de recursos financeiros garantidores de sua subsistência, nos moldes do Estado paternalista.

5. A atuação da política econômico-social, entabulada através de Pacto Social, requer efetiva relação democrática entre o vértice e a base sindical, além da seriedade e total empenho das partes sociais nele envolvidas, principalmente do Governo dado que o Pacto Social é desprovido de força coercitiva, pois só assim passará a ser possível reconhecer a autenticidade das decisões nele tomadas, justamente por ser o Pacto Social desprovido de força coercitiva.

A Questão da Contribuição à Seguridade Social nas Ações Trabalhistas

ZENO SIMM

APRESENTAÇÃO

ZENO SIMM

Juiz Presidente da 3ª JCJ de Curitiba

A Questão da Contribuição à Seguridade Social nas Ações Trabalhistas

Este tema já foi abordado no XIII Encontro de Magistrados do Trabalho da 9ª Região, em 1990, em face da Lei nº 7.787/89, cujo art. 12 dispunha que “*em caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultar pagamento de vencimentos, remuneração, salário e outros ganhos habituais do trabalhador, o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social será efetuado in continenti*” e seu único parágrafo estabelecia que “*a autoridade judiciária velará pelo fiel cumprimento*” do disposto no *caput*.

Na ocasião, como se sabe, conclui que a Justiça do Trabalho **não tem** competência para determinar o recolhimento das contribuições à seguridade social, por não se tratar de matéria trabalhista, nem de conflito entre empregado e empregador e por haver um órgão oficial e um procedimento competente para tanto. A conclusão foi também no sentido de que **velar** significa apenas dar à autoridade competente a notícia, os elementos ou os instrumentos para a cobrança das contribuições.

Ainda em retrospecto, naquela oportunidade minhas conclusões foram as seguintes: “a) o art. 12 e seu parágrafo único, da Lei nº 7.787/89, não são inconstitucionais; b) o Provimento nº 1, de 20-02-90, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, é inconstitucional; c) não compete à Justiça do Trabalho determinar nem fiscalizar o recolhimento de contribuições previdenciárias; d) a Corregedoria Regional só pode determinar o encaminhamento de peças processuais ao INSS, para o cálculo e cobrança das contribuições eventualmente devidas e incidentes sobre os valores pagos em ações trabalhistas”.

Acolhendo aquelas conclusões, o então Corregedor Regional, Juiz Pedro Ribeiro Tavares, expediu o Provimento nº 1/90, em 14-02-90, regulando

a comunicação à Previdência Social dos valores pagos em processos trabalhistas

A aplicação desse Provimento trouxe, em pouco espaço de tempo, um sensível aumento na arrecadação das contribuições no Estado do Paraná, como noticiam as correspondências recebidas de S Ex^a o Ministro da Previdência Social (Aviso MPS/GM/Nº 165, de 28-7-92) e do Sr Chefe da Divisão de Arrecadação e Fiscalização do INSS/PR (Ofício nº 814-004 0, de 04-8-92) Convém lembrar que não se trata apenas de aumento da arrecadação, mas, em sentido inverso, de diminuição da evasão de recursos pelos quais toda a sociedade é ao mesmo tempo responsável e beneficiária

O procedimento adotado pela Justiça do Trabalho da 9ª Região, inobstante estar servindo de paradigma para outras Regiões, carece de alguma revisão, não só visando a aperfeiçoá-lo mas também em face de mecanismos que as partes vêm utilizando para uma vez mais se esquivarem dos recolhimentos devidos

Antes do exame desta questão, porém, é oportuno que se faça uma reavaliação da situação, em face de novas regras legais atualmente em vigor

Hoje, a matéria vem regulada na Lei Orgânica a Seguridade Social, que é a Lei nº 8 212/91, cujo art 43 repete (quase com as mesmas palavras) o *caput* do citado art 12 da Lei nº 7 787/89 A novidade, agora, é o art 44, segundo o qual “a autoridade judiciária exigirá a comprovação do fiel cumprimento ao disposto no artigo anterior” (grifei)

Por conseguinte, hoje a lei não impõe mais ao magistrado o dever de velar mas sim o de exigir o cumprimento da disposição legal Aqui, pois, pode-se questionar a constitucionalidade da norma, na medida em que extrapola a competência atribuída à Justiça do Trabalho pela Carta Magna

Efetivamente, se se entender que exigir significa promover o cálculo e cobrança das contribuições ou fiscalizar o seu recolhimento em cada processo, exigindo que nos autos se faça a comprovação dos pagamentos devidos à Seguridade Social, então o citado art 44 da Lei nº 8 212/91 é **inconstitucional**.

Como já salientado no trabalho anterior, essa questão do recolhimento não é matéria de Direito do Trabalho e não configura um dissídio (individual ou coletivo) entre empregados e empregadores Ainda, atribuir ao juiz do trabalho a tarefa de controlar o recolhimento dos encargos previdenciários significa trazer para os autos, muitas vezes, discussões sobre o que está e o que não está sujeito à incidência da contribuição, para o que a Justiça do Trabalho é também manifestamente incompetente ⁽¹⁾

(1) Ver, a respeito, o artigo *Inclusão do Imposto de Renda e das Contribuições Previdenciárias nas Sentenças Trabalhistas*, in Revista Orientador Trabalhista, vol 2/80, com as necessárias adaptações aos novos textos legais

Em face da apontada inconstitucionalidade, mantenho o ponto-de-vista de que ao magistrado trabalhista cabe apenas dar ciência ao órgão previdenciário competente da ocorrência de pagamentos feitos nas ações trabalhistas e sobre os quais poderá, a juízo do mesmo órgão, haver a incidência da respectiva contribuição.

Sequer cabe ao judiciário trabalhista determinar, nas suas decisões, que dos créditos deferidos sejam abatidos os valores devidos à Seguridade Social. Primeiramente, pela já citada questão de incompetência em razão da matéria, pois se o julgado contiver aquela determinação fará com que venham aos autos as discussões acerca de quais os valores que integram e os que não integram o salário-de-contribuição do segurado, qual a alíquota contributiva aplicável, questões de multas, atualização monetária etc., ensejando incidentes processuais sobre matéria de manifesta incompetência do judiciário trabalhista. Em segundo lugar, em face da expressa norma legal vigente a esse respeito: *“o desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei”* (§ 5º do art. 33 da Lei nº 8.212/91, que repetiu norma já existente na legislação anterior).

É de se manter, pois, o sistema já adotado nesta Região, apenas com as necessárias alterações destinadas a dar-lhe maior eficácia e visando a impedir a utilização de subterfúgios fraudadores da lei.

Um desses mecanismos de que as partes têm se valido, às vezes com o beneplácito do magistrado, ocorre por ocasião da celebração de acordos, hipótese em que não raro a composição fica condicionada à declaração do caráter “indenizatório” do valor pago ou de parte dele. Essa especificação da natureza jurídica do valor pago, se de índole remuneratória ou indenizatória, o mais das vezes tem nítida finalidade de fraudar o recolhimento das contribuições devidas à seguridade social. Não é, pois, admissível que o termo de conciliação, lavrado perante o Juízo na ata de audiência, contenha essa referência à natureza jurídica dos valores pagos. Primeiro, porque, como já salientado, tal especificação se destina a equacionar a questão do recolhimento da contribuição e, assim sendo, trata-se de matéria estranha à competência do judiciário trabalhista, ao qual não incumbe dizer sobre o que incide ou não incide a contribuição. Segundo, porque se a discriminação visa a sonegar o recolhimento devido, com esse procedimento não pode o julgador compactuar.

Outras vezes, as transações ocorrem diretamente entre as partes, que por meio de petição conjunta submetem-na à homologação pelo órgão judicial. Aqui, também com frequência, as partes costumam qualificar alguns valores como “remuneratórios” e outros como “indenizatórios”, claramente

objetivando a redução da base de incidência da contribuição à seguridade social. Como a redação do requerimento é das partes, sentem-se elas com liberdade para convencionarem o que bem entenderem a esse respeito - embora seja juridicamente discutível sua capacidade para tanto, visto que é a lei, e não a vontade das partes, que estabelece o que integra e o que não integra o salário-de-contribuição.

Em ambas as hipóteses, se as partes querem declarar esta ou aquela natureza jurídica do valor acordado ou de parte dele, tal circunstância não deve ser óbice à homologação da conciliação, sempre buscada na Justiça do Trabalho, até por imposição legal (Constituição Federal, art. 114; Consolidação das Leis do Trabalho, art. 764 e seus parágrafos). Todavia, parece-me recomendável que em tais situações a homologação seja feita, sempre, com a expressa menção de que o Juízo não se pronuncia sobre a natureza jurídica do valor acordado e de que ressalva sua incompetência em matéria previdenciária, ficando claro que a quitação então outorgada restringe-se à matéria exclusivamente trabalhista.

Outra situação não incomum nas ações trabalhistas é aquela em que o magistrado se depara com o caso de empregadores que fazem aos seus empregados pagamentos de valores nítida e indiscutivelmente remuneratórios (como parte do salário, horas extras, adicional noturno etc.) fora da folha de pagamento regular, geralmente através de recibo à parte. Além de ser mais uma forma de fraude à lei, na medida em que tais pagamentos ficam excluídos das diversas incidências legais, trata-se de flagrante desrespeito a expressa disposição normativa que vem inserta nos incisos I e II do art. 32 da Lei nº 8.212/91. Caracterizando mais uma forma de evasão fiscal, entendo que tal procedimento, quando demonstrado nos autos, deve ser levado ao conhecimento dos órgãos competentes, para a cobrança dos encargos fiscais incidentes.

Ainda, o cumprimento da obrigação imposta pelo art. 43 da citada Lei Orgânica da Seguridade Social só se aperfeiçoa na medida em que os órgãos judiciários, sem exceção, façam ao Instituto Nacional do Seguro Social as devidas comunicações na forma estabelecida no Provimento da Corregedoria Regional. Neste passo, convém lembrar que tais informes devem restringir-se às hipóteses em que tenha havido **pagamento** nos autos e não generalizar-se a **todos** os processos findos.

Finalmente, parece-me oportuno abordar a hipótese em que a parte reclamada, após os pagamentos devidos ao adverso, traz aos autos guias de recolhimento da contribuição à seguridade social, seja para demonstrar o cumprimento da lei, seja em razão de ter-se comprometido a tanto em acordo celebrado nos autos. Penso que nesses casos a juntada não deve ser admitida, porque, como já salientado, não compete à Justiça do Trabalho fiscalizar a regularidade dos recolhimentos e, por isso, despicienda e inócua a juntada de

tais documentos aos autos, que só acarreta maior volume de serviço ao órgão judiciário. A devida comprovação deve ser feita, isto sim, ao órgão previdenciário competente.

Por todo o exposto, concluo que: a) o art. 44 da Lei nº 8.212/91 é **inconstitucional** se o sentido do verbo **exigir** é para que a autoridade judiciária promova nos autos da ação trabalhista a arrecadação das contribuições à seguridade social; b) deve ser mantido o sistema de encaminhamento ao INSS das informações necessárias a que aquele órgão promova o cálculo e cobrança das contribuições eventualmente devidas pelos pagamentos feitos nas ações trabalhistas; c) nas homologações de acordos, o Juízo trabalhista deve abster-se de manifestação sobre a natureza jurídica dos valores pagos e ressaltar sua incompetência em matéria previdenciária; d) deve o INSS ser cientificado também de ocorrência de pagamentos feitos a empregados fora da folha de pagamento regular, sempre que isso resultar demonstrado nos autos; e) as comunicações à Seguridade Social devem restringir-se aos autos em que tiver havido alguma espécie de pagamento ao segurado; f) não há razão para que sejam juntadas aos autos de ações trabalhistas as guias de recolhimento das contribuições à seguridade social.





1924