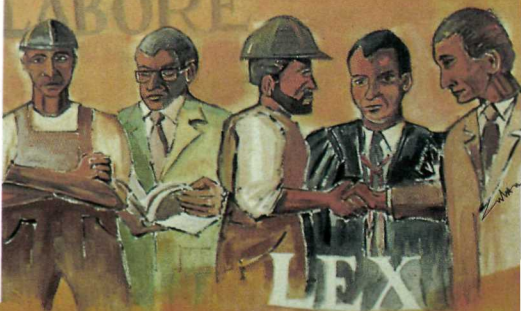


LABORE

STARE PACTO

LABORE

REVISTA DO
TRT 9^a
PARANÁ



LEX

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

***DOCTRINA**

Direito Constitucional

Direito do Trabalho

Direito Processual do Trabalho

Direito Previdenciário

Rev. TRT 9ª R. Curitiba v. 18 n. 1 jan./dez. 1993

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

SECRETARIA JUDICIÁRIA

COORDENAÇÃO:

Diretora: Bel. Cristina Satv Oba

COLABORAÇÃO:

Diagramação: Luciane Antunes de Oliveira

Bel. Alexandra Mª Rodrigues Dourado

Bel. Constância Mª Moreira Hemann

Bib. Sonia Regina Locatelli Lissa

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

Capa: Jairo Fernando Culau

Distribuição gratuita

Correspondência
Av Vicente Machado, nº147
CEP 80 420-010
Curitiba - PR

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO
(COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL FUNDADA EM 1993)

Presidente: Juiz Euclides Alcides Rocha
Vice-Presidente: Juiz Ricardo Sampaio
Corregedora: Juíza Carmen Amin Ganem

Composição

Seção Especializada

EUCLEDES ALCIDES ROCHA (Presidente)
RICARDO SAMPAIO (Vice-Presidente)
CARMEN AMIN GANEM
PREFEITO PENNAFOR TÁBORDA RIBAS NETTO
JOÃO ANTONIO GONÇALVES DE MOURA
JOSE FERNANDO ROSAS
TOBIAS DE MACEDO FILHO
PEDRO RIBEIRO LAVARES
JOSE MONTE NEGRO ANTERO
FRANSTO TRIVIZAN (Representante dos Trabalhadores)
LAURO STEFELI FILHO (Representante dos Empregadores)

1ª Turma

PREFEITO PENNAFOR TÁBORDA RIBAS NETTO (Presidente)
MANGUE ANTONIO FERREIRA FILHO
ZENOSIMM
IVERSON MANGUE FERREIRA ROCHA (Representante dos Trabalhadores)
Suplente SÁBINO GONÇALVES
SILVANO SILVEIRO PIOVESAN (Representante dos Empregadores)

2ª Turma

JOÃO ANTONIO GONÇALVES DE MOURA (Presidente)
JOSE MONTE NEGRO ANTERO
ALBERTO MANENTI
FRANSTO TRIVIZAN (Representante dos Trabalhadores)
LAURO STEFELI FILHO (Representante dos Empregadores)
Suplente LUIZ FERNANDO ZORNIG FILHO

3ª Turma

JOSE FERNANDO ROSAS (Presidente)
JOÃO ORFESTE DA AZEVEDO
EUCLEDES ALCIDES ROCHA
WANDA SANTO CARDOSO DA SILVA
ROBERTO COELHO MENDES (Representante dos Trabalhadores)
HELMER KAMPMANN (Representante dos Empregadores)

4ª Turma

TOBIAS DE MACEDO FILHO (Presidente)
LAURILIA CAMAROSKI
FERNANDO FIZOONO
CARLOS BUCCI (Representante dos Trabalhadores)
Suplente ARNALDO FERREIRA
FERNANDO RIBAS AMAZONAS DE ALMEIDA (Representante dos Empregadores)
Suplente ANIBAL BOND CARNEIRO

5ª Turma

PEDRO RIBEIRO LAVARES (Presidente)
ADRIANA NUCCI PAES CRUZ
NACIE ALCURE NETO
JUVENAL PEDRO CIM (Representante dos Trabalhadores)
JOÃO LUIZ RODRIGUES BISCAIA (Representante dos Empregadores)

**JUIZES DO TRABALHO PRESIDENTES DE
JCJs
(Situação em dezembro de 1993)**

JCJ DE
APUCARANA
Vago
JCJ DE ARAUCÁRIA
Enelda Cornél
JCJ DE ASSIS
CHATEAUBRIAND
Luiz Alves
1ª JCJ DE
CASCABEL
Geyra Medeiros da
Hora
2ª JCJ DE
CASCABEL
Vago
JCJ DE CAMPO
MOURÃO
Vago
JCJ DE CIANORTE
Sueli Gil El-Rafihí
JCJ DE CORNELIO
PROÇÓPIO
Vago
1ª JCJ DE CURITIBA
Marco Antônio Vianna
Mansur
2ª JCJ DE CURITIBA
Luiz Eduardo Gunther
3ª JCJ DE CURITIBA
Altino Pedrozo dos
Santos
4ª JCJ DE CURITIBA
Rubens Edgard
Tiemann
5ª JCJ DE CURITIBA
Arnor Lima Neto
6ª JCJ DE CURITIBA
Stélio Olivé Malhadas
7ª JCJ DE CURITIBA
Dirceu Buys Pinto
Júnior
8ª JCJ DE CURITIBA
Rosemarie Diedrichs
Pimpão
9ª JCJ DE CURITIBA
Roberto Dala Barba
10ª JCJ DE
CURITIBA
Fátima T. Lora Ledra
Machado

11ª JCJ DE
CURITIBA
Mário Dionísio
Gapiski
12ª JCJ DE
CURITIBA
Luiz Celso Napp
13ª JCJ DE
CURITIBA
Flávia Angélica Bello
do Amaral
14ª JCJ DE
CURITIBA
Ana Carolina Zaina
15ª JCJ DE
CURITIBA
Teresinha Salete
Adamschuk
16ª JCJ DE
CURITIBA
Marlene T. Fuverld
Sugulimatsu
17ª JCJ DE
CURITIBA
Ney José de Freitas
18ª JCJ DE
CURITIBA
Rosalie Michaele
Bacila Batista
1ª JCJ DE FOZ DO
IGUAÇU
Vago
2ª JCJ DE FOZ DO
IGUAÇU
Paulo Ricardo Pozzolo
JCJ DE FRANCISCO
BELTRÃO
Ilse Marcelina
Bernardi Lora
1ª JCJ DE
GUARAPUAVA
Archimedes Castro
Campos
2ª JCJ DE
GUARAPUAVA
Gabriel Zandonai

JCJ DE IVAIPORÃ
Péricles Ferreira
Cártes
JCJ DE
JACAREZINHO
Roberto Pereira
JCJ DE
JAGUARIAÍVA
Sandra Maria da Costa
Ressel
JCJ DE
LARANJEIRAS DO
SUL
Vago
1º JCJ DE
LONDRINA
Dinaura Godinho
Pimentel Gomes
2º JCJ DE
LONDRINA
Francisco Roberto
Ermel
3º JCJ DE
LONDRINA
Maria Hercilla
Horácio Stawinski
4º JCJ DE
LONDRINA
Eliane de Sá Marsiglia
5º JCJ DE
LONDRINA
Manoel Vinícius
Oliveira
JCJ DE MAL.
CÂNDIDO RONDON
Carlos Henrique O.
Mendonça
1º JCJ DE MARINGÁ
Claudia Cristina
Pereira

2º JCJ DE MARINGÁ
Naef Alcure Neto
3º JCJ DE MARINGÁ
Edmilson Antônio de
Lima
4º JCJ DE MARINGÁ
Neide Alves dos Santos
JCJ DE
PARANAGUÁ
Arion Mazurkevic
JCJ DE PARANAVÁ
Adayde Santos Cecone
JCJ DE PATO
BRANCO
Karin Boehler
1º JCJ DE PONTA
GROSSA
Nair Maria Ramos
Gubert
2º JCJ DE PONTA
GROSSA
Carlos Fernando
Zarpellon
JCJ DE ROLÂNDIA
Cassio Colombo
JCJ DE SÃO JOSÉ
DOS PINHAIS
Aracy Negrão Pereira
Dias
JCJ DE TOLEDO
Adilson Luiz Funez
JCJ DE UMUARAMA
Mª Walkiria
Cavalcanti Brizoto
JCJ DE UNIÃO DA
VITÓRIA
Célio Horst Waldruff
JCJ DE
WENCESLAU BRAZ
Ney Fernando Olivé
Malhadas

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS(*)

(Situação em dezembro de 1993)

Elder de Souza Pedroza
Sérgio Guimarães Sampaio
Irã Alves dos Santos
Neide Akiko Fugivala Pedroso
Lisete Valsecchi Fávaro
Odete Grasselli
Morgana de Almeida
Valdecir Edson Fossatti
Aparecido Sérgio Bistafa
Rosiris Rodrigues de Almeida Amado Ribeiro
Mauro César Soares Pacheco
Sueli Filippetto
Silvana Souza Netto Mandalozzo
Reginaldo Melhado
Janete do Amarante
Antonio César Andrade
Lislane Sanson Pasetti
Eduardo Milléo Baracat
Marcos Eliseu Ortega

(*) Ordem de Antigüidade

SUMÁRIO

Editorial	13
DIREITO CONSTITUCIONAL	
Justiça do Trabalho e Reforma Constitucional <i>(Wagner Giglio)</i>	17
A Eficácia dos Direitos Sociais... <i>(Ruy Ruben Ruschel)</i>	25
DIREITO DO TRABALHO	
Notas Sobre a Perspectiva Histórica da CLT <i>(Eugênio Roberto Haddock Lobo)</i>	35
Conflitos Coletivos no Trabalho Rural <i>(José Ajuricaba da Costa e Silva)</i>	41
Aceptación Tácita do Trabalhador na Formación, Modificación e Extinción do Contrato de Trabajo <i>(Germán Barreiro González)</i>	51
Relações de Trabalho em Tempo de Cólera <i>(Magda Biavaschi e Ricardo Carvalho Fraga)</i>	85
Algumas Considerações Sobre o Trabalho das Crianças e Adolescentes <i>(Cássio Colombo Filho)</i>	109
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO	
Ação Civil Pública Trabalhista <i>(João Oreste Dalazen)</i>	133
Depósito Para Recurso: (In)Constitucional? <i>(Arion Sayão Romita)</i>	155
A Súmula 330, do TST <i>(Manoel Antonio Teixeira Filho)</i>	181
Estudo - Justiça do Trabalho - Competência - Cartórios Extrajudiciais - Regime Jurídico Específico <i>(Délcio Trevisan)</i>	193
DIREITO PREVIDENCIÁRIO	
Previdência, IPMF e Outros Mitos <i>(Zeno Simm)</i>	205

EDITORIAL

Como destacado no número anterior, esta revista publica trabalhos e estudos doutrinários, ficando a informação jurisprudencial para o boletim. Destacam-se, neste número, entre outros, o estudo do Professor Ruy Ruben Ruschel, no aprofundamento da aplicação e vigência dos Direitos Sociais estabelecidos na Constituição de 1988; e o trabalho do Professor Barreiro que, além do seu valioso conteúdo jurídico, é escrito em galego, pondo-nos em contato com língua mais que irmã do português. O atraso decorreu de razões administrativas inerentes à reorganização havida no setor, com alteração de função na secretaria da revista.

A Comissão de Revista

DIREITO CONSTITUCIONAL

JUSTIÇA DO TRABALHO E REFORMA CONSTITUCIONAL

Wagner D. Giglio (*)

A Constituição Federal de 1988 prevê, nos artigos 111 a 117, a estrutura básica da Justiça do Trabalho, sua composição, sua competência genérica e seus órgãos. Qualquer propósito de reforma deverá considerar pelo menos esses pontos, ainda que seja para manter suas disposições.

Idealmente, a Carta Magna deveria conter apenas as diretrizes fundamentais, relegando à legislação ordinária a disciplina da matéria, em seus desdobramentos e especificações. Conviria, assim, eliminar algumas contradições e inutilidades do texto atual, em benefício da clareza, da concisão e da objetividade almejadas.

O art. 113 ("*A lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho, assegurada a paridade de representação de trabalhadores e empregadores*") mereceria eliminação: o legislador ordinário não necessita de autorização constitucional para dispor sobre a constituição, investidura, jurisdição etc. dos órgãos da Justiça do Trabalho, pois essa função é inerente ao Poder Legislativo, obedecidos os limites traçados pela Carta Magna; e a paridade de representação já está prevista na composição de todos os seus órgãos:

TST (art. 11, § 1º, inciso II), TRTs. (art. 115) e JCs. (art. 116). Supérfluo, pelas mesmas razões, é o § 3º do art. 11, verbis: "*A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho*".

(*) WAGNER D. GIGLIO

Juiz aposentado do TRT da 9ª Região

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo

Advogado em Brasília e São Paulo

Abandonando esse tipo de considerações técnicas, de forma, convém proceder a análise de fundo, posto que importa mais, para a exploração do tema e para o país, o aprimoramento da Justiça do Trabalho

A primeira preocupação, diante da reforma constitucional iminente, consiste em perquirir a conveniência de manter ou extinguir esse ramo do Poder Judiciário. A resposta afirmativa parece não suscitar debates. Além de desincumbir-se a contento da pesada tarefa de solucionar mais de um milhão de processos por ano, a Justiça do Trabalho, entre todos os ramos da organização judiciária brasileira, é aquele que, superando a descrença generalizada da sociedade na Justiça, como instituição, angariou a maior confiança dos jurisdicionados, a ponto de se considerar uma verdade incontestável que o trabalhador pode não saber onde se situa seu sindicato, mas não ignora o local em que se encontram as Juntas de Conciliação e Julgamento

Entretanto, mais do que sua competência, o que caracteriza esse ramo autônomo na organização judiciária brasileira e justifica sua manutenção separada da Justiça Ordinária (ou da Justiça Federal) é principalmente sua composição tripartite, com a integração, em todos os seus órgãos, de representantes de empregados e de empregadores. De fato, eliminada essa estrutura diferenciada, inexistiria razão lógica para a conservação de um ramo distinto do Poder Judiciário

Foi exatamente isso, aliás, o que sucedeu na Itália, no pós-guerra extintos os juízes classistas (presumivelmente porque lembravam o corporativismo do repudiado Estado mussoliniano anterior), desapareceu a Justiça do Trabalho, passando suas funções a ser exercidas pela Justiça Comum. Parece evidente, entretanto, que os Juízes de Direito removidos ou promovidos para uma Vara Especializada em casos trabalhistas não adquirem, por osmose ou passe de mágica, a mentalidade ou a especialização dos Juízes do Trabalho

Nada obstante, a grande maioria dos Juizes do Trabalho e a quase totalidade dos advogados, desconhecedores desse episódio, da historia da Justiça do Trabalho e do direito comparado, insistem -- aqueles com insólita vocação suicida -- em lutar pela extinção dos juizes classistas

A participação, na Justiça do Trabalho, de juizes leigos, representantes das classes em litígio, não constitui peculiaridade da organização judiciária brasileira, ou herança do modelo fascista. A Justiça do Trabalho italiana não foi original, mas derivou dos **Conselhos de Proviriri**, que por sua vez se moldaram nos **Conseils de Prud'hommes**, até hoje existentes. Esses "Conselhos de homens probos", desde 1848 compostos de representantes de empregados e de empregadores, em número igual, foram instituídos por Napoleão Bonaparte que, em visita à cidade de Lyon, em 1806, atendeu ao apelo dos empregadores, fabricantes de seda, para recriar esses antigos órgãos das Corporações de Artes e Ofícios. As origens desses Conselhos remontam a princípios do século XV (1426, segundo alguns autores franceses). Nos primeiros anos do século passado foram reinstalados conselhos em Paris e em outras cidades, e além de servirem de inspiração a Justiça do Trabalho italiana, que serviu de modelo a brasileira, também foram copiados pela Espanha, em fins do século passado. A toda evidência, portanto, a representação classista não consiste numa invenção moderna, nem brasileira.

Uma rápida pesquisa de direito comparado revela que no México, na Alemanha, no Perú e em quase todos os países que mantêm órgãos especializados para a solução de conflitos trabalhistas existe a participação de representantes classistas, que foi adotada nas recentes reformas por que passou a Justiça do trabalho da Inglaterra, como informa o Min. José Ajuricaba da Costa e Silva, em artigo há pouco publicado.

Na próxima reforma constitucional deverá haver pressões tanto pela extinção como pela manutenção dos juizes classistas.

Como estes têm peso eleitoral muito maior, a participação de representantes de empregados e de empregadores nos diversos órgãos judiciais deverá subsistir, a exemplo do que ocorreu em ocasiões anteriores

Outro aspecto estrutural que podera suscitar debates é a existência de três graus de jurisdição na organização judiciária trabalhista, pelos inconvenientes que acarreta, o maior dos quais consiste na demora da solução final dos litígios. Cogitou-se, no passado, de suprimir o Tribunal Superior do Trabalho, permitindo-se a sobrevivência de decisões regionais conflitantes, sob o argumento principal de que o mal menor seria suportá-las, diante das diversidades do país. Pessoalmente, não acreditamos possa vingar essa solução. O mais provável é que o legislador ordinário encontre formas de restringir o acesso de litigantes ao Tribunal Superior, para que os processos alcancem solução mais rápida, com os julgamentos apenas das Juntas e dos Tribunais Regionais

Prescindiria de reforma constitucional, além disso, uma relativa agilização no fluxo dos processos, com a simples providência de especialização da competência dos órgãos internos. A exemplo do que já vem ocorrendo, com a criação de Seções Especializadas nos Tribunais, também as Juntas de Conciliação e Julgamento, nos grandes centros urbanos, poderiam ser destinadas especificamente a determinadas matérias, ou tipos de demandas, de acordo com as necessidades: processos de atividades comerciais, de marítimos, de empregadas domésticas, de bancários, de industriários, etc

A atribuição da competência da Justiça do Trabalho, na Constituição, sugere várias questões, a começar por uma melhor conceituação da competência em relação a entes de direito público externo. A disposição atual, no art. 114, pode levar o intérprete menos cauteloso a acreditar que o Brasil, descumprindo as regras costumeiras de convivência e compromissos internacionais formalmente assumidos, está autorizado a exercer jurisdição sobre Estados estrangeiros, o que

certamente não foi o intuito do legislador constitucional, nem seria viável, na prática, por razões óbvias.

Os grandes temas, porém, são outros, nessa área: a competência normativa, os trabalhadores com vínculo estatutário e as questões previdenciárias.

A possibilidade de, através de decisões dos Tribunais Trabalhistas, editar normas genéricas, de cumprimento obrigatório, para solucionar conflitos coletivos de natureza econômica, vem resistindo a críticas insistentes e incisivas dos doutrinadores, há muitos anos. Invoca-se, contra sua sobrevivência, a origem corporativista, da Itália fascista, o fato de ser o Brasil o único país do mundo que ainda mantém essa competência normativa e, principalmente, o obstáculo que as decisões desse tipo constituem ao desenvolvimento da liberdade sindical. Poucos são os que lembram o argumento mais contundente, a nosso ver: o efeito desestabilizador que tais decisões causam ao planejamento econômico.

Forças muito poderosas combatem o poder normativo: além das entidades nacionais representativas dos interesses empresariais, a Organização Internacional do Trabalho constrange, moralmente, de forma indireta, à adoção da solução negociada dos conflitos coletivos, tida e havida como maneira ideal de composição de tais controvérsias. Os Estados Unidos da América do Norte, numa campanha persistente, que se desenvolve há anos, propagam e incentivam, entre nós, a solução negociada entre representantes de empregados e de empregadores, através de conferencistas enviados ao nosso país, de convites a líderes sindicais a visitar seu país, e através de inúmeros outros expedientes.

Além disso, a onda neo-liberal que avassala o mundo, nesta quadra histórica, se revela praticamente incontestável, a ponto de mudar a posição de um bom número de especialistas brasileiros, antes favoráveis à manutenção do poder normativo. A doutrina nacional,

antes dividida, agora se inclina, nitidamente, no sentido da eliminação desse poder

No entanto, alguns méritos devem ser reconhecidos a jurisdicional dos conflitos coletivos. Caso não os tivesse, como se explicaria haver tal sistema resistido, durante tanto tempo, a tantas mudanças políticas? Afinal, a sociedade ainda não encontrou forma mais civilizada de compor conflitos de interesse do que a solução jurisdicional

Se, de fato, a existência do poder normativo atrasou a evolução e o fortalecimento da atividade sindical, no país, não menos verdade é que possibilitou uma evolução social sem grandes traumas

No seio dos Tribunais do Trabalho constituem maioria os que atrelam a importância e até a sobrevivência desse ramo da organização judiciária a manutenção do poder normativo

No entanto, parece-nos que a onda neo-liberal é irresistível e o prognóstico de que o poder normativo sofrera alterações e o que apresenta a maior probabilidade de acerto, no quadro das reformas constitucionais

O ideal, a nosso ver, seria uma solução de compromisso restringir a intervenção da Cortes Trabalhistas, nos conflitos coletivos, a situações extremas, quando claramente inviável a auto-composição, ou a casos de insuportável custo social, como os de greve prolongada em serviços essenciais, com evidentes riscos à saúde, a segurança da população, e assemelhados. A intervenção da Justiça do Trabalho poderia ficar restrita, por exemplo, as hipóteses de denúncia da Procuradoria do Trabalho e de requerimento conjunto das classes sociais em litígio

Longo e acirrado debate tomou o tempo dos doutrinadores, diante da incerteza sobre a competência constitucional da

Justiça do Trabalho para dirimir os litígios entre funcionários e os entes de direito público interno. O Supremo Tribunal Federal, em célebre decisão, encerrou a controvérsia diante do direito posto, ao entender que a competência da Justiça do Trabalho não abrangia os funcionários públicos. Embora questionável, sob a ótica da interpretação das normas reguladoras da hipótese, o pronunciamento de nossa mais alta Corte, a nível prático, se revestiu de inegável bom senso, ao que nos parece: a atual estrutura da Justiça do Trabalho não suportaria mais uma sobrecarga de processos.

Diante da revisão constitucional, porém, renova-se o debate, agora no plano do direito "in fieri": convém ou não ampliar a competência da Justiça do Trabalho para abranger também as controvérsias entre funcionários e órgãos estatais? Em nossa opinião a resposta negativa se impõe, por várias razões: além de agravar o asoeramento das Cortes Trabalhistas com uma sobrecarga considerável de processos, prejudicando ainda mais a lentidão na solução dos feitos, a Justiça do trabalho não está aparelhada para essa tarefa suplementar, em funcionários, instalações e equipamentos. E essa atribuição de nova competência viria inquestionavelmente, descaracterizar a missão precípua da Justiça do Trabalho, de dirimir problemas trabalhistas e não administrativos, de funcionários públicos.

Ao contrário, falta fundamento lógico para excluir os problemas de infortunistica da competência da Justiça Obreira, posto que se trata, a toda evidência, de controvérsia de natureza trabalhista, e por isso o México, a Espanha e vários outros países acolhem esse tipo de conflito na competência da Justiça Especializada. O Brasil mesmo, até 1941, reservava à competência de uma das Câmaras do antigo Conselho Nacional do Trabalho (que deu origem ao Tribunal Superior do Trabalho) a solução dos processos sobre acidentes do trabalho e doenças profissionais.

Argumenta-se que tal competência não seria condizente com a estrutura paritária da Justiça Laboral, porque o seguro

obrigatório contra moléstia e acidentes do trabalho é feito pelo Instituto Nacional do Seguro Social, órgão estatal. Assim, haveria um representante dos empregados, mas dois do Estado, isto é, do reclamado, o INSS, e do Estado, o Juiz togado, e nenhum do empregador. Essa construção é claramente falaciosa, posto que o verdadeiro responsável pelo ressarcimento dos danos decorrentes ao infortúnio continua sendo o empregador, que paga o prêmio do seguro: o instituto é mero sub-rogado nas obrigações do empregador.

A tradição de mais de cinquenta anos, contudo, pesa contra a inclusão, na competência da Justiça do Trabalho, dos processos resultantes das relações entre segurados e o Instituto.

Concluimos, com certa dose de ceticismo, que pouca alteração, se alguma, sofrerá a Constituição, no que diz respeito à Justiça do Trabalho, e tal comportamento poderá ser encarada de duas maneiras, conforme o humor ou a perspectiva do analista: quer como um atestado da pouca relevância dos problemas que afetam a Justiça do Trabalho, diante dos outros, mais graves, que infelicitam este grande país, quer como uma homenagem e um reconhecimento dos bons serviços prestados pela sua organização atual, que merece mantida, em suas linhas básicas.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Ruy Ruben Ruschel(*)

1. O problema da aplicabilidade das normas constitucionais tem mantido perplexas sucessivas gerações de juristas, sobretudo a partir do momento em que as Constituições passaram a contemplar também os chamados "direitos sociais" ou "sócio-econômicos". Impasses dos mais angustiantes continuam surgindo ainda hoje, enquanto a pressão popular torna urgente o acesso aos mencionados direitos.

A fim de realçar a espécie de soluções contraditórias geradas pela doutrina, nada melhor do que configurar uma situação hipotética. Tomemos, para tanto, a regra do artigo 5º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, assim redigida: "É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva". A presença da cláusula "nos termos da lei" tem permitido a certa corrente doutrinária clarificar essa norma como "de eficácia limitada" ou de "de integração"(1). Em outras palavras, a eficácia global dessa norma ficaria na dependência da lei que a viesse regulamentar, integrando-a.

Ruy Ruben Ruschel(*)

Desembargador aposentado do TJ-RS

Livre-Docente em Direito Constitucional

(1) **SILVA, José Afonso da** - Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo, Ed. RT, 1982 (2a. edição).

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de - Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo, Ed. Saraiva, 1982.

Ora, esse entendimento leva a situações *constrangedoras*. Imaginemos que a lei fosse editada, porém com algum dispositivo restritor do direito assegurado no dito inciso VII. Por exemplo, um artigo que dissesse mais ou menos o seguinte: "Não se considera assistência religiosa a imposição de rituais decorrentes de superstições grosseiras". Agora, figuremos a suposição de um índio internado em hospital público que solicitasse a assistência do pajé da tribo para dele receber passes em benefício de seu bem-estar espiritual. Visando a impedir a ritualística "supersticiosa" do xamã, a direção do hospital invocaria o referido artigo da lei. Opondo-se à negativa, provavelmente o internado teria êxito em mandado de segurança pleiteado para garantir seu direito fundamental de assistência religiosa. Na concessão do "mandamus", o juiz estaria autorizado pela velha "doutrina Marshall", oriunda do caso *Marbury X Madison*, de 1804, a deixar de aplicar dito artigo de lei, por inconstitucional, e a tornar efetivo o direito impetrado, com fundamento direto na Constituição.

Porém, voltemos à hipótese de que o artigo 5º, inciso VII, da CF, ainda não houvesse sido regulamentado. Nesse caso, o índio internado também invocaria diretamente o dispositivo constitucional, restando à diretoria reacionária o argumento da inexistência de norma legal integradora. Em tal hipótese, é possível que o juiz denegasse a segurança por considerar tratar-se de norma constitucional não auto-aplicável. Na sentença diria que ao impetrante faltava direito líquido e certo por estar desamparado de qualquer lei. Essa decisão teria respaldo na "boa doutrina".

Já se sente a contradição. Se a lei existe, mesmo para expressamente negar ao interessado o direito constitucional, o juiz pode garanti-lo até "contra legem". Mas se a lei não existe, e portanto nenhum obstáculo legal se interpõe ao direito definido na Constituição, esse direito não pode ser garantido pelo juiz.

2. Dentre as "normas de eficácia limitada" costumam colocar-se as "de princípio programático", mais curtamente

chamadas "normas programáticas" Tratam-se de "simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários"(2) A esse tipo de normas correspondem quase sempre os "direitos sociais". assim denominados pelos artigos 6º e seguintes da Carta Magna Brasileira de 1988

E notório que os direitos sociais tendem a ser tratados como meras promessas. postergadas pela omissão do legislador em regulamentá-los e integrá-los Enquanto as leis regulamentadoras não chegam, , os direitos definidos na Carta Magna permanecem ilusórios. já que não podem ser garantidos pelo Poder Judiciário

3 Ainda ao tempo da República Velha. quando só direitos individuais eram enunciados na Constituição, surgiu uma dúvida sobre se alguns deles eram ou não auto-aplicáveis Rui Barbosa solucionou o problema com justeza. sustentando a tese de que a "Declaração de Direitos" só podia conter normas autoexecutáveis Seu argumento básico foi "Sendo o intuito principal dessas declarações constitucionais cercar esses direitos de uma trincheira inacessível ao arbitrio. assim dos Governos como dos Parlamentos. ficaria totalmente anulada a garantia de que ai se cogita. se tais direitos se não pudessem reivindicar senão estribados em atos legislativos"(3)

O Mestre estava apoiado na tese americana de que eram "self-executing" por sua natureza "os principios constantes das Declarações de Direitos"

Outro importante argumento era por Rui esgrimido "Ainda quando o Poder Legislativo não estabelecer medidas especiais em sua defesa. esse direito. pela , simples razão de existir, encontra nos remédios gerais de Direito comum os meios de se defrontar, reparar e manter"(loc cit) Trata-se da antecipação da regra de que as garantias especificadas na Constituição não impedem o uso de outras resultantes do regime e dos principios que ela adota. regra esta que se tornou expressa na Constituição de 1934 (art 114) e continua consagrada no paragrafo 2º do artigo 5º da vigente

O curioso da situação consistiu no fato de que, no momento em que foram ampliadas as Declarações de Direitos, pela inclusão dos "sociais", - a tradicional regra da natureza autoaplicável de suas normas passou a ser esquecida. Os argumentos de Rui Barbosa não mais valeram. A partir daí prevaleceu a doutrina de que o acesso aos direitos sociais ficava dependente da implementação legislativa e, portanto, a idéia da impossibilidade prática de invocar-se o judiciário para garanti-los. O princípio da separação de Poderes se tornou invencível: não competia aos magistrados substituir o legislador.

Tornou-se evidente que essa doutrina atendia ao interesse das classes conservadoras. Por um lado, embaíam as massas com a esperança de uma melhor repartição do bolo, por outro lado, postergavam o gozo dos direitos sociais e mantinham o "status quo" que as favorecia. A natureza ideológica dessa doutrina explica o modo como persiste, mesmo depois de derrotada por uma crítica severa e até expressamente revogada...

4. Ainda quando vigorava a pseudo-Constituição de 1967 e seu avatar de 1969, juristas esclarecidos houve que ousaram combater a doutrina dominante da não-eficácia plena dos direitos sociais. Devem ser destacados, principalmente, os trabalhos de Celso Bandeira de Mello (4), Eros Roberto Grau (5) e Fábio Konder Comparato (6). No fundo, baseavam-se na recomendação de Black de que "cumpra ao aplicador e intérprete da Constituição dar sempre a seus dispositivos o máximo de efeitos possível. "Pretenderam que aos juizes, na apreciação de casos concretos, cabia preencher a omissão legislativa, utilizando-se dos critérios estabelecidos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Não concebiam eles que a inação do Congresso pudesse abrogar a Lei Maior.

(2)- SILVA - cit., p. 128.

(3)- TEIXEIRA, J. H. Meirelles - Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991, p. 311

Sua obra, entretanto, não surtiu a ressonância desejável. Na prática forense continuou vigendo a doutrina da eficácia limitada das normas atributivas de direitos constitucionais sociais

5 Hoje, os ensinamentos de Celso Bandeira de Mello e dos demais de sua corrente avançada tornaram-se regra expressa trata-se do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 1988, "verbis" "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"

Esse dispositivo inspirou-se em precedentes alemão, uruguaio e português

a) A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, emendada em 1956, adotou a seguinte redação de seu artigo 1º, item III "Os direitos fundamentais que seguem vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como direito imediatamente aplicável" Os direitos fundamentais a que se refere o dispositivo compõem-se dos individuais clássicos e mais os relativos à família e a educação

b) A Constituição Uruguaia de 1966 é mais minuciosa em seu artigo 332 "Os preceitos da presente Constituição que reconhecem direitos aos indivíduos, assim como os que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de aplicar-se por falta da regulamentação respectiva, senão que esta será suprida, recorrendo aos fundamentos de leis análogas, aos princípios gerais de direito e às doutrinas geralmente admitidas"

4- Mello, Celso Antônio Bandeira de - Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social Revista de Direito Público RI, nº 57-58

5- GRAU, Eros Roberto - A Constituição brasileira e as normas programáticas Rev de Dir Const e Ciên Pol Forense, nº 4

6- COMPARATO, Fabio Konder - Sugestões para a contribuição dos juizes e advogados a reconstrução da nacionalidade Rev For nº 270

c) Por seu turno, o artigo 18, item I, da Constituição Portuguesa de 1976, fonte imediata do dispositivo brasileiro equivalente, diz "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas" Note-se que os direitos a que faz remissão essa norma têm abrangência bem ampla os individuais (chamados pessoais), os trabalhistas, os econômicos, os culturais e os sociais Não se diga que a Lei Maior lusitana fora um reflexo desviado, neste aspecto, da euforia esquerdizante que a caracterizou A revisão de 1982 manteve o dispositivo em sua íntegra e inspirou os constituintes brasileiros

Com esses três precedentes esclarecedores, mesmo assim não se pacificou a insistente doutrina da não autoaplicabilidade dos direitos sociais Juristas dos mais estimados, de tendências conservadoras, persistem no rumo antigo, como se o artigo 5º, § 1º, da CF, fosse letra morta Como exemplos dessa resistência podem ser apontados Celso Ribeiro Bastos (7), Ives Gandra Martins (8) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (9)

6 Ante o novo arranjo constitucional brasileiro, pode-se sustentar, com apoio jurídico expresso, o seguinte

a) A qualquer interessado cabe pleitear, em ação comum própria, perante o juiz natural, o acesso imediato e concreto a algum direito fundamental (se individual, coletivo, social, trabalhista ou político) A via do mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI, da CF) não exclui o uso de qualquer outra ação prevista para a espécie, nas leis processuais com efeito, "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados", como preceitua claramente o parágrafo 2º do mesmo artigo 5º À parte é lícito reservar o remédio derradeiro do mandado de injunção, perante os mais altos tribunais, para a hipótese de não ter êxito a tentativa nas esferas judiciais ordinárias

7- **BASTOS, Celso Ribeiro** - Curso de Direito Constitucional S. Paulo Ed. Saraiva, 1989 (11ª edição)

8- **MARTINS, Yves Gandra e BASTOS, Celso Ribeiro** - Comentários a Constituição do Brasil S. Paulo Ed. Saraiva 1989

b) O juiz não deve negar-se a conhecer do pedido do gozo do direito fundamental, mesmo não regulamentado. Não pode alegar lacuna da lei. É o princípio contido no artigo 126 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973).

c) Nada impede que o magistrado, no caso concreto, declare incidentalmente a inconstitucionalidade por omissão do legislador, para, dessa maneira, equiparar a falta da lei integradora a uma "lacuna legis". O fato de ser o Supremo Tribunal Federal o único órgão competente para julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do legislador federal ou estadual (CF: art. 102, I, *a*, c.c. art. 103) não obsta que qualquer membro ou órgão de 1º grau do Poder Judiciário, na apreciação de caso concreto de sua competência, declare incidentalmente o mesmo tipo de inconstitucionalidade, trata-se aqui de emprestar a devida dimensão à antiga e consagrada tese do "justice" Marshall.

d) Não havendo norma legal regulamentadora do direito garantido pela Constituição, é caso típico de "lacuna legis". O juiz julgará a espécie recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, como determinam o artigo 126 do C.P.C. e o artigo, 4º da L.I.C.C.. O julgador fará lei singular para o caso concreto, tarefa típica de todo magistrado.

e) A solução construtiva dos juízes servirá duplamente ao legislador. "Primum", porque o estimulará a suprir a lacuna jurídica o quanto antes. E "secundum", porque colherá das sentenças subsídios preciosos para sua tarefa de legislar sobre o tema. Ademais, não seriam tais casos os primeiros em que a construção jurisprudencial precedeu a legislação correspondente. Por sua sensibilidade aos problemas concretos, o Poder Judiciário historicamente tem aberto caminho, muitas vezes, para o progresso legislativo.

9- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves - Curso de Direito Constitucional S. Paulo, Ed Saraiva, 1989 (17ª edição).

DIREITO DO TRABALHO

NOTAS SOBRE A PERSPECTIVA HISTÓRICA DA C.L.T.(*)

Eugênio Roberto Haddock Lobo()**

1. Os princípios tutelares e inovadores da cinquentenária CLT, em que pese a sua longevidade, a meu ver não se exauriram, precisamente porque as relações que envolvem o capital e o trabalho, no Brasil, ainda estão a exigir normas mínimas de proteção ao trabalhador, oriundas da intervenção legislativa, sobretudo em face das reinantes desigualdades geo-econômicas do País, de tal sorte acentuadas que levaram o sociólogo e filósofo ALAIN TOURAINE a defini-lo como "uma sociedade moderna tolhida por um Estado arcaico - ao contrário dos países pobres, onde o Estado moderno convive com uma sociedade arcaica" - e a apontá-lo como "um campeão mundial das desigualdades sociais". (1)

2. O que me parece importante é delinear o maior ou o menor grau da predita intervenção legislativa, levando-se em consideração, entre outros fatores, o da "macrocefalia do Estado moderno", responsável, segundo a opinião da notável professora e jurista ADA PELLEGRINI GRINOVER, pela denominada crise do Poder Judiciário (2), na qual se insere a da Justiça do Trabalho, com inegáveis reflexos negativos na legislação do trabalho, substantiva e adjetiva.

(*) Seminário Comemorativo do Cinquentenário da CLT, realizado no auditório do Ministério da Fazenda, nos dias 25 e 26 de novembro de 1993. Conferencista Dr. Julio Cesar do Prado Leite; Comentadores: Dr. Eugenio Roberto Haddock Lobo e Dr. Valetin Carrion.

() EUGÊNIO ROBERTO HADDOCK LOBO**

Advogado no Rio de Janeiro

(1) - Cfr. Entrevista intitulada "ATALHO PARA A MODERNIDADE", pub. no Jornal O Globo, caderno Livros, em 21.3.93, pág. 7

(2) - Cfr. Anais da XIII Conferência Nacional da OAB.

3. Penso que, na atual conjuntura da vida nacional, esse é o tema prioritário que deverá merecer a reflexão de todos quantos militam na Justiça do Trabalho, na incessante perseguição de fórmulas alternativas de composição dos conflitos individuais e coletivos do trabalho, entre as quais sobressaem, no meu entender, as Comissões Paritárias criadas no âmbito das empresas e os Contratos Coletivos de Trabalho.

4. A respeito dessas fórmulas, em recente trabalho apresentado à XVI CONGRESSO NACIONAL DOS ADVOGADOS TRABALHISTAS, sob o título "DOS DIREITOS SOCIAIS E DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES", emiti as seguintes considerações:

"Há que se encontrar fórmulas alternativas para compor não só os conflitos de interesses individuais, mas, outrossim, os que envolvem os interesses coletivos dos grupos e das categorias profissionais e econômicas. Uma delas poderá ser a instituição do denominado Contrato Coletivo de Trabalho, idealizado pela extinta Comissão de Modernização do Trabalho e sustentado, ardorosamente, pelo *MINISTRO WALTER BARELLI*, desde que sejam mantidas as regras mínimas de proteção ao trabalhador e desde que não se subtraia dos Sindicatos, Federação e Confederações, a legitimidade para celebrá-los.

Trata-se de matéria polêmica que deverá merecer a reflexão dos estudiosos do Direito do Trabalho. Outra alternativa para atingir o precitado desiderato é a criação, nas empresas, de Comissões Paritárias de Conciliação, deferindo-se-lhes competência para solucionar não apenas os dissídios individuais, mas, também, os de natureza colectiva". (3)

(3) - Cfr. Anais do XVI CONAT, 1993, de 31.10 a 03.11 Editora Consulex Ltda., pág 100.

5. No tocante ao tratamento jurídico a ser dado ao contrato coletivo de trabalho, adotou Sussekind posição compatível com as vertentes históricas da CLT, qual seja a de que o Estado deve manter "a postura de continuar ditando as normas gerais, estabelecendo um mínimo de garantias ao trabalhador, e deixando a complementação dos direitos como tarefa da negociação entre sindicatos e empresas". "A convenção coletiva ou acordo coletivo (prosegue o jurista), idéia defendida pelo Ministro Walter Barelle e por muitas lideranças sindicais, teria função complementar da legislação do Trabalho e não substituí-la. E acrescenta o douto juslaboralista: "Mas é também verdade que, na medida em que a legislação for menos detalhista, se aumentará o espaço para a negociação". (4)

6. No pertinente às "comissões paritárias para a prevenção e solução de importantes problemas de interesse do empresário e do trabalhador", permita-me o ilustrado conferencista que me reporte à valiosa opinião de SUSSEKIND a respeito desse importante tema:

"A inexistência de procedimentos de conciliação na empresa, como pré-fase obrigatória do ajuizamento de reclamações acarretou a hipertrofia da JUSTIÇA DO TRABALHO. A multiplicação dos seus órgãos tem sido o caminho utilizado pelo Governo. Entretanto, a criação de novos tribunais, de turmas e de juntas não acompanha sequer o crescimento vegetativo da população. Apenas agrava a situação do erário. Para descongestionar a Justiça do Trabalho e imprimir ritmo célere aos seus processos é preciso uma solução de profundidade: a instituição compulsória de comissões paritárias de conciliação nos estabelecimentos com mais de cem empregados, somando-se, para este efeito, os estabelecimentos de uma empresa localizados no mesmo Município". (5)

(4) - Cfr. Entrevista intitulada "PAÍS PROCURA NOVO CAMINHO PARA RELAÇÃO ENTRE CAPITAL E TRABALHO", pub. na Tribuna da Imprensa de 13.10.93, pág. 5.

(5) - Cfr. DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUINTE, Freitas Bastos, 1986, pág. 102.

7. É óbvio que as medidas acima apontadas não concorrerão para descongestionar o Judiciário Trabalhista e agilizar a prestação jurisdicional nessa Justiça Especializada, se não forem suplementadas de procedimentos de cunho substantivo e adjetivo, sintetizados na seguinte ordem de prioridade: a) regulamentação, por lei complementar, da proibição constitucional da despedida arbitrária; b) aprimoramento do incipiente sistema processual; c) reformulação da arcaica estrutura da Organização Judiciária Trabalhista, com a conseqüente desburocratização dos serviços forenses através de métodos de racionalidade e padronização de medidas já adotadas por secretárias de juntas e setores de tribunais de várias regiões. (6)

8. Na linha da PERSPECTIVA HISTÓRICA DA CLT, impõe-se a revisão do art. 8º, incisos II e IV, da Constituição Federal em vigor, para que se adote o pluralismo sindical e se extinga, gradualmente, a contribuição sindical.

9. Defini tal ponto de vista no mencionado trabalho apresentado à XVI CONAT, o que fiz com sólidos argumentos jurídicos e fáticos, que ora os resumo: a) preservação do princípio maior da liberdade e da autonomia sindical, inscritos no "caput" e no inciso I do mencionado art. 8º do diploma constitucional, cláusulas pétreas (art. 60, IV, da C.F.), porque implicitamente insertas, entre outras, na regra do art. 5º, inciso XVIII da Lei Maior; b) impossibilidade de convivência da contribuição sindical com o referido princípio da autonomia sindical; c) apoiarei essa posição em inúmeros doutrinadores pátrios (AMAURI MASCARO NASCIMENTO, OCTÁVIO BUENO MAGANO, MINISTRO ARNALDO LOPES SUSSEKIND, e MINISTRO JOSÉ AJURICABA DA COSTA E SILVA, entre outros; d) demonstrei que, na prática, já existe a pluralidade sindical, a começar pelo endosso governamental às Centrais Sindicais; e) salientei que inúmeros sindicatos, representativos da mesma categoria profissional, na mesma base territorial, estão sendo criados com o beneplácito dos órgãos competentes do Ministério do Trabalho, que, em desrespeito ao princípio da unicidade sindical, lhes confere a denominada personalidade sindical; f) assinalarei que

tanto o registro dos estatutos de sindicatos plúrimos, no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, e o subsequente registro em órgãos do Ministério do Trabalho, poderão ser anulados na Justiça Comum; g) contudo, evidenciei que delonga é a demanda cível, e, enquanto não solucionada por decisão transitada em julgado, paralisado permanece, por anos a fio, o julgamento dos dissídios coletivos, sobrestados pelas preliminares de ilegitimidade ativa dos sindicatos suscitantes, criados, repise-se, à margem do princípio da unicidade sindical.

10. Uma observação se impõe: até a promulgação da Constituição de 88 defendi, vigorosamente, o princípio da unicidade sindical. E o fiz porque, atrelados os entes sindicais ao Estado, por força dos artigos inseridos na Capítulo da CLT que trata da Organização Sindical, recepcionados pela Constituição de 46 e pela Carta de 67, emendada em 69, entendia que o Ministério do Trabalho se utilizaria da pluralidade sindical para fragmentar os sindicatos, e, através desse procedimento, subtrair deles, sindicatos, a prerrogativa estatuída no art. 513 da CLT, revigorada, com maior amplitude, pelo art. 8º, inciso III, do diploma constitucional em vigor.

(6) - Cfr Trabalho nominado de "A JUSTIÇA DO TRABALHO E A IMPERIOSA NECESSIDADE DE SUA REFORMA", pub REVISTA DO TRT DA 9ª REGIÃO, Curitiba, vol 17, Jan/Dez 1991, págs 153/168

CONFLITOS COLETIVOS NO TRABALHO RURAL*

(*)Conferência proferida no "1º Congresso Brasileiro do Trabalho Rural", em Campinas, São Paulo, de 09 a 11/09/93.

José Ajuricaba da Costa e Silva(*)

I - CONVENÇÃO COLETIVA, ACORDO COLETIVO E DISSÍDIO COLETIVO DO TRABALHO

São modalidades brasileiras de composição dos conflitos trabalhistas e meios de solução pacífica desses conflitos.

A Convenção Coletiva e o Acordo Coletivo só medram quando há sindicatos livres, fortes, atuantes, o que explica o seu quase desuso no Estado Novo (1937 a 1945) e no mais recente Regime Militar (1964 a 1984). Como a sentença normativa, fruto de um dissídio coletivo, uma e outro têm caráter normativo, isto é, estabelecem regras que deverão ser observadas, durante sua vigência, pelos contratos individuais de trabalho, celebrados pelos membros de toda uma categoria profissional, representada pelo sindicato convenente ou acordante.

Diferentemente do "contrato coletivo de trabalho", modelo americano, a convenção e o acordo coletivo não substituem, nem mesmo extinguem, os contratos individuais de trabalho, celebrados entre os empregados, individualmente considerados, e a empresa. As normas da convenção ou acordo apenas substituem, durante o prazo de sua vigência, as cláusulas dos contratos individuais celebrados pelos empregados que contradigam as referidas normas.

(*)José Ajuricaba da Costa e Silva

Ministro Vice-Presidente do TST, Professor aposentado da UFPE e Juiz do Tribunal Administrativo da OEA

A convenção e o acordo coletivo de trabalho são também contratos, mas neles não são os sindicatos que indicam aos empregados quais os membros da categoria profissional representada que serão admitidos no emprego em cumprimento a convenção ou ao acordo, a exemplo do que acontece com os trabalhadores avulsos da orla portuária, que prestam serviços aos navios por indicação do sindicato profissional a que estão filiados e não por força de contratos individuais que, na hipótese, inexistem. O mesmo acontece com os trabalhadores americanos que trabalham para uma empresa por força de um *collective agreement*, celebrado entre o seu sindicato e a empresa onde está organizado, pois os sindicatos são, naquele país, organizados por empresa e não por categoria profissional. O "contrato coletivo" naquele país estabelece o número de trabalhadores que serão admitidos pela empresa para seu cumprimento, discrimina as especialidades ou qualificações profissionais exigidas e o sindicato escolhe, dentre seus associados somente (se estabelecida a cláusula do *closed shop*, do *union shop* ou do *agency shop*) aqueles que irão trabalhar na referida empresa na vigência do contrato coletivo. É verdade que nesse contrato, modelo anglo-americano, são também estabelecidas as normas que deverão ser observadas nas relações trabalhistas individuais entre os trabalhadores admitidos no emprego e a empresa. É aqui existe mais uma diferença com as convenções e acordos coletivos do direito brasileiro, pois em umas e outros, geralmente não existem cláusulas sobre direito previdenciário nem sobre processo do trabalho como acontece com os modelos americanos, embora isto venha se modificando um pouco ultimamente.

II - DISTINÇÃO LEGAL - NATUREZA JURÍDICA

É conhecida a distinção legal entre "convenção coletiva" e "acordo coletivo de trabalho". A convenção é, nas palavras do art. 611, *caput* da CLT, "o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho". Já os acordos coletivos são celebrados entre os sindicatos representativos das categorias profissionais e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, para estipular

"condições de trabalho aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho" (parágrafo 1º, do Art. 611, da CLT). A convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho como defendido por BATALHA (1). têm a natureza jurídica de contrato, desde que tanto as empresas, como os sindicatos são, entre nós, pessoas jurídicas de direito privado. O Código Internacional do Trabalho, em seu art. 876, define a convenção coletiva como todo acordo escrito, relativo às condições de trabalho e de emprego, realizado entre um empregador, um grupo de empregadores, uma ou várias organizações de empregadores, de um lado, e uma ou várias organizações representativas de trabalhadores ou, não existindo tais organizações, os representantes dos trabalhadores interessados por eles eleitos e credenciados, do outro lado.

III - RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL

As convenções e acordos coletivos de trabalho são reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 7º, inciso XXVI, declara tal reconhecimento como um dos "direitos dos trabalhadores urbanos e rurais".

IV - UTILIZAÇÃO DOS ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS PELOS RURÍCOLAS

Os trabalhadores rurais brasileiros vêm exercitando este direito com muita frequência nos últimos anos, tendo, só no ano de 1990, firmado acordos ou convenções coletivas de trabalho nas atividades da avicultura, da cultura do café, da cana, da seringueira, na fruticultura, na pecuária, no reflorestamento e atividades diversas, nos Estados do Paraná, Bahia, Minas Gerais, Alagoas, Goiás, Mato Grosso, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Rio Grande do Sul, conforme revela publicação da CONTAG, de 1991 (2).

(1) BATALHA, W. S. Campos, "Sindicatos/Sindicalismo", SP, 1992, pág. 153.

(2) "Negociações Coletivas dos Trabalhadores Rurais", 1990, publicação da CONTAG, Brasília, DF, 1991.

Somente na lavoura canavieira do Nordeste do país, no ano de 1992, através de convenções ou acordos coletivos, conseguiram os rurícolas assegurar mais de setenta vantagens específicas do trabalho rural, dentre as quais destacamos: a) piso salarial de garantia igual ao salário mínimo acrescido de mais 30%; b) tabelas de preços de tarefas; c) jornada semanal de 2ª a 6ª feiras, apenas, sem prejuízo do salário e limitada a 40 horas; d) proibição de trabalho aos sábados, domingos e feriados; e) permissão ao empregado doente de receber seu salário semanal por intermédio de pessoa de sua confiança, mediante mera exibição da CTPS ou de outro documento de identidade do empregado; f) obrigação do pagamento do dobro e na semana seguinte do salário não pago no dia próprio (a chamada cláusula do "escape"); g) obrigação do empregador de fornecer ao rurícola que trabalha por tarefa um comprovante diário de sua produção; h) pagamento obrigatório das férias, com o acréscimo de 50% nos seis primeiros meses após o término do período aquisitivo, sob pena do pagamento em dobro; i) apuração obrigatória de frequência do empregado mediante cartões de ponto, confeccionados em duas vias, para que uma delas fique em poder do empregado; j) aviso prévio de 60 dias "durante o primeiro ano de trabalho" e de 60 dias acrescido de 30 dias por ano ou fração superior a 6 meses, após um ano de trabalho; k) proibição aos prepostos, como "cabo de serviço", administrador, fiscal de campo e assemelhados de portarem arma de fogo no local do trabalho; l) obrigação do proprietário de fornecer, pessoalmente, ou por intermédio de terceiro, transporte de ida e volta ao local de trabalho, em ônibus, sem ônus para o empregado, com espaço reservado para as ferramentas, observando ainda a legislação pertinente quanto à lotação do veículo e sua capacidade de transporte; m) proibição do trabalho fora da propriedade onde os empregados residem, salvo na hipótese de término da colheita ou plantio; n) direito do trabalhador rural residente na propriedade de ter moradia fornecida gratuitamente, construída em alvenaria, com paredes rebocadas e caiadas, piso de cimento, banheiro, instalações sanitárias e luz elétrica, ficando-lhe garantida sua permanência no imóvel após a aposentadoria por idade e à sua família em caso de morte; o) obrigação do empregador rural de manter em funcionamento escola primária gratuita, quando tiver a seu serviço ou

trabalhando dentro de seus limites territoriais. famílias com mais de 15 crianças em idade escolar: p) obrigação da empresa de conceder a cada um de seus empregados o uso, a título gratuito, de área de dois hectares, próxima à sua moradia, para plantação e criação necessárias à subsistência de sua família. q) direito do trabalhador rural de permanecer na moradia e sítio já ocupados pelo conjunto familiar, em caso de rescisão injusta do contrato de trabalho; r) direito do cônjuge ou companheiro do trabalhador ou trabalhadora rural, como também de seus filhos e filhas solteiras que também são empregados, de optarem pela rescisão de seus contratos de trabalho, na hipótese de despedida injusta do chefe da família; s) obrigação da empresa de montar, em pontos estratégicos da propriedade, abrigos fixos ou móveis, destinados a alojar os seus empregados em dia de chuva, para fazer suas refeições ou para atendimento em caso de acidente ou indisposições; t) obrigação do empregador de montar instalações sanitárias, fixas ou móveis, em pontos estratégicos da propriedade para atendimento às necessidades fisiológicas dos seus trabalhadores; u) direito do trabalhador rural de tirar e usar lenha para consumo doméstico, gratuitamente, desde que existente na propriedade e seu fornecimento não seja contrário à legislação de proteção às árvores; v) proibição de contratação de trabalhadores rurais através de falsos empreiteiros, "testas-de-ferro", "arregimentadores", "gatos", e assemelhados; w) normas protetoras para o rurícola que trabalha nos serviços de pesticidas, herbicidas e agrotóxicos em geral; x) obrigação do empregador de fornecer transporte para o trabalhador rural ou membro de sua família, em caso de acidente de qualquer natureza, inclusive o acidente de trabalho, ocorrido na propriedade, e ainda, de doença ou parto da empregada, de trabalhadora ou dependentes dos trabalhadores; y) direito dos dependentes ou sucessores do trabalhador rural ao pagamento de indenização por tempo de serviço em caso de seu falecimento ou do próprio empregado no caso de aposentadoria por invalidez; z) obrigação do empregador de pagar ao empregado reclamante e às testemunhas a quantia arbitrada pela JCJ para ressarcimento de suas despesas de transporte e alimentação, salvo se a reclamação for julgada improcedente.

(3)

V - DISSÍDIO COLETIVO

O dissídio coletivo como conhecido, normalmente, nos meios jurídicos trabalhistas é aquele conflito coletivo de trabalho cuja solução é confiada a um órgão do Poder Judiciário. Ele difere do dissídio individual porque, ao contrário deste, não é uma controvérsia em torno do interesse de um trabalhador ou grupo de trabalhadores, que se sente lesado pelo descumprimento de lei ou norma preexistente, mas uma ação em que um sindicato ou confederação de sindicatos, representando uma categoria profissional, persegue o estabelecimento de novas condições de trabalho para os trabalhadores da categoria que representa, ou a interpretação de uma norma legal ou coletiva preexistente ou em que uma empresa, grupo de empresas ou sindicato patronal pede a declaração da abusividade de uma greve. O dissídio individual se conclui com uma sentença, que dirime a controvérsia entre as partes do processo, dando pela procedência ou improcedência da reclamação, atingindo única e exclusivamente aqueles que foram partes no feito. Esta sentença que decide a ação individual constitui, após seu trânsito em julgado, lei entre as partes, um comando em favor somente do vencedor. Já a decisão proferida no dissídio coletivo constitui uma lei, não para as partes diretamente envolvidas no processo, mas para todos aqueles por elas representados, ou seja, para uma coletividade. Por isso é uma sentença normativa, um *novum genus*, como a classifica SERMONTI, que tem a forma de uma sentença, mas o conteúdo (efeito, força) de uma lei.

Como é uma sentença, embora seja isto doutrinariamente discutido, a ela se chega através de um processo, disciplinado por lei, que é o processo do dissídio coletivo, com características próprias em comparação com o dissídio individual. A principal peculiaridade desta modalidade de conflito judicial é a já apontada, ou seja, a de terminar com uma sentença normativa, aplicável a terceiros, integrantes da categoria profissional ou econômica representada pelas partes do dissídio. Outra peculiaridade marcante do dissídio coletivo reside na circunstância de, em caso de suspensão do trabalho em decorrência de greve da categoria profissional (ou de *lock-out* da categoria econômica), poder ser ajuizada pela Procuradoria Regional do Trabalho,

se o movimento paredista tiver sido deflagrado em âmbito regional ou local, ou pela Procuradoria Geral do Trabalho, se a greve for nacional. É uma das aplicações do princípio inquisitório no processo trabalhista, que se justifica pelo intervencionismo do Estado nas relações de trabalho, predominante em nosso sistema jurídico pelo menos desde a Constituição de 1937, ao contrário, por exemplo, do sistema vigente nos Estado Unidos e na Inglaterra, que, em matéria de relações trabalhistas, não abandonaram a concepção do liberalismo econômico.

Justifica-se, ao nosso ver, tal intervenção, que é preconizada por juristas das mais variadas tendências filosóficas e políticas, à exceção apenas dos liberais (e, já agora, contraditoriamente, de alguns juristas de esquerda no Brasil), desde os primeiros dias do capitalismo industrial e responsável pelo surgimento do próprio Direito do Trabalho, que é fruto indiscutível da intervenção do Estado naquelas relações, rompendo com o *laissez faire passez* do liberalismo.

Pois o Estado, que tem o dever de promover a Justiça para toda a sociedade, não pode deixar que patrões e empregados solucionem seus conflitos com base na lei do mais forte e não na equidade. E, também, não pode permanecer indiferente quando tais conflitos, como os deflagrados nas atividades essenciais, prejudiquem toda a coletividade, comprometendo o funcionamento dos serviços indispensáveis à sua própria estabilidade e sobrevivência, combalindo a economia do país, arruinando e fechando as empresas, elevando a inflação e o desemprego, ameaçando as próprias instituições políticas, para se atender a pretensões, ainda que socialmente justas, mas economicamente impossíveis, de uma categoria profissional. O Estado que assim se comportasse estaria abdicando de seu dever de zelar pelo bem comum, de colocar o interesse geral acima dos interesses de uma classe ou de grupos de indivíduos.

Em países em que tal prática foi consentida por muitos anos, como nos Estados Unidos, os próprios trabalhadores sofrem atualmente as conseqüências dessa indiferença do Estado, que os levou a reivindicações incompatíveis com as possibilidades econômicas das

empresas, fazendo-as perder o poder competitivo de seus produtos, em face dos oriundos de outros países, onde a mão-de-obra é mais barata, como o Brasil, o Japão, a Coréia e os chamados tigres asiáticos, fato que levou ao fechamento ou transferência de muitas de suas fábricas, lançando centenas de trabalhadores válidos ao desemprego.

A solução dos dissídios coletivos pela livre negociação, sem nenhuma intervenção do Estado, que juristas, líderes políticos e trabalhistas apresentam como uma panacéia, inspirando-se no exemplo americano, representa, sem dúvida, um retorno ao liberalismo econômico, responsável pela exploração desumana dos trabalhadores no início do capitalismo industrial. É verdade que à época não havia um sindicalismo forte e organizado para se contrapor aos abusos do patronato, mas, atualmente, além de sindicatos fortes e organizados, faz-se necessária a existência de líderes amadurecidos e clarividentes, para que tais negociações sejam feitas dentro dos limites do economicamente possível, não se transformando em aventuras irresponsáveis.

Vale salientar, finalmente, que através de dissídios coletivos obtiveram os sindicatos rurais do Brasil, sobretudo no Nordeste, ainda nas décadas de 60 e 70, quando o país estava sob regime militar, várias vantagens para os trabalhadores da lavoura canavieira, que foi precursora daquelas que, mais recentemente, conseguiram através da negociação nas convenções coletivas que celebraram e às quais já me referi anteriormente.

VI - CONCLUSÃO

Pelo que já foi dito acima, vê-se que, através da convenção coletiva, do acordo coletivo do trabalho ou do dissídio coletivo, já previstos e disciplinados pela cinquentenária CLT, têm os sindicatos rurais do país, e particularmente do Nordeste, melhorando consideravelmente as condições de trabalho não apenas de seus associados, mas dos trabalhadores rurais em geral, pois as convenções, os acordos coletivos e as sentenças normativas se aplicam a todos os

membros da categoria profissional e não apenas aos associados do sindicato convenente, acordante ou suscitante.

Isto é o resultado, evidentemente, de um trabalho dedicado, competente e persistente dos líderes sindicais rurais e, pelo menos no Nordeste, de seus advogados, que recorreram também, sobretudo nas primeiras décadas de sua atuação, dos anos 50 aos anos 80, ao instituto da greve, sempre dentro dos limites estritos da legalidade então vigente, o que é um desmentido eloqüente da armação daqueles sindicalistas e advogados radicais e sectários, geralmente incapazes de um trabalho sério, de que na vigência da Lei 4.330, de 1964, não era possível exercer tal direito.

São esses mesmos dirigentes e advogados radicais que pregam hoje no Brasil o confronto permanente, a luta continuada entre empregados e empregadores, incapazes que são, por índole e formação ideológica, de trabalhar pela conciliação dos contrários e pela paz social. Por isso são eles que se apressam a condenar a Consolidação das Leis do Trabalho e a pregar sua substituição por uma contratação permanente, como se fosse possível às empresas e aos trabalhadores produzirem qualquer coisa num clima de continuado desacordo, falácia desmentida atualmente pelo magnífico exemplo do Japão, onde trabalhadores e empresários abandonaram a confrontação estéril, substituindo-a pela parceria e cooperação, dando uma demonstração viva de inteligência e sabedoria. Ao invés da contratação permanente, o que existe naquele país é uma consulta contínua entre empregadores e empregados, visando sobretudo a melhoria da qualidade, para assegurar a competitividade interna e internacional da empresa, pois entre eles há um verdadeiro regime de parceria, o que faz com que a confrontação seja quase inexistente (4).

(3) In "Convenções Coletivas dos Canavieiros do Nordeste - 1992", publicação da CONTAG, Brasília, DF.

(4) Cf. PASTORE, José, "Economia e Relações do trabalho no Japão", SP, 1993, págs

É natural que a Justiça do Trabalho e a legislação trabalhista, criadas uma e outra para solucionar a questão social através da conciliação entre empregados e empregadores ou da decisão judicial, se frustrada aquela, incomodem, desagradem aqueles que, no Brasil, são paladinos da discórdia.

Nem mesmo o "contrato coletivo do trabalho", modelo anglo-americano, serve atualmente aos interesses do Brasil. Além de sua aplicação, quando contendo a cláusula do *closed shop*, *union shop* ou *agency shop*, representar uma ameaça à liberdade sindical, pois qualquer delas condiciona a admissão de trabalhadores na empresa acordante à sua filiação ao sindicato que celebra o contrato coletivo (5), ensejando ao órgão de classe a possibilidade de manejo dos trabalhadores até para o apoio a determinado partido político ou candidato, representa, outrossim, não só pela regulamentação exageradamente minuciosa das condições de trabalho, como por sua longa duração (6), um enrijecimento das normas disciplinadoras das relações trabalhistas, superior ao da própria lei, obstaculizando, mais ainda, a flexibilização dessas normas, que é, dentro de certos limites, indispensável e desejável para enfrentar a situação atual de recessão e desemprego no país.

(5) Cf. **DRAKE, Charles D.**, "Labour Law", London, 1983, págs. 78/80. **RACHLIN, Carl**, "Labour Law", New York, 1961, págs. 44/45.

(6) O contrato coletivo celebrado entre a *New York Electrical Contractors Association Inc.* e Outros, com o Sindicato Local nº 3 da *International Brotherhood of Electrical Workers*, em 09.08.46, teve sua vigência fixada até 31.12.57, isto é, por mais de 12 (doze) anos (Art. 1º, Seção 2ª, do Contrato).

"ACEPTACIÓN TÁCITA DO TRABALLADOR NA FORMACIÓN, MODIFICACIÓN E EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO."

(Ponencia presentada as VII Xornadas Luso-Lispano-Brasilenas de Dereito do Traballo, celebradas en Lisboa os días 28, 29 e 30 de outubro de 1902)

GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ(*)

SUMARIO

I.- Introducción

II.- Sobre as chamadas declaracións de vontade

III.- Sobre o silencio como manifestación de vontade

IV.- A aceptación tácita do traballador na formación do contrato

V.- Modificación do contrato e relevancia da aceptación tácita do traballador.

VI - Extinción do contrato por vontade tácita do traballador

ABREVIATURAS EMPREGADAS

CC Código Civil

ET Estatuto dos Traballadores (Lei 8 1980, de 10 de marzo)

LCT Lei de contrato de traballo do 26 de xaneiro de 1911 (Libro I)

TCT Sentencia do Tribunal Central de Traballo

TS Sentencia del Tribunal Supremo

TSJ Sentencia dos Tribunais Superiores de Xustiza

(*)GERMÁN BARREIRO GONZÁLEZ

Catedrático de Dereito do Traballo.

Diretor da Escola de Graduados Sociais.

Universidade de León.

I.- INTRODUCCIÓN

"Aceptación tácita do traballador na formación, modificación e extinción do contrato de traballo". Tal é o título da Ponencia que se me encargou para estas Xornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Dereito do Traballo. É un título certamente xeneroso, moi amplo, que encerra múltiples e complexas cuestións, non só obxectivas, senón tamén de carácter subxectivo por canto sobre aquelas incide de xeito constante o sentido da vontade do traballador, o querido ou non querido por este.. Os límites que nun ensaio desta natureza impón, leva sen embargo à necesidade de proceder a un acotamento das cuestións a tratar intentando así unha construción nas súas liñas esenciais, deixando à marxe problemas, non obstante a súa recoñecida importancia. Espero ter acertado no empeño.

Nos apartados II e III comézase por examinar desde unha perspectiva civilista, dunha parte, as chamadas declaracións tácitas de vontade e doutra o silencio como manifestación de vontade, no ámbito da formación dos contratos e todo isto coa finalidade de obter medios de apoio para o concreto ámbito da contratación laboral.

Omitese, entre outras cuestións de indubidable interese, o problema do tratamento das posibles distintas variantes dentro do complexo fenómeno que supón o consentimento, variantes que poden manifestarse *harmonicamente pero que poden tamén non facelo*: a vontade interna individual de cada un dos contratantes, a declaración que emite cada un deles e a intención ou vontade coincidente ou común de ambos.

A aceptación tácita do traballador na formación do contrato de traballo que se examina no apartado IV seguinte, centrase fundamentalmente no consentimento tácito do traballador -- *facta concludentia* e silencio -- nos estadios últimos do proceso de formación e perfeccionamento do contrato, non entrando sen embargo, pese á súa indubidable importancia e por razóns *supra* sinaladas, nos tratos preliminares, entendidos aquí como as meras conversacións e contactos

entre traballador e empresario tendentes á celebración ou non do contrato; no que á vista da experiencia do dereito común, denominouse principalmente da man da xurisprudencia, precontrato de traballo, contrato de promesa de traballo ou simplemente, promesa de traballo, entre outras acepcións; no contrato de traballo xa celebrado pero pendente de execución precisamente por estar suxeito a condición ou termo suspensivo, suposto este en ocasións de difícil distinción respecto do precontrato xa sinalado e no contrato de traballo xa celebrado e definitivo con obrigacións puras pero que nunca chegou a executarse.

Con respecto ós dous últimos apartados, V e VI, sobre a aceptación tácita do traballador na modificación e extinción do contrato respectivamente, o estudo céntrase fundamentalmente polo que á modificación se refire, na actitude que o traballador pode adptar fronte ás ordenes empresariais que especifiquen a prestación laboral, e moi especialmente a aquelas con orixe nas denominadas "modificacións substanciais" que, posibilitando a resolución indemnizada do contrato, obriga sen embargo ó previo cumprimento do mandato baixo o risco -- que inicialmente desaparece en supostos excepcionais de que se interprete a súa falta de acatamento se acompañada de inasistencia como indicativa de vontade resolutoria unilateral. De entre as múltiples manifestacións da vontade tácita das partes na extinción do contrato de traballo, o estudio céntrase na máis típica, isto é, no denominado abandono, como manifestación da vontade lícita resolutoria do traballador. O rico urdido de problemas que se entrecruzam tanto nunha como noutra materia forza a que só tangencialmente abórdense algúns necesariamente reducidos a breves apuntes, temas que requirirían por si mesmos propios estudos monográficos.

II.- SOBRE AS CHAMADAS DECLARACIÓNS TÁCITAS DE VONTADE

1. O dereito común español -- partindo da regra xeral contida no art. 1278 CC. conforme ó que, "os contratos serán obrigatorios, calquera que sexa o xeito en que se celebraran, sempre que

neles concorran as condicións esenciais para a súa validez" -- require para que haya contrato a existencia de consentimento que non é concebido nin como mera fórmula xurídica, nin como mero requisito accidental, senón moi polo contrario como substancial e constitutivo, del tal modo que se exteriorice de xeito indubitado a existencia de conformidade dos suxeitos do contrato sobre a materia e a causa que han de constituilo. Óadmiti-lo dereito todas aquelas formas que segundo os usos devènen idóneas como medios de exterioriza-la declaración de vontade, cabe entón dicir, como regra xeral que tal exteriorización é válida calquera que sexa o xeito que revista a súa manifestación.

En efecto, o libro IV do CC, "das obrigacións e contratos", no seu título II "dos contratos", capítulo II, "dos esenciais para a validez dos contratos", contén unha disposición xeral, o art. 1261, que ó seu teor, "non hai contrato senón cando concorren os requisitos seguintes: 1º Consentimento dos contratantes, 2º Obxecto certo que sexa matéria de contrato, 3º Causa da obrigación que se estableza". Pola súa parte o parágrafo primeiro do seguinte art. 1262 sinala que "o consentimento maniféstase po-lo concurso da oferta e da aceptación sobre a cousa e a causa que han de constituí-lo contrato"

Como sinala DIEZ-PICAZO é este o procedemento normal, aínda que non o único, de celebración dun contrato, a formación deste pola concorrencia dunha oferta e unha aceptación; ou se se quere matizar máis e ser máis realistas con DE COSSÍO e CORRAL, unha sucesión de ofertas e aceptacións, e incluso unha sucesión de ofertas e contraofertas, de tal xeito que, en ocasións as partes asumen indistintamente os papeis de oferente e aceptante, ata a oferta e aceptación definitivas que remata o proceso.

Tendo esto presente, doutrina e xurisprudencia non dubidan en sinalar que a aceptación -- o igual que a oferta é tamén, con DE COSSÍO e CORRAL, unha declaración de vontade de natureza recepticia; "a declaración de vontade que emite o destinatario dunha oferta

aceptádoas" -- non ten forma determinada na súa declaración senón que polo contrario rexe o principio de liberdade de forma.

2.- A declaración de vontade de aceptación pode ser polo tanto expresa ou tácita. Aínda que a doutrina civilista advirte que ambas non están suficientemente perfiladas e que non sempre é nítida a súa distinción, a tácita, aquí obxecto do noso interese, pode explicarse con DE CASTRO e BRAVO para quen, nas chamadas declaracións tácitas de vontade, "a conducta tida en conta non é **por si mesma** significativa dunha declaración de vontade, senón que de tal conducta **infírese que debeu haber** tal vontade ("*indicio voluntatis*"). Cualificóuselles de **tácitas**, porque resultan non dos ditos, senón dos feitos ("*facta condudentia*"). ou pode tamén explicarse con DIEZ PICAZO para quen, "en realidade non existe unha auténtica comunicación dun pensamento a través dos signos idóneos para transmitilo. O que ocorre nelas é que unha persoa realiza un determinado acto ou adopta un determinado comportamento, que sen declarar abertamente nin manifestar unha vontade, por unha parte permite presumir que tal vontade existe e, por outra parte, permite ós demais inducir obxectivamente un consentimento contractual. A declaración de vontade tácita é aquela que se realiza por medio de actos concluíntes ("*per facta condudentia*").

III.- SOBRE O SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE VONTADE

1.- Estreitamente relacionado coas chamadas declaracións tácitas de vontade -- e aínda en ocasións practicamente inescindible das mesmas como máis adiante se vai a ver -- atópase o silencio. Doutrina e xurisprudencia discuten permanentemente se o silencio pode ou non ser considerado como unha declaración de vontade constitutiva dun contrato ou, en xeral, como a existencia dunha determinada vontade productora de efectos xurídicos.

2 - A discusión -- que no noso mundo xurídico ten os seus antecedentes con DE CASTRO e BRAVO na resposta que da

PAULO no Digesto: *qui tacet, non utique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare*: traducida en Las Partidas: "que aquel que calla non se entende que sempre otorga lo quel dizen, maguer non responda: mas esto es verdad, que non niegue lo que ove' -- como sinala DIEZ PICAZO, materializouse na formulación pola doutrina de dúas teorías extremas: dunha parte, *qui tacet non utique fatetur*, é dicir, o que garda silencio non di nada: nin afirma nin nega, nin polo tanto, manifesta vontade algunha; doutra, *qui tacet consentire videtur*, é dicir o que garda silencio, consinte ou outorga ó declarado ou manifestado por outra persoa.

3.- Pero, ademais das dúas posturas sinaladas cabe falar dunha terceira intermedia: *qui siluit, quam loqui debuit et potuit, consentire videtur*. Orespecto sinala DE CASTRO e BRAVO que, "o silencio, por si mesmo, non significa máis que a carencia de expresión e da nada non cabe sacar ningunha consecuencia positiva. Poderá adquirir valor significativo, pero só en conexión con outros feitos ou actos, e enton como parte dunha complexa conducta expresiva... pode valorarse como verdadeira declaración de vontade, que dá nacemento ó negocio ou modificao, cando expresa ou tacitamente... se lle atribuíu o significado de aceptación... tamén pode nacer unha responsabilidade negocial nos supostos de que a vinculación polo silencio resulte dunha disposición legal, do uso ou da boa fe... cando non existan ditas bases negocial ou normativa, que dean valor vinculante ó silencio ou das que resulte a obrigación de rompelo, é dicir, na maioría dos casos, o gardar silencio ante unha oferta non suporá aceptación nin orixinará obrigacións... tanto máis esto será así nos casos en que o silencio sexa resposta ó proceder alioo impertinente".

En definitiva a situación que se contempla é, con DE COSSÍO e CORRAL, a de que "o alcance que haxa que atribuírse en cada caso ó silencio... varía extraordinariamente... en todo caso, é indudable que haberá de atenderse á valoración común que nunha determinada sociedade dáse a cada tipo de cnducta, e quen con esta crea unha aparencia de vontade contraria á real e debida pola súa negligencia ou mala fe, será responsable do seu modo de proceder". Dito doutro xeito,

con DIEZ PICAZO: "en realidade, o problema do silencio non pode recibir unha resposta unívoca e xeral para tódolos casos. A solución depende, en cada hipóteses concreta, da valoración que debe atribuírse ás circunstancias do suposto, de acordo coas esixencias da boa fe e co sentido obxectivo que razoablemente debe atribuírse á conducta omisiva".

A xurisprudencia, pola súa parte, fíxose eco desta interpretación ecléctica que sen lugar a dúbidas procura mellor solución á rica variedade da práctica, que as posturas extremas *supra* mencionadas.

Neste sentido é paradigmática a TS (Civil) do 24 de novembro de 1943 que acostuma a cita-los tratadistas de Dereito Civil, incluso os actuais, e tales razoamentos consolidáronse en sentencias posteriores, como nas moi importantes TS (Civil) 24 xaneiro 1957 e 14 xuño 1963 entre outras. Polo seu interese e transcendencia é convinte transcribi-lo seu quinto considerando: "o delicado e tan discutido problema do valor xurídica das abstencións terá que ser enxuciado con grande cautela, xa que, en principio, o silencio pola súa propia natureza de feito negativo, non pode ser estimado como expresivo dunha vontade; e se ben a doutrina científica moderna soe admitir que, nalgúns casos, o silencio é susceptible de ser interpretado como asentimento e por ende manifestación do querer, partindo para isto da sinxela idea de que o silencio pode servir de proba ou presunción de vontade, ou ben fundando aquela conclusión na teses de que pode se-lo silencio fonte de responsabilidade substitutiva da vontade, toda vez que as necesidades prácticas consagradas polo uso impoñen enviar unha resposta a certas persoas (sobre todo se se ten con elas relacións seguidas de negocios), e se non se fai así, o silencio prolongado equivale a unha falta, que pode estimarse terá que ser reparada tratando ó que calou como se aceptara, é forzoso de tódolos xeitos, ter en conta: 1º Que aínda non chegou a doutrina a establecer nesta materia fórmulas de xeral aceptación, suficientemente seguras e precisas, que teñan ademais o debido acoplamento a noso ordenamento positivo; 2º Que se se acepta, pola gran difusión que tivo e aínda conserva, o antergo punto de vista de que o silencio vale como declaración cando dada unha

determinada relación entre dúas persoas, o modo corrente de proceder implica o deber de falar, xa que se o que pode falar e non o fai, reputarase que consente en aras da boa fe... será necesaria para a estimación do silencio como expresión do consentimento a concorrencia destas dúas condicións: unha, que o que cala "poida contradicir" o que presupón, ante todo, que tivera coñecemento dos feitos que motiven a posibilidade da protesta (elemento "subxectivo"); e outra, que o que cala "tivera obrigación de contestar", ou cando menos, fora natural e normal que manifestase o seu discentimento, se non quería aproba-los feitos ou propostas da outra parte (elemento "obxectivo").

IV.- A ACEPTACIÓN TÁCITA DO TRABALLADOR NA FORMACIÓN DO CONTRATO DE TRABAJO

1.- A existencia do contrato de traballo -- do que a definición legal aparece no art. 1.1 ET ó determina-lo ámbito de aplicación deste corpo legal sinalando que, "a presente Lei será de aplicación ós traballadores que voluntariamente presten os seus servizos retribuídos por conta allea e dentro do ámbito de organización e dirección doutra persoa, física ou xurídica, denominada empregador ou empresario" -- require a concorrencia dos requisitos xa sinalados contidos no art. 1261 CC: esto é, o consentimento dos contratantes, traballador e empresario e obxecto e causa do contrato, entendidos estes dous últimos respectivamente como "o traballo mesmo, a actividade do traballador", tamén e traslativamente, "as obrigas -- de traballar, de remunerar -- asumidas polas partes, sendo o traballo e o salario, a súa vez, obxecto destas obrigas" e como "a cesión remunerada dos froitos que do... mesmo (traballo) resultan" (ALONSO OLEA), explicación da causa no contrato de traballo embecida na xeral dos contratos onerosos do art. 1274 CC.

Dos tres requisitos sinalados e dado o obxecto do noso interese, debe traerse a un primeiro plano o do consentimento dos contratantes -- e en especial o do traballador -- aínda que isto non significa que o obxecto e a causa do contrato queden arrombados como medios de valoración da aceptación tácita do traballador na formación do

contrato: moi polo contrario, e ó igual que sucede na aceptación expresa, sendo os problemas en realidade comúns a ambas debe terse sempre presente que os tres requisitos atópanse estreitamente relacionados.

2.- No proceso de formación do contrato de traballo, existe así mesmo oferta do empresario e aceptación do traballador, ou como xa se dixo desde unha perspectiva contractual xeral, unha sucesión de ofertas e aceptacións, e incluso unha sucesión de ofertas e contraofertas.

Este proceso, tamén no ámbito da contratación laboral, está rexido polo principio de liberdade de forma, tendo como corolario a liberdade de forma do propio contrato de traballo, ó dici-lo inciso primeiro do art. 8.1. ET, que este, "poderase celebrar por escrito ou de palabra"; unha liberdade de forma, que no que respecta á existencia do contrato non se ve afectada pola esixencia do art. 8.2. ET -- polo demais, non o único -- da constancia por escrito de determinados contratos de traballo.

Por outra banda, debe terse en conta que a referida posibilidade do art. 8.1., inciso primeiro ET, de celebra-lo contrato por escrito ou de palabra non pecha outras posibles vías, distintas da oralidade ou a escritura. No Dereito español do Traballo, -- tamén á vista da LCT como nos recorda TS 9 xullo 1971 -- non cabe a menor dúbida, non xa de que a escritura sexa necesaria, senon, "de que nin sequera a oralidade fai falta, bastando xestos, acostumados ou non, que revelan a vontade de presta-lo consentimento contractual" (ALONSO OLEA). "A figura do consentimento presunto, en realidade, non supón senón concreción do xeral principio de liberdade de xeito na manifestación da vontade" (SEMPERE NAVARRO). Nada impide polo tanto que a declaración de vontade de aceptación do traballador poida ser realizada de xeito tácito.

3.- Isto leva no ámbito da formación do contrato de traballo a averiguar cales poden ser esos *facta concludentia* ós

que dende unha perspectiva xeral faciase referencia con anterioridade, como acto inequívocos do traballador no senso de que non derxen lugar a dúbida sobre a manifestación da súa vontade pechando así a posibilidade de que esta poida ser obxecto de diversas interpretacións, e isto, ademais, tanto se a conclusión do proceso de formación do contrato tivo sucesivas ofertas e aceptacións como se, cabe dicir, foino a través dunha oferta e aceptación nun único acto global. Repárese ademais en que a oferta empresarial puido ser parcelada ou non, pormenorizada ou non, expresa ou tácita tamén, ou incluso non ter existido unha verdadeira oferta, aínda que o traballador realizara algunha actividade con consentimento do empresario, (este último suposto en TSJ Extremadura II xuño 1991), o que engade complexidade o devandito proceso.

O contrato pode experimentar un proceso de formación a través de aceptacións tácitas do traballador (intercaladas ou non con aceptacións expresas) ás sucesivas ofertas do empresario. Así por exemplo ante a oferta salarial, e sen pronunciarse sobre ela o traballador pregunta sen embargo sobre o horario, a xornada ou sobre o lugar de traballo, etc. O mesmo pode dicirse cando un traballador, coñecendo as condicións nas que ha de prestarse o traballo, amosa a súa disconformidade con algunha daquelas. De tal conduta non cabe senón deducir que o traballador -- lonxe de colocarse no mero silencio -- consentiu tacitamente nas demais condicións que non foron obxecto de protesta ou oposición a través daquela manifestación de vontade. Pero a conclusión deste proceso, que dito sexa de paso non sempre aparece rematado con nitidez, existe, por así dicilo, unha manifestación final ou derradeira do traballador, expresa ou tácita.

Nesta orde de cosas, a doutrina civilista admite como comportamento concluínte o comezo-la execución do contrato proposto ou calquera outro acto expresivo dunha inequívoca vontade de contratar. Dúas manifestacións básicas estas que e preciso examinar por separado no ámbito obxecto aquí do noso interese.

4.- Comezar a traballar constitúe así mesmo un comportamento concluínte no ámbito da contratación laboral que, aínda que tácito, debe reputarse no principio inequívoco sobre a vontade do traballador de presta-lo seu consentimento. Dito coa TCT 15 setembro 1987. "non pode esquecerse que a vontade de acepta-la ofertaponse de relevo polo simple feito de comezar".

Pero convén sinalar que non se está ante unha mera relación de traballo fáctica senón ante un verdadeiro contrato de traballo, consensual, negocio xurídico que crea un vínculo obrigacional entre as partes e que se perfecciona polo acordo das mesmas, polo seu consentimento (art. 1258 CC), que do lado do traballador se pescuda por un comportamento tácito pero en principio, inequívoco cal é o comezo da execución da actividade. Ocorre en realidade que, "se presume *inris tantum* o consentimento, e polo tanto a existencia de contrato de traballo, do feito de que se traballe para outro" (DIÉGUEZ CUERVO). "A presunción (do art. 3 LCT; hoxe a contida no art. 8.1 inciso segundo ET), fúndase na idea do consentimento tácito, da conducta de traballador e empresa dedúcese a existencia de contrato de traballo, por esto ó traballador bástalle con proba-la prestación do servizo" [TS 14 outubro 1978, coa que concorda a de 9 outubro 1986; tamén TCT marzo 1988].

Cabe así dicir con MONTOYA MELGAR que, "non se discute que a orixe normal de toda relación laboral é a celebración dun contrato, e que as aparentes relacións de feito fundadas na pura incorporación á empresa teñen a súa verdadeira orixe nun contrato tácito". Se do caso concreto se desprende sen embargo que non houbo consentimento tácito, -- téñase presente que nestos casos o que pode ocorrer e con algunha frecuencia, do que é mostra o suposto contemplado en TCT 22 setembro 1981, ou en TSJ Andalucía 20 decembro 1991, é que falte o consentimento do empresario entón estaremos ante a existencia de feito dunha relación -- residindo a súa peculiaridade "en que non se trata xa dun feito ou conducta á que se outorgue significado de negocio xurídico e da que, consecuentemente, se derivara a relación negocial, senón que, polo contrario, o que hai é un facer contrinuado das partes, idéntico ó que

habría de ter como fundamento un negocio xurídico válido Falta o feito venerador dos dereitos e obrigas, pero estas e aqueles fóronse dando de xeito continuado" (DE CASTRO Y BRAVO) -- en definitiva, traballo de feito ós efectos aquí do noso interese encadrable con DIEZ-PICAZO no grupo "das relacións duradeiras creadas con base nun contrato ineficaz [que] pertencen à problemática da ineficacia dos contratos e en especial a de contratos cumpridos non obstante a súa nulidade"

5 - Por outra parte, se ben o traballador aínda non comenzo a prestar servicios, realiza outro tipo de actos distintos da execución do traballo que, no seu caso, poden ser tamén reflexo dunha inequívoca declaración da vontade tácita de presta-lo consentimento contractual

Pénsese por exemplo no traballador que ante unha oferta contractual, adquire determinados obxectos necesarios ou requeridos para comezar a desenvolve-la actividade trasládase á localidade na qual se atopa a empresa, vista o lugar ou centro de traballo, incluso empregando para isto o transporte da empresa, vai a coñecer ós traballadores que xa prestan servicios ou se presenta no lugar de traballo o día sinalado polo empresario

Respecto destes supostos e outros moitos que poderiam terse aquí a colación non é posible afirmar con carácter xeral se estamos ou non ante *facta concludentia* ante comportamentos concluintes expresivos dunha indubitada aceptación tácita do traballador A multiplicidade de sectores productivos e actividades impídeno, como o impide tamén o tipo de empresa e de empresario, así como a propia categoría profesional do traballador, o seu acervo profesional e cultural, os termos nos que foi formulada a oferta contractual ós que xa fixemos referencia, a súa revogabilidade, se procedente, etc

Non cabe dúbida de que os usos sociais, a costume local e profesional ou as esixencias da boa fe, entre outros extremos, poden e deben ser empregados para valorar se estamos ante

verdadeiras declaracións tácitas de vontade; pero haberá que estar ás circunstancias do caso concreto. Pénsese por exemplo, en actos citados *supra* por vía de exemplo, en sectores tan diferentes como o agrícola, a construción, oficinas e despachos, bancario, etc.

6.- Polo que respecta o silencio, cabe preguntarse polo seu valor como manifestación da vontade no contexto que agora se analiza.

Das dúas condicións que como se viu (apartado III núm. 3) require o Tribunal Supremo teñen que concorrer para a estimación do silencio como expresión do consentimento, parece que non hai obstáculo en admiti-la primeira, isto é, a de que o traballador que cala pode contradici-la oferta empresarial, cando menos na xeneralidade dos casos; non sen embargo en admitir sen reparos a segunda isto é, a de que o traballador que cala tivera obriga de contestar aínda cando das circunstancias do caso concreto fora natural e normal que manifestase o seu dissentimento.

Por conseguinte, o mero silencio ante a oferta empresarial de contratar -- sen conexión algunha con outros feitos ou actos do traballador que desvelen de modo inequívoco o sentido daquel -- non pode supoñer manifestación de consentimento algún de aceptación da oferta contractual: *qui tacet consentire videtur* non é aquí de aplicación; pero tampouco *qui tacet non utique fatetur*, se das circunstancias do caso transcorre un tempo que no tráfico xurídico se estime como razoable no sentido de interpreta-lo silencio como rexeitamento da oferta contractual, frustándose aí o perfeccionamento do contrato. A dobre condición concorrente sinalada que esixe o Tribunal Supremo pode terse presente como valioso instrumento de apoio na valoración do silencio: só que aquí para desvelar que non existe vontade de contratar por parte do traballador.

Na medida en que ó silencio seguen actos ou condutas que poidam ser valorados como *facta concludentia*, entón

estaremos máis precisamente ante unha declaración tácita de vontade á que xa nos referimos con anterioridade.

7.- Repárese finalmente que sobre as cuestións que foron obxecto de reflexión planea a referente ó momento en que debe entenderse formado definitivamente o contrato e sobre a que non hai unha postura unívoca que procure resposta ou solución definitiva por moito que se diga que a formación do contrato ocorre mediante o concurso da oferta e a aceptación.

A formación do contrato de traballo debe así ter presente as distintas teorías formuladas pola doutrina civilista ó obxecto de procurar solución á cuestión presentada. De entre elas, (teoría da emisión: da "cognición" ou do coñecemento; da expedición; e teoría da recepción), sinala DIEZ-PICAZO que o CC parece, polo menos *prima facie*, inclinarse pola teoría do coñecemento, aínda que esto non resolve tódolos problemas que na práctica se soen orixinar, (por exemplo o da demora en coñece-la aceptación imputable ó oferente), polo que debe acudirse tamén á teoría da recepción.

V.- MODIFICACIÓN DO CONTRATO E RELEVANCIA DA ACEPTACIÓN TÁCITA DO TRABALLADOR

1.- O acordo inicial entre empresario e traballador ó través do que se precisan, como maior ou menor detalle, o contido e límites das prestacións que respectivamente asumen no contrato de traballo, se ben se axusta ó principio, primeiro e principal da contratación, segundo o que as obrigas del nacidas "teñen forza de lei entre as partes contratantes, e deben cumprirse a teor dos mesmos" (art. 1.091 CC), non pode obvia-la realidade de referirse a unha relación de tracto sucesivo na que a natureza constitutivamente dinámica da empresa e o variable das súas necesidades esixen a permanente adaptación a circunstancias non previstas orixinariamente.

O ordenamento xurídico laboral, consciente da imposibilidade de prever no momento da celebración do contrato todas e

cada unha das circunstancias. arbitra unha dobre solución. Dun lado, a novación contractual -- na que obviamente cabe unha aceptación tácita do traballador --; doutro, e fundamentalmente, a posibilidade de que o empresario modifique e especifique de xeito unilateral o traballo convido, adecuándoo ás esixencias organizativas e productivas que se lle presenten.

2.- A concreta articulación da facultade -- poder empresarial -- anteriormente aludido presenta unha riqueza tal de modalidades que a súa simplificación, por numerosas que sexan as variables empregadas, crea o risco de descoñece-la rica urdimbre das situacións posibles. Non obstante, cabe aludir a unha división básica establecida polo lexislador: dunha parte, as meras concrecións ou especificacións da obriga laboral e doutra, as variacións ou alteracións fundamentais nos seus elementos básicos. En tanto que sobre as primeiras outórgase ó empresario plena dispoñibilidade -- "poder forte" (MONTROYA MELGAR) --, as segundas ven atemperada a súa posibilidade polo complemento dos oportunos controis a cargo dos representantes dos traballadores ou da Administración ("poder débil").

En todo caso (c deixando á parte os supostos de novación modificativa por mutuo acordo, cun núcleo de problemas que pode ser reconducido ó xa exposto no ámbito de formación contractual e dentro do que se deben integrar singularmente, as transformacións dos contratos temporais en indefinidos se a prestación laboral continúa unha vez cumpridos o termo ou a condición da que pendía a súa vixencia, habida conta -- e como sinala a clásica TS (Civil), 24 xaneiro 1987 -- "a vontade de levar a cabo a extinción da obriga primitiva e a súa substitución por outra, *"animus novandi"*, aparecerá dos termos do acto con toda claridade, pero non sempre é preciso que conste expresamente, pois o Código Civil admite no art. 1204, ó lado da manifestación expresa da vontade de novar, a manifestación tácita, inducida da incompatibilidade entre as dúas convencións, correspondendo en definitiva ós Tribunais, atendendo en cada caso concreto ás circunstancias que nel concorran, decidir se esa incompatibilidade de vontades existe. hipótese na que haberá novación, ou non existe, suposto en que haberá mera modificación da

obriga"). apreciase o distinto xogo da vontade tácita neste concreto ámbito. Dado o deber básico que pesa sobre o traballador de "cumprilas ordes e instrucións do empresario" -- fundado no art. 5.a) ET e reiterado polo art. 20.2 do mesmo corpo legal -- como consecuencia da súa dependencia -- recollida como nota esencial da relación laboral no art. 1.1 ET --, preséntasele unha alternativa única: obedece, -- e manifesta ó través dos seus actos a aquiescencia ás ordes empresariais -- ou, caso contrario, habera de asumir as consecuencias derivadas do seu indisciplinado proceder.

Este inicial punto de partida, interesadamente simplista, require, non obstante, unhas necesarias puntualizacións.

En primeiro lugar, a moralización ordinaria da obriga laboral polo empresario, configúrase como un verdadeiro poder de dirección, imprescindible para a execución e cumprimento do contrato (art. 1258 CC) na medida en que posibilita a "transformación da prestación [relativamente] xenérica do traballador nunha prestación específica" (CRUZ VILLALÓN); en cambio, o *ius variandi* permite ó empresario "variar unilateralmente, de modo esencial -- en canto excepción ó art. 20.1 ET e 1091 CC --, e con carácter temporal, o contido da prestación de traballo, en función das necesidades sobrevidas na organización productiva" (RODRÍGUEZ-PIÑERO), normalmente cualificadas polas non tan de urxencia ou imprevisibilidade (arts. 32.4 e 35.3 ET -- pero non imprescindiblemente, p. ex., os desprazamentos do 40.3. ET --). Sen entrar na polémica doutrinal acerca dos límites de tal poder de variación -- cinguíndoo unicamente ás modificacións temporais ou extendéndoo tamén ás estruturais --, o certo é que existe un último grupo de modificacións (reguladas nos arts. 40.1 e 41 ET) que facultan ó empresario a adaptalas condicións de traballo ás meras necesidades "técnicas organizativas ou productivas" da actividade, sen límite temporal, cun fin último que non é outro que satisfacer aquelas necesidades sen ter que acudir á extinción dos contratos: se ben -- debe recoñecerse -- non deixan de habilitar novas formas de extinción (arts. 40.2 y 41.3 ET) e poden xerar, incluso, un "despedimento indirecto" do traballador [art. 50.1 a) ET].

A desobediencia -- vontade de incumprimento que admite tanto a exteriorización expresa, canto conductas tácitas, e neste caso concluíntes, daquela indicativas-veraría diversas consecuencias segundo afecte a cada un dos citados grupos. Se referidas a ordes emanadas en virtude do poder de dirección ou de variación meramente temporal cualificado polas notas urxencia ou imprevisibilidade, tratarase de manifestacións de indisciplina xustificativas da sanción empresarial que, segundo a súa gravidade ou culpabilidade, pode orixinar incluso o despedimento (art 54.2 ET). Diversa é a situación de incumprimento fronte a modificacións substanciais -- cualificación que, en principio, compartirían as derivadas do exercicio do *ius variandi* polo empresario, pero que, sen embargo, o ET refírese unicamente ós supostos do art 40.1 e 41 ET, precisamente para individualizalas respecto daquelas -- na medida en que non poden ser impostas unilateralmente polo empresario e ábrese ó traballador a opción entre acepta-la modificación ou extingui-la relación percibindo a cámbio a indemnización legalmente tasada, sen obviar dos variantes sobre as que posteriormente volverase -- dado o interese específico que o obxecto desta ponencia presentan -- cales son o *ius resistentiae* e a aceptación condicionada á ratificación xudicial da lexitimidade da modificación substancial introducida.

En segundo lugar, o deber de obediencia cinguese a prestación laboral e, polo tanto, calquera modificación que se estenda á conducta extralaboral do traballador só poderá admitirse na medida en que puidese afectar o cumprimento da súa prestación contractual. Igualmente, o sometemento ás ordes empresariais o é en canto estas non sexan ilegais ou abusivas o que directamente se relaciona co xa aludido dereito de resistencia fronte a modificacións substanciais que non respecten o control administrativo ou dos representantes dos traballadores. Por último, e dentro deste último elemento de referencia, os dereitos do traballador -- intimidade, igualdade, dignidade persoal, liberdade e ideolóxica e relixiosa -- supoñen outros tantos límites ó poder de dirección empresarial e xustifican a excepción ó principio xeral -- *verdadeiro solve et repete* -- tenazmente sostido pola xurisprudencia, a teor do que primeiro se debe acata-la orde e posteriormente reclamar.

3 - Configurado como un "poder forte" aquel de decidir modificacións excepcionais para atende-las concretas necesidades temporais da actividade productiva, debe terse en conta, non obstante, que o empresario, por razóns de política empresarial, pode preferir acudir á vía do mutuo acordo -- expreso ou tácito (TCT 13 xaneiro 1987) -- para que opere a mobilidade funcional [traballos de superior ou (sobre todo), de inferior categoría] Nestos casos, o acordo servirá de instrumento que incentive a aceptación do traballador, pero sempre operará como límite o respecto ós mínimos normativos, a tal punto que "calquera acordo que supuxese unha minoración de tales límites habería de ser considerado, en consecuencia, como unha renuncia de dereitos do traballador, constitutivo de fraude de lei" (SALA FRANCO) Se imposta de xeito unilateral polo empresario, goza de executividade e debe ser pactada polo traballador (ou traballadores) destinatario, sen prexuízo do seu dereito a reclamar xudicialmente solicitando a nulidade da orde -- u outras posibles vinculadas ós dereitos salariais, constatación da vivencia da emerxencia -- e o dereito a resistirse, incumprindo a orde, cando aquela fora manifestamente prexudicial para o traballador ou terceiros, abusiva ou ilegal, pero mantendo a súa dispoñibilidade respecto á prestación ordinaria

Iguais consideracións poden ser efectuadas respecto ós desprazamentos, a orde é inmediatamente executiva e debe ser acatada polo traballador, impedindo a configuración dun *ius resistentiae* polo mesmo, e facendo así incorrer ó traballador en incumprimento sancionable -- salvo lóxicamente nos supostos de ordes abusivas, contrarias á boa fe ou carentes da concreción mínima esixible --, sen prexuízo de que puidera oponerse -- en vía administrativa -- alegando calquera causa xusta, basicamente a inexistencia de razóns técnicas, organizativas ou productivas En definitiva, mentres a autoridade laboral non resolva, a decisión empresarial non se suspende e aquela decisión unilateral do traballador neste senso configura verdadeira causada de sanción (TS 3 xaneiro 1990, 28 maio 1990, TSJ Madrid 24 xullo 1991)

4 - Non obstante o exposto, os maiores problemas presentanse nas denominadas "modificacións substanciais", isto é, aquelas decisións de cambio unilateralmente introducidas polo empresario esvindo o legislador, para a súa validez, o necesario complemento do control polos representantes dos traballadores ou a Administración. Tales problemas surven xa no momento da súa determinación ou concreción e estendéndose a circunstancias tales como os acordos tácitos colectivos ou individuais, o fundamento da opción extintiva, a traslación do principio *solve et repete*, os riscos do exercicio do dereito á resistencia ou os problemas relativos ó exercicio da acción resolutoria.

4.1 - En canto categoría xurídica autónoma, as "condicións substanciais" constitúen un concepto xurídico indeterminado, que unicamente pode desvelarse a partir da consideración consunta de tres factores básicos, o prexuízo que reporta ó traballador, a entidade do cambio e os límites que ó poder de dirección empresarial establecen lei e convenios. En consecuencia -- e sintetizando un riquísimo conxunto de reflexións doutrinarias -- haberá de considerarse tales unicamente aquelas "sobre as que se podía pactar e dispor polas partes mediante o contrato e que non podían ser impostas polo empresario en virtude dos seus poderes de organización laboral, xa tiveren ou non a cobertura dunha norma de dereito dispositivo" (RIVERO LAMAS) diferenciándose das accidentais -- que non afectan ó *status* básico do traballador (TS 13 xullo 1983, TCT 5 decembro 1984) -- por referirse "o esencial do contrato de traballo, a súa propia e básica natureza" (TS 24 novembro 1986, 14 xullo 1989).

4.2 - En función da natureza colectiva ou individual dos intereses en presenza cabe diferenciar dous tipos básicos de modificacións substanciais: aquelas que afectan exclusivamente a dereitos e intereses dun traballador singularmente considerado (individuais) e as que presentan relevancia para un grupo ou para a totalidade (colectivas), aínda que logo se materialicen nun só traballador, polo que non importa tanto a dimensión cuantitativa, canto a cualitativa.

A distinción non resulta banal, na medida en que nas individuais o traballador é libre para pactar ou acatar (TCT 13 xaneiro 1987, aquietarse á modificación introducida) a orde empresarial sen necesidade de acudir ó procedemento do art 41.1 ET -- o que en opinión da xurisprudencia non empece a súa utilización a falta de tal acordo, xa que o contrario suporía ben entender que forman parte do *ius variandi* (TCT 18 xuño 1985), ben que non requiren o necesario acordo, ignorando o espírito da lei que impón o procedemento con independencia do número concreto dos traballadores afectados (TS 13 xuño 1988, TCT 19 outubro 1988, TSJ Madrid 12 febreiro 1991) ---, "sempre e cando non se trate dunha renuncia máis ou menos encuberta fai da modificación efectuada un negocio lícito" (GARCÍA FERNANDEZ, co apoio en TS 18 outubro 1975, RIVERO LAMAS) E ningunha dubida cabe sobre a validez ó respecto da aceptación tácita (TS 20 xuño 1990, transcurso de 7 anos dende a modificación, 6 abril 1990, ano e medio, 13 novembro 1987 "vários meses", TCT 12 xaneiro 1988, "máis de dous anos" contra, non obstante, TCT 24 xaneiro 1989) Polo contrario, as colectivas precisarán, en todo caso, aceptación dos representantes dos traballadores ou, no seu defecto, autorización administrativa

Importa destacar ó respecto, que se ben o acordo ou desacordo cos representantes ten que ser escrito e motivado (art 2.1.2 Real Decreto 696/1980), non obstante, a xurisprudencia entende que existe aceptación cando, coñecida por aqueles a decisión modificativa do empresario, non se opoñen de forma expresa, presumíndose unha tácita aquiescencia (TCT 12 maio 1987, TSJ Madrid 11 novembro 1991 De xeito implícito TCT 15 xuño 1988, TSJ Madrid 26 febreiro 1991)

O silencio da autoridade administrativa, caso de ser precisa a súa intervención, haberá de entenderse negativo, sen que opere analoxicamente a quebra da Lei de Procedemento Administrativo introducida polo art 51 ET, ó entender que o eventual silencio da autoridade laboral ante o recurso de alzada formulado polo empresario implica a súa autorización

4 3 - Interpretando conxuntamente os arts 40 2 e 41 3 ET, cunha parte, e 50 1 a) ET, doutra, que contemplan, en favor do traballador, a posibilidade de extingui-la relación laboral nos supostos de modificacións substanciais nas condicións de traballo, enténdese posible (ALONSO OLEA, MONTOYA MELGAR, CRUZ VILLALÓN, ALBIOL MONTESINOS) unha graduación de tales variacións en función da gravidade dos prexuízos ocasionados o traballador, distinguindo as que comportan un prexuízo cualificado -- en tanto redundan en prexuízo da formación profesional ou dignidade do traballador -- un simple prexuízo - - por afectar ó tempo ou lugar de traballo --, ou un prexuízo intrascendente. Só as dúas primeiras facultan a extinción causal polo traballador, pero non sempre en razón a incumprimentos contractuais do empresario -- de forma significativa se se procedeu conforme a lei, isto é, existe acordo cos representantes dos traballadores ou autorización administrativa --, unicamente invocable cando se impoñen ignorando o procedemento do art 41 ET ou excedéndose na súa concreta implantación.

Este alonxamento da traslación mecánica ó ámbito laboral do art 1124 CC provoca unha consecuencia fundamental a necesidade de continuidade na prestación do servizo para o exercicio da acción de resolución por modificación substancial das condicións de traballo, que se traduce nas seguintes manifestacións básicas,

4 3 1 - O traballador non pode resolver *per se* o contrato de traballo nos supostos do art 50 1 a) ET, unicamente atopase facultado para sólicitar do órgano xudicial competente a extinción da relación laboral (entre outras moitas, TS 21 xuño e 18 setembro 1989)

En conclusión, só cando o traballador fundamente a súa vontade resolutoria na concorrencia de xusta causa, precisa acudir ó órgano xudicial para extingui-la relación. Máis exactamente, para que a ruptura do contrato produza os efectos indemnizatorios legalmente previstos -- pois obviamente a dimisión é unha posibilidade sempre aberta --, a extinción ha de realizarse xudicialmente,

tendo efectos constitutivos tras quedar evidenciada en xuízo a concorrencia da causa alegada polo traballador.

4.3.2.- Derivándose do anterior esixese que antes de exercita-la acción extintiva do art. 50.1 ET, esté viva a relación laboral (persistencia ou pervivencia do vínculo -- por todas, TS 11 abril 1990 e 22 marzo 1991 --) e que depois da solicitude mantíñase a vixencia de contrato (permanencia, salvo supostos excepcionais, no posto de traballo -- TCT 8 marzo 1988 -- sen que exista, non obstante criterio unánime na xurisprudencia respecto no límite temporal desa permanencia: ata a data de celebración do xuízo -- TCT 24 novembro 1982 --, durante a tramitación da demanda -- TCT 6 outubro 1987 --, mentres se substanciase o procedemento -- TCT 28 xaneiro 1986 --, ata que recaia sentenza -- TCT 12 xaneiro 1988 -- ou se resolva de xeito definitivo -- TCT 12 marzo 1987 --...).

Cabe sinalar, sen embargo, unha dobre excepción á regra anterior: dun lado, porque a resolución non ten que chegar necesariamente a coñecemento xudicial podéndose acordar ante os órganos de mediación, arbitraje e conciliación; min. de intervi-lo xuíz, ten que decidirse forzosamente mediante sentenza, o estar sempre aberta a posibilidade de avinza no acto de conciliación xudicial, ou en calquera momento previo á finalización do xuízo; e doutro, porque cabe apreciar situacións que, pola súa especial gravidade, permiten que o traballador deixe de prestar servicios sen incorrer en abandono.

4.3.3.- O carácter xudicial da resolución derivase, en consecuencia, non tanto da ausencia de capacidade no traballador para desvincularse pola súa propia vontade -- que sempre conserva -- canto porque os efectos indemnizatorios subseguintes á extinción causal dependen da presenza dunha xusta causa controlada polo xuíz ou os órganos de mediación, arbitraje ou conciliación no seu caso. A extinción seo control dos organismos públicos compctentes supón así un grave risco para o traballador: se o xuíz non aprecia a existencia da causa, ou a considera insuficiente, declarará extinguida a relación laboral (por

demisión ou abandono) coa correlativa perda da indemnización e prestación por desemprego.

En definitiva, a necesaria solicitude de resolución leva aparelhada, de xeito imperativo, a vixencia do contrato ó momento de formula-la demanda, quedando obrigado o traballador a continuar na súa prestación pese á súa intención resolutoria, a risco de interpreta-la súa falta de asistencia como causa xusta de despedimento [(art. 54.2 a)] ou directamente indicativa da súa vontade unilateral -- expresa (TCT 4 abril 1989) ou tácita (TS 22 outubro 1986) -- de rompe-la relación contractual renunciando a calquera posible indemnización.

Igualmente enerva o exercicio da acción resolutoria a manifestación extintiva anterior do empresario, orixinando unha importante consecuencia práctica: o traballador haberá de impugnar dentro do prazo a decisión empresarial pois, caso contrario, o contrato declararase extinguido por despedimento firme (entre outras moitas, TS 29 decembro 1989; TCT 14 marzo 1989).

Pero, e segundo se apuntou, o carácter xudicial da extinción esixe non só a pervivencia da relación ata a formulación da demanda, senón tamén durante a súa tramitación en tanto recae definitiva (TS 26 novembro 1986). Tal rixidez na interpretación efectuada polos órganos xudiciais podería ser susceptible, non obstante, de certa corrección en liña co apuntado por DURÁN LOPEZ admitíndose así a suspensión contractual e xenerando o eventual rexeitamento da pretensión resolutoria, unicamente a perda dos salarios correspondentes ó tempo de tramitación do procedemento, sen extinción do contrato nin posibilidade de despedimento salvo, claro está, intención fraudulenta ou *animus nocendi* do traballador.

En liña co anterior, enténdese polos tribunais a obriga de conservar viva a relación ata a firmeza da sentenza cando é o traballador quen recorre fronte á denegación, en instancia, da súa pretensión resolutoria; sendo mais que dubidosa, sen embargo, a

ampliación da obriga cando naquela se declarara extinguida a relación (por todas. TSJ País Basco. 6 xuño 1991).

4.4 - A rixidez anteriormente sinalada acerca da continuidade necesaria na prestación laboral vese atemperada. non obstante, a través do recoñecemento dunha excepción con orixe en circunstancias que sobrepasan, pola súa gravidade, a marxe de tolerancia esixible ó traballador e xustifican o abandono anticipado do seu posto de traballo sen perda do dereito á indemnización legalmente taxada. Trátase de "supostos en que o traballador non pode soportar humanamente as propias circunstancias que lle moven a solicita-la resolución" (TCT 22 decembro 1982), "de prexuízo da súa formación profesional ou menoscabo da súa dignidade" (TS 2 abril 1985) ou que impliquen "grave risco físico ou moral" (TCT 18 decembro 1986). Ante estos, e se a xuízo do xulgados o cesamento anticipado estivo xustificado, a relación contractual queda en suspenso durante a tramitación da demanda, de xeito tal que, na pouco probable hipótese de denegación xudicial da pretensión resolutoria, non se impida a reincorporación ulterior do traballador (TS 22 outubro 1986); e, caso de confirmación da súa solicitude, conserve a sentenza a súa eficacia constitutiva ou *ex munc.*

O problema preséntase unicamente no suposto de que o traballador estime insoportable unha situación que para o xuíz, sen embargo, non apareza externamente como tal, en tal caso, o cesamento prematuro será conserado como demisión ou abandono do traballador (TS 26 xuño 1984) e, incluso, conducta grave e culpable de desobediencia a subsumir no art. 54.2. b) ET, e que é acredor da sanción disciplinaria de despedimento (TS 28 novembro 1989).

4.5.- A regra xeral da que se parte -- sobre a base dun excesivo rigor no mantemento do principio de autoridade e disciplina na empresa -- e, pois, a plena aplicación da doutrina do *solve et repete*, o traballador debe obedecer-la orde empresarial modificativa das condicións de traballo e, só posteriormente, reclamar fronte á mesma: debe aquietar-se previamente a poder impugnar. Esíxese, ante os posibles

excesos, un esforzo moderador da regra xeral que non imposibilite de raíz a aplicación correctora do *ius resistendae* do traballador, admisible en supostos sinalados (LÓPEZ TARRUELLA, GARCÍA NINET) tales como aqueles nos que este desobedece porque, dada a imposibilidade de cumprila orde empresarial ou o grave risco persoal que daquela se derivaría, a aceptación do mandato podería supoñer un dano grave ou irreparable para el e/ou a propia empresa: porque as ordes atenten directamente á súa dignidade (motivando a denominada técnica subxectiva) ou orixinen negativas consecuencias para a propia unidade productiva ou graves danos a terceiros (desobediencia técnica obxectiva): ou, por último, e en todo caso, cando sexan manifestamente ilegais (TS 5 xuño 90).

VI.- A EXTINCIÓN DO CONTRATO POR VONTADE TÁCITA DO TRABALLADOR

Dúas son as manifestacións básicas da vontade tácita na extinción do contrato de traballo, correspondéndose coa expresada por cada unha das partes: abandonando, se da do traballador se trata, e despedimento tácito, se fose a do empresario. Singular relevo presenta, á hora de artellar unha posible acción de extinción, a equiescencia que calquera de ambas mostrase fronte a incumprimentos da contraparte, ó ponto de converte-la tolerancia en obstáculo real ou potencial para a súa eficacia.

1.- O abandono constitúe a manifestación fundamental da vontade extintiva do traballador que pon fin ó contrato sen mediar causa nin preaviso (ben porque non se preavise, ben porque téndose pactado prazo específico non se observara).

Trátase dunha forma de extinción do contrato de traballo non regulada no ET -- **contra**, unha abundantísima xurisprudencia que expresivamente o cualifica de **demisión tácita**, ubicándoo no parágrafo 4º do art. 49 (TCT 16 febreiro, 15 marzo, 19 abril e 22 xuño 1988; TSJ Murcia 8 febreiro 1991) --, continuando, polo tanto, en vigor (Disposición Final 4ª ET - TCT 6 marzo 1986; TSJ Madrid 23

febreiro 1990 --) as previsións ó respecto contidas no art 81 parágrafo quinto LCT Alberga, un incumprimento (no dobre senso de que o traballador na súa actuación provoca o converterse en obstáculo á súa realización, e comunícalle tacha de desconformidade ó non verse precedido daqueles actos ou declaracións -- preaviso --- que a lei esixe para extinguir lexítimamente o contrato) voluntario do traballador que se erixe no verdadeiro acto o u negocio extintivo coa particular nota do seu carácter non recepticio, na medida en que contén exclusivamente un comportamento absentista que incorpora o elemento volitivo esencial de pretende-la ruptura da relación laboral e tal fundamento, ó menos nos contratos de duración indefinida (e sen aborda-la rica discusión doutrinal sobre a súa posibilidade nos contratos temporais e o seu límite temporal de dous anos vinculada o prazo máximo do pacto de permanencia) é dobre a ausencia dun termino final que, de non existí-la posibilidade de cesación voluntaria unilateral, convertería o contrato de duración indefinida en vitalicio, e a natureza personalísima da prestación, en que se compromete a liberdade do traballador (MONTROYA MELGAR)

Dous son, pois, os elementos básicos que deben concorrer para que poida ser apreciado conducta e intención resolutive, o expresado quizais de mellor xeito, conducta reveladora da intención resolutive

Trataríase así -- como precisou BETTI -- dun "comportamento puro e simple sen valor de declaración", dunha "conduta concluínte" que "aínda non estando encamiñada a dar noticia dun contido preceptivo a aqueles ós que interesa, pode sen embargo, adquirir, no ambiente social en que se produce, significado e valor de declaración "que fai recoñecible o negocio jurídico" En definitiva, "dunha manifestación que, en contraposición a directa califícase de indirecta ou tácita conducta que, tomada en sí, non ten a función de facer coñecer ós interesados o contido en cuestión, pero que por deducción necesaria e unívoca permita colixir unha toma de posición vinculante respecto a certos intereses alleos"

Do anterior infírese que o elemento volitivo é o realmente decisivo a efectos da cualificación da ausencia como abandono. Só se reputaría tal a conducta que é esencial e reveladora do propósito de dar por terminada, de xeito unilateral, a relación contractual: isto é, "non a mera vontade de incumprimento dun deber contractual, senón a máis exacta e enteira de deixar de cumpri-lo contrato en si mesmo" (ALONSO OLEA)

Polo conseguinte, non é preciso que a vontade extintiva se manifesta de xeito expreso e literal, senón que pode deducirse tamén dos feitos, actos ou omisións tanto anteriores como coetáneos á súa manifestación que así evidencien (TCT 8 xaneiro 1986, 25 outubro 1988, 22 febreiro e 20 abril 1989); TSJ Madrid 4 abril 1990; TSJ Balcares 22 abril 1990). De igual xeito, non bastan as meras conductas absentistas se non expresan de xeito claro e contundente a intención da abandonar "que escusa calquera intento interpretativo que se saia do seu estricto contido literal, a súa libre e voluntaria decisión de causar baixa voluntaria e de non ter que reclamar á empresa por ningún concepto (TC 20 setembro 1979); e, conseguintemente, implica que "non pode ampliarse a presunción do abandono senón cando se dean entre o feito demostrado e aquel que se deduza un enlace preciso e lóxico" (TCT 22 xaneiro 1977), o que, en definitiva, exclúe o xogo da presunción clásica en favor da evidente demostración (TCT 19 maio 1987 e 5 xullo 1988).

Nun necesario -- e forzosamente inacabado -- intento de sistematiza-los que se apreciaron como *facta concludentia* de abandono debe facerse constar:

1.1.- En primeiro lugar que, segundo se insistiu, o abandono implica, en todo caso, un acto volitivo específico inexistente cando as ausencias responden a circunstancias alleas ó desexo do traballador [enfermidade, servizo militar ou prestación social substitutoria, detención ou prisión -- salvo que, por exemplo, vaian acompañadas "da solicitude de liquidación tras varios días detido... [e]..

ordenada a súa busca e captura doutras que exclúen absolutamente a vontade de extingui-lo contrato (por exemplo, exercicio de cargo público)

Debe de observarse, non obstante, que estas causas suspensivas existen, para a súa operatividade -- en aplicación do principio de boa fe --, a oportuna notificación á empresa. Caso de existir, queda eliminada de raíz a posibilidade de apreciar abandono (TSJ Murcia 11 marzo 1991), por contra se non se produce aquela e se acompaña de conductas reveladoras de tal ánimo, é claro o abandono (véxase a xa citada TCT 22 outubro 1987). Os problemas prodúcense, obviamente, cando non existen nin comunicación nin *facta concludentia* nun ou noutro sentido, debendo aplicar-se, en principio, os criterios que posteriormente se sinalarán á hora de valora-las ausencias inxustificadas, se ben cabe apreciar un evidente rigor en determinadas resolucións xudiciais que presumen no incumprimento dun mero deber informativo, a vontade implícita do traballador de cesar no seu posto (así ausencias por enfermidade non comunicada á empresa -- TSI Madrid 2 abril 1991 --, non presentación dos aprtes de confirmacion ou de alta na enfermidade -- TSJ Murcia 23 febreiro 1990 -- ou prisión non comunicada ó empresario que tampouco despide por ausencias inxustificadas -- TSJ Murcia 27 maio 1991 --_ que unicamente seria de recibo no suposto de silencio fronte os requirimentos empresariais de informacion sobre a situación do traballador (TCT 16 xuño 1987, TSJ Madrid 30 maio 1991)

1 2 - O abandono pode producirse ben a través dunha declaración expresa seguida de conductas inequívocas en tal sentido (TCT 2 setembro 1986 limitouse "a abandona-lo traballo, dicindo que non lle interesaba seguir nel", TCT 16 xullo 1986 "pediu o empresario os papeis do paro e que lle pagara, o que reitera o seguinte día", TCT 8 abril 1980 "comunicando a súa vontade de considerarse despedido", TSJ Madrid 26 febreiro 1991 "comunica, en plena xornada, que se marchaba definitivamente e que volverá a cobra-la súa liquidación, o que fixo ó día seguinte, e ó dicírselle que non estaba preparada marchouse sen indicar nada ó respecto"), ben a través da soa conducta, suficientemente

reveladora da súa intención extintiva. á que os Tribunais case sempre acompañan doutras manifestacións que a completan.

Así, entendéronse constitutivas de abandono, conductas como as seguintes:

* Acollerse a unha excedencia voluntaria en contra da contade do empresario (TSJ Valencia 30 outubro 1991).

* Inasistencia ó traballo acompañada da obtención dunha nova ocupación (TCT 4 novembro 1983; TSJ Cataluña 8 febreiro 1991).

* Cesación na prestación acompañada da retirada das súas pertenzas (TCT 19 novembro 1985) ou efectos persoais (TCT 11 maio 1982).

* Solicita-la baixa administrativa cando o exercicio da prestación esixe aquela para poder desenvolver determinados actos fundamentais da mesma (TCT 28 xullo 1986).

* Rexeita-la oferta da readmisión efectuada ó traballador despedido, o que se empecina en preitear xudicialmente (TCT 16 setembro 1986, 7 xullo 1987, 19 abril 1988) ou se nega a acepta-la opción empresarial ante un cesamento cualificado de improcedente (TSJ Cantabria 10 xaneiro 1991; TSJ Madrid 8 xaneiro 1991). No primeiro suposto condiciónase a cualificación ó feito de que a oferta se producira antes de que se presentase a demanda (TS 14 maio 1986, 22 setembro 1987; sobre a súa negativa cando a cuestión se atopa *sub iudice*, TCT 19 abril 1986); en ambos, que o ofrecemento se faga de boa fe e para o posto de traballo anterior (TS 2 xuño 1985; TCT 22 setembro 1987).

* Non accionar por despedimento fronte ó tácito provocado pola empresa (TSJ Tenerife 9 abril 1991).

* Non reincorporación rematada a situación suspensiva. Así, tras ter obtido a alta médica por curación sen proposta de invalidez permanente (TSJ Cataluña 6 xuño 1991) ou ter finalizado o prazo máximo de excedencia (TS 20 outubro 1988); máis se median reiteradas solicitudes empresariais en tal senso (TSJ Las Palmas 25 setembro 1991; TSJ Madrid 12 xullo 1991). Igualmente tras terse convido a mesma en conciliación, a través dun acto tan expresivo como rexeita-la entrega que se facía das chaves do local (TCT 22 xuño 1988).

* Deixar de traballar alegando alteracións no estado de saúde que agravarian o estado de incapacidade e que, sen embargo, son desestimadas xudicialmente (TSJ Valencia 19 xuño 1991).

* Autoexcluirse de acudir ó traballo baixo o argumento de modificacións substanciais e o oportuno exercicio procesal dunha pretensión extintiva neste sentido, a non se-los supostos extraordinarios -- riscos físicos ou morais non tolerables -- xa analizados (TSJ Cataluña 29 xuño 1991).

* Non acudir-lo traballador fixo discontinuo ó chamamento efectuado polo empresario (TS 15 novembro 1979; TCT 3 maio 1980; 21 outubro 1986), incluso aínda que este se efectúe avanzada a campaña (TCT 21 xullo 1987).

1.3.- Por contra, rexeitase a cualificación do abandono cando falta, cando menos, un dos dous requisitos fundamentais: conducta concluinte ou ánimo extintivo. Así -- e ademais das xa citadas -- podería aludirse a circunstancias tales como:

* Abandono de posto, funcións ou destino dado que se trata de meros incumprimentos contractuais ante os que o empresario podería, ó sumo, despedir (MONTROYA MELGAR).

* Privación de liberdade decretada pola autoridade lexítima (mera causa de suspensión). Igual consideración merece o suposto de forza maior por causas non imputables ó traballador.

* Cesar na prestación cando media agresión sexual por parte do empresario (TSJ Navarra 30 maio 1991) ou outra conducta vexatoria así como perigo para a súa integridade persoal. No obstante, e por exemplo, as meras palabras atentatorias contra a dignidade como "innecesarias e groseiras", de entidade suficiente para motiva-la ruptura causal da relación, que se producida, ser constitutiva de demisión -- se media preaviso -- ou abandono -- en caso de ausencia (TSJ Valencia 18 marzo 1991)--.

* Inexistencia de ánimo extintivo do contrato, senón mera vontade de mantelo en suspenso ata tanto recaía sentenza sobre a proposta de invalidez permanente total (TSJ Málaga 25 xaneiro 1992).

* Ausentarse transitoriamente do posto de traballo (aínda por tempo dilatado, sen un simple xustificante nin outra comunicación posterior, para acompañar a un parente nun internamento médico: TS 16 decembro 1980; para acompañar no traslado ó seu home pese ás ordes empresariais en sentido contrario: TCT 24 febreiro 1973; como consecuencia dunha orde verbal do empresario expulsando da empresa, aínda que días despois se lle requira para a súa reincorporación unha vez presentada demanda impugnando o despedimento, TS 25 outubro 1977, calquera que sexa a cualificación que puidera merecer esa conducta.

* Meros retrasos na reincorporación ó traballo ou na non ocupación do novo destino (TS 15 outubro 1986). Igualmente a decisión unilateral de tomar vacación (TS 1 outubro 1987; TSJ Madrid 18 outubro 1990).

* Vincularse a outra empresa estando o contrato en suspenso por causas económicas, tecnológicas ou de forza maior (TS 11 xuño 1980, 7 maio 1990).

* Non accede-lo traballador á solicitude de permanecer varios días máis no seu posto de traballo unha vez que se lle notificou a súa próxima extinción (TCT 3 marzo 1973).

* Ausencias bascadas en enfermidade non comunicada polo traballador -- motivo menos se comunicada: TSJ Murcia 11 marzo 1991 -- (TCT 4 novembro 1986, 21 abril 1987, 2 febreiro 1988; TSJ Madrid 27 xuño e 28 novembro 1989, 31 outubro 1990), incluíndo o paso sen solución de continuidade -- isto é, sen alta médica -- de enfermidade común a I.L.T. por ameaza de parto prematuro e posterior maternidade.

* Se se ofertou a readmisión, pero non nos termos que anteriormente se disfrutaban.

* Ausencias da empresa na crenza de ter sido despedido (TCT 2 decembro 1987).

1.4.- Como facilmente pode comprenderse, un dos problemas fundamentais que presenta o abandono é a súa distinción respecto do despedimento por faltas de asistencia.

A diferenza teórica é relativamente sinxela: as meras faltas de asistencia constitúen incumprimentos que *per se* carecen de calquera eficacia extintiva e unicamente motivan a sanción, que pode chegar a ser incluso a de despedimento. A liña fronteiriza entre ambos atopase no *animus* específico do traballador ausente (MONTROYA MELGAR, CITANDO tet 3 OUTUBRO 1963), de xeito tal que, sempre a nivel puramente especulativo, "son perfectamente distinguibles a vontade para faltar reiteradamente ó traballo, sen pretende-la extinción do vínculo contractual, da vontade de romper unilateralmente ese vínculo por parte do obreiro, que é o que constitúe o abandono" (TCT 19 febreiro 1965).

A traslación á práctica resulta, sen embargo, menos fácil, na medida en que esixe investiga-lo compoñente subxectivo da ausencia. Deixando á parte supostos de faltas de asistencia ocasionais, discontinuas ou de breve duración, que nunca poderán ser consideradas abandono (TCT 13 outubro 1973), as dúbidas nacen cando a ausencia *sine die* prolongouse largamente sen aviso nin xustificación, podendo consugarse unha presunción en favor do abandono (TS 6 febreiro 1981).

TCT 4 xullo 1985, 19 abril 1989) Presunción que se torna certa se a xustificación se solicita e non se obtén (TCT 26 xaneiro 1982)

O prazo que se ten que deixar transcorrer, para que esteamos ante un abandono, ten que ser, polo tanto, significativo (TS maio 1985) Intentando introducir un elemento obxectivo en tal apreciación cabe inferila (GIRÓN TENA, sistematizando un amplo espectro de resolucións xudiciais)

* De leis ou disposicións regulamentarias de carácter xeral, así os 30 días naturais *ex art 48 5 ET* (TCT 29 outubro 1985, 12 marzo 1986, 18 maio 1987) ou os brevísimos de 5 2 e 5 días que o art. 17 da Orde do 23 de marzo de 1974 establece para que o traballador, en situación de incapacidade laboral transitoria derivada de riscos comúns, presente ó seu empresario os partes médicos de baixa, confirmación de capacidade e de alta, respectivamente (TCT 2 xuño e 23 decembro 1983, 9 xaneiro 1986, 16 xuño 1987).

* Dás ordenanzas laborais (TS 14 novembro 1990, TCT 13 outubro 1982) ou convenios colectivos (TS 18 setembro 1986) que resulten de aplicación

* En defecto dos anteriores, os prazos que as normas sectoriais sinalen ó efecto de xustifica-lo despedimento disciplinario (TCT 6 marzo 1985, 11 maio 1986)

* Sen necesidade de esperar a que transcorran os prazos anteriores, e tal como se anticipou polo transcurso do prazo que o empresario fixara ó traballador no requirimento de reincorporación, sempre que aquel non resultara manifestamente abusivo (TS 2 xullo 1985; TCT 2 xullo 1986).

1 5 - Por se houbera dúbida, a vontade -- tácita -
- relevante é a que se manifesta concluintemente no momento de abandonar, sen que a retractación ulterior ("tardía rectificación", "Arrepentimento sobrevido") poida desenvolver efecto algún a non ser que

conste a conformidade expresa ou tácita do empresario (TCT 11 decembro 1990), debendo terse en conta que, en principio, falta a anuencia tácita cando o empresario garda silencio fronte a expresa vontade resolutoria do traballador ("o feito de que as empresas demandadas non fixeran ningunha obxección non é en modo algún significativa de que o cesamento produzase por mutuo acordo, xa que ningunha obxección podían facer no senso de opoñerse o cesamento obrigado o traballador a continuar na prestación de servicios contra a súa vontade", TS 7 novembro 1983)

En todo caso, "non é acreditativa de ningunha deficiencia no consentimento que conducise a anulabilidade do negocio xurídico, tal e como se deriva do art 1265 CC", a circunstancia de que o abandono se produza num estado de acaloramento derivado dunha discusión (TS 6 marzo e 21 xuño 1990, TSJ Galicia 16 abril 1991)

16 - A dificultade existente a hora de valorar un suposto como de abandono en absoluto carece de relevancia práctica, pois, como sinala ALONSO OLEA, repararase en que se se estima que aquel non tivo lugar, o xulgador vese obrigado a entender que quen despediu tacitamente e o empresario, estando pois ante un despedimento nulo (por todas TS 10 febreiro 1987) Deste xeito, o habitual e que o xuíz (ante a reclamación de despedimento nulo ou improcedente efectuada polo traballador, e a de abandono formulada polo empresario) deba, con carácter previo, establecer cal e a parte que realmente extinguiu o contrato

RELAÇÕES DE TRABALHO EM TEMPO DE CÓLERA

Magda Biavaschi e Ricardo(*)
Carvalho Fraga(*)

1. DIFERENCIAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO

Inicialmente, é necessário se entenda o significado do Direito do Trabalho e de seu surgimento. Com essa preocupação, em outro momento se escreveu que:

"O direito do trabalho é um ramo autônomo do direito. Não absolutamente, porquanto intimamente ligado aos demais ramos do direito e, particularmente, às demais ciências sociais, em especial à economia, à filosofia e à história. Emerso de uma "realidade social singular e diferenciada" (Olca, 1969, p. 17) e sobre ela atuando, nasce esse ramo especial do direito, essencialmente social e reivindicatório da classe trabalhadora. Fruto da ação coletiva de grupos espoliados, brota das profundezas da vida social pugnando por uma nova ordem, mais justa, mais humana, menos alienada. Daí afirmar-se por seu pronunciado conteúdo de protesto, inerente à sua própria razão de ser, à sua origem. No dizer de Tarso Genro (1979, p. 55), citando Plá Rodrigues: "...seu caráter criativo de um direito autônomo vem de que parte deste direito "se deve a uma ação autônoma de grupos sociais de representação de interesses profissionais", em oposição ao domínio irracional do capital." ("Perspectivas do Direito do Trabalho", capítulo "Direito do Trabalho: um Direito Comprometido com a Justiça", págs. 20 e 21). (1)

Magda Biavaschi e Ricardo Carvalho Fraga(*)

Juízes do Trabalho em Porto Alegre/RS

(1) **MAGDA BIAVASCHI**, Perspectivas do Direito do Trabalho, Coordenador Beimusz Szmukler, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1993, capítulo um "Direito do Trabalho - um Direito Comprometido com a Justiça", págs 20 e 21

Trata-se, pois, de reconhecer, em nível jurídico, o papel ativo e reivindicatório dos trabalhadores. O próprio Direito do Trabalho, ramo novo do Direito e que nasce de uma realidade social singular e diferenciada, apresenta esse "sentido reivindicatório" no dizer de TRUEBA URBINA in "Nuevo Derecho do Trabajo". (2) Resgatando-se a origem desse ramo do Direito, medite-se sobre a enorme diferença que apresenta em relação aos demais, em especial quanto aos seus princípios informadores a revelarem sua fisionomia e sua própria razão de ser

As consequências e o conceito da "livre manifestação da vontade" aqui apresentam contornos bem distintos daqueles do Direito Civil, por exemplo. Os contratos de trabalho devem ser examinados objetivamente. Mais do que uma suposta manifestação da vontade das partes interessam os fatos. Para o Direito do Trabalho importa mais a realidade, a qual tem força jurídica, podendo suplantar os rotulos e as formulas. Valem, para tanto, os ensinamentos de MARIO DE LA CUEVA, in "Panorama do Direito do Trabalho"

"A Doutrina trabalhista estrangeira e nacional está dividida em duas tendências. Uma parte dela continua sustentando que a base ou fonte da relação individual de trabalho é sempre um contrato, isto é, um acordo de vontades entre um trabalhador e um patrão. Para chegar a essa conclusão, faz-se uso da figura do chamado "contrato de adesão" ou recorre-se a hipótese do consentimento tácito. Outra parte da doutrina sustenta a tese que temos defendido desde o ano de 1938, de que basta o fato da prestação de um serviço pessoal, independentemente da fonte que lhe dá origem para que se aplique a legislação do trabalho. A relação de trabalho deixou de ser um ato puramente subjetivo, quer dizer, uma relação entre duas pessoas, trabalhador e patrão, criadora de direitos e obrigações recíprocas, e converteu-se em uma relação objetiva entre trabalhador e a empresa." (3)

(2) ALBERTO TRUEBA URBINA "Nuevo Derecho do Trabajo" Editorial Porrúa Mexico, 1975

(3) MARIO DE LA CUEVA in "Panorama do Direito do Trabalho" Edição Sulina capítulo sobre o contrato individual do trabalho, pags. 77 e 79

Sublinhe-se que o ordenamento jurídico pátrio, nas suas expressões normativas, preocupa-se com a análise objetiva dos fatos, a respeito, atente-se para o texto do artigo nono da Consolidação das Leis do Trabalho, informado que está pelos princípios da tutela e da primazia da realidade

"Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de disvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação " (artigo 9º da CLT)"

A jurisprudência, por seu turno, tem-se orientado no mesmo sentido Essa orientação é importante quando das declarações de existência do vínculo jurídico como de emprego, sempre que evidenciada a subordinação, além de outros requisitos, e, também, para exame das vantagens acrescidas a cada contrato individual de trabalho

Recorde-se ainda, em outro exemplo relevante e resgatando-se a análise dos princípios fundantes do ramo do Direito que se examina, que o conflito entre mais de uma norma merece tratamento especial e diferenciado Mencionando o Prof AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ, o ilustre jurista TARSO FERNANDO GENRO, in "Direito Individual do Trabalho", salienta que

" A "regra da norma mais favorável" mencionada por Plá Rodriguez "inverte a hierarquia das normas () e tem enorme transcendência prática" No Direito do Trabalho, portanto, se o regulamento do empregador prevê uma vantagem superior ao contrato coletivo ele tem precedência em relação a este, se uma ordem de serviço do empregador outorga um direito mais vantajoso do que a lei, é esta ordem que se aplica aos contratos, inclusive no que se refere a direitos procedimentais, como por exemplo, a proposição de inquérito para apuração de falta grave de empregado não estável, que é legalmente exigível somente para a despedida de trabalhadores estáveis (súmula 77 do TST) " (4)

Percebe-se que, considerados os princípios insitos ao Direito do Trabalho, nem mesmo um conflito de normas afastaria a vantagem mais benéfica ao trabalhador

Nesta óptica, a origem mesma das normas trabalhistas tem peculiaridades TARSO FERNANDO GENRO ao final de enumeração tradicional, acrescenta que

"Alguns autores indicam, ainda, uma outra fonte de elaboração da norma jurídica trabalhista o poder normativo das coletividades de trabalhadores que fazem emanar normas não-escritas, que podem ou não se tornar costume Podemos indicar como exemplo as regras informais de sustentação das greves (formas de coletar fundos, tipos de sanção aos trabalhadores não-grevistas, etc) Estas são normas totalmente atípicas, porque quase nunca dispõem de uma previsão sancionatória - repressiva, eficaz, permanecendo quase sempre na esfera das orientações ético-morais de uma comunidade, às vezes em confronto com a ordem vigente " (in "Introdução Crítica do Direito do Trabalho") (5)

Por certo, os conceitos e os princípios próprios do Direito do Trabalho não tem levado ao questionamento do direito de propriedade dos meios de produção Tampouco, têm sido seguros seus avanços, ao contrário, como qualquer conquista da humanidade, tem apresentado dificuldades em afirmar-se definitivamente

Mais recentemente, assiste-se a movimentos vários visando ao aniquilamento do aprendizado social representado pelo Direito do Trabalho Por vezes, ainda que timidamente, surgem tentativas de elaboração de uma outra finalidade para esse ramo do Direito, desviando-o de sua origem e divorciando-o de sua essência HELIUS SARTHOU, em debate sobre as normas do Mercosul, salientou que

(4) TARSO FERNANDO GENRO in "Direito Individual do Trabalho" Editora I Tr 1985 pag 50

"En lugar de esa inspiración antropeétrica y humanista que hace de la protección de la parte más débil de la relación de trabajo. el fundamento mismo de la política social. el Tratado de MERCOSUR en cambio. hace de la productividad y de la competitividad el eje fundamental de la sociedad..." (Debate organizado por ADAL asociación de Abogados Laboralistas). (6)

Nesta nova visão. a finalidade do Direito do Trabalho passaria a ser da busca de maior produtividade. com o que se transformaria numa pseudociência auxiliar-dependente dos conhecimentos da área de Administração Empresarial. Abandonar-se-ia a preocupação central com a proteção do homem trabalhador. Nesta visão. ainda não explicitada por inteiro. porque pouco bela. o princípio da tutela seria menos relevante. ou até mesmo um obstáculo.

Medite-se acerca do desemprego e da miséria crescentes e sobre a dicotomia produtividade versus miserabilidade. Em recente editorial do jornal Folha de São Paulo. domingo. 14.11.93. 1-2. essa preocupação é revelada com acuidade e acerto:

"A economia brasileira caracteriza-se por uma heterogeneidade em que convivem setores em estágios radicalmente diferentes de desenvolvimento. A divulgação pelo IBGE de estatísticas sobre o aumento da produtividade industrial em meio à redução do emprego. a superinflação e a instabilidade política vêm apenas confirmar essa situação. O Brasil moderno adapta-se com rapidez à abertura comercial e enfrenta o desafio da competitividade. O aumento de produtividade no complexo metal-mecânico chega a impressionar: 40% no setor de material elétrico e 37,2% no de material de transporte. nos primeiros sete meses do ano.

(5) **TARSO FERNANDO GENRO.** "Introdução Crítica do Direito do Trabalho". Curso de Extensão Universitária a Distância. Universidade de Brasília. vol 2. p 87

(6) **HELIOS SARTHOU.** Debate organizado por ADAL. Associação de Abogados Laboralistas. em publicação da Fundação de Cultura Universitária. Montevideo. outubro de 1991

Segundo projeções do IBGE, entre 1991 e 1993 o incremento na produtividade da indústria brasileira será recorde mundial: 23%. no mesmo período, porém, o emprego reduziu-se mais de 10%, sendo que nos últimos 12 meses o IBGE registrou uma retração de 4,0%. Esses contingentes de desempregados são em parte a outra face da modernização. As empresas racionalizam processos, informatizam, terceirizam, envolvem-se na reengenharia de seus processos produtivos e administrativos. Quando há crescimento, o mercado favorável não gera necessariamente mais emprego.

Esse aumento de produtividade com perda de emprego é a marca dos ajustes econômicos deste fim de século, em todo o mundo. O surgimento ou, como no caso brasileiro, a expansão das grandes massas de excluídos gera o paradoxo de uma modernidade que convive e, no limite, estimula a barbárie. Dos jovens desempregados neonazistas aos contingentes cada vez mais dispostos aos arrastões, o impacto brutal dessa modernidade é evidente.

Nesse contexto de ajuste econômico estrutural, sucumbem também os tradicionais sistemas públicos de bem-estar. A produção maior com menos gente significa que cada vez menos pessoas trabalham para sustentar cada vez mais excluídos.

O desafio maior, levando-se em conta o competitivo ambiente internacional, é fazer a reengenharia da própria política econômica. Buscar o crescimento através dos meios tradicionais, como a redução dos juros, tem como resultado um aquecimento que pode levar a índices recorde de produtividade, mas é incapaz de gerar empregos em setores dinâmicos.

Uma tal política ativa exigirá contudo um setor público ajustado, pronto a assumir o compromisso de viabilizar o crescimento e não simplesmente de defender interesses corporativistas. Sem esse ajuste efetivo, o setor público vai-se alinhando ao que há de mais

atrasado, subdesenvolvido e politicamente retrógrado" (sic os grifos são nossos) (7)

Essa análise é fundamental e deve centrar a preocupação daqueles que, efetivamente, desejam uma sociedade transformada, com bem-estar distribuído, visando à incorporação do grande contingente (cada vez maior) de excluídos.

Outras manifestações ou práticas sociais também exigem estudo. A intermediação de mão-de-obra tem dificultado - ou mesmo impedido - o convívio do trabalhador com a realidade da empresa, com conseqüências difíceis para o próprio fortalecimento dos sindicatos, importando em decorrente fragmentação. Em nosso país, o Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho representou importante avanço da jurisprudência mais atenta a essa realidade, com a seguinte redação

"Contrato de prestação de serviços - Legalidade - Salvo os casos previstos nas Leis n^os 6 019, de 3 de janeiro de 1974, e 7 102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços" (DJU 30 09, 1 e 2 de outubro de 1986)".

Saliente-se que tal orientação está confirmada no recente Precedente Normativo do mesmo Tribunal Superior do Trabalho, de n^o 35:

MÃO-DE-OBRA LOCADA (positivo): Fica proibida a contratação de mão-de-obra locada, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis n^os 6 019/74 e 7.102/83.

(7) Editorial do jornal Folha de São Paulo - domingo, 14 11 93, 1-2

A intermediação de mão-de-obra, sem dúvida, tem sido um dos maiores instrumentos de fraude à legislação trabalhista, tem propiciado frequente desrespeito as vantagens asseguradas em Decisões Normativas, Acordos Coletivos e, inclusive, na Lei A atividade sindical do empregado terceirizado, por óbvio, torna-se limitada e desestimulada. Considere-se que, em pouco tempo, podera estar deslocado para trabalhar em empresa de outro ramo econômico

No Brasil, qualquer diagnóstico preocupado com a realidade deve assinalar, ainda, o enorme contingente de trabalhadores sem Carteira de Trabalho, afastados do sistema da Previdência Social. Trata-se daqueles vinculados ao crescente setor da economia informal ou daqueles contratados em autêntica fraude a legislação previdenciária, trabalhista e tributária, questão que, ao lado do binômio produtividade x desemprego, igualmente deve centrar nossas inquietações. Medite-se novamente sobre o que revela o editorial da Folha de São Paulo, já transcrito, a respeito dos índices de desemprego apurados pelo IBGE, numa economia que, paradoxalmente atinge patamares de produtividade ótimos

O conhecimento do número real de trabalhadores no Brasil sem carteira de trabalho assinada é bem difícil, trata-se de dado de complicada obtenção. Há a questão previa do conceito de "subemprego" a ser adotado. De qualquer modo é visível a dificuldade de atuação da Justiça do Trabalho no julgamento desses casos, bem como da própria fiscalização do Ministério do Trabalho

Não se pode esquecer, quando se faz um diagnóstico sobre relações de trabalho, que o trabalho escravo ainda é uma realidade não erradicada neste canto do mundo

Da mesma forma, as condições de trabalho prejudiciais à saúde estão longe de terem sido superadas. Alarmantes são os dados estatísticos sobre acidentes de trabalho. Por vezes, ao empregador torna-se mais fácil recorrer a portarias de questionável

legalidade do que mandar instalar luminárias Registre-se que a Portaria nº 3 751, de 23 de novembro de 1990, assinada pelo então Ministro do Trabalho e Previdência Social, Antônio Rogério Magri, não pode ser interpretada sem restrição Neste sentido e o estudo divulgado na Revista Síntese, nº 36

"O ARTIGO 190 DA CLT TRATOU DE NÃO DEIXAR DUVIDAS DE QUE SE ATRIBUIU AO MINISTERIO DO TRABALHO A COMPLETILNCIA DE APROVAR O QUADRO E ADOPTAR CRITERIOS DE CARACTERIZACÃO DA INSALUBRIDADE E, PELLO ISSO, EXAURIA-SE A DIFERENÇA DA IPI " (8)

Medita-se acerca dos prejuízos que decorrem do precário iluminação não se tem limitado empresas de pequeno porte ou ligadas a atividades pouco lucrativas, frequentemente tem sido constatado também em estabelecimentos bancários e empresas modernas

Nossa prática social, na condição de Juizes do Trabalho, afasta ou, no mínimo, diminui qualquer crença de que seja possível a busca de civilidade nas relações de trabalho sem a presença do Estado Acredita-se que a afirmação da cidadania se dá através do Estado

Repete-se que, mesmo em setores dinâmicos, modernos e lucrativos da economia, ha reiterados descumprimentos de regras mais elementares da legislação obreira, tais como o respeito à saúde do trabalhador

A retirada do Estado da elaboração legislativa, das atividades de fiscalização pelo Ministério do Trabalho e do julgamento pela Justiça do Trabalho certamente nos levaria a um quadro bem difícil e de maior atraso social do ponto de vista das relações laborais O abandono das conquistas do Direito do Trabalho poderia contribuir para o enfraquecimento do próprio Estado de Direito Sem dúvida, estaríamos bem mais próximos à barbárie pós-moderna A retirada do Estado, num Brasil com todos os indicativos já enumerados, onde apenas 8% da população ganha mais de 4 salários-mínimos e com índices de

miserabilidade tão alarmantes e geradores de exércitos de excluídos, corresponderia a um retrocesso sem precedentes, a uma verdadeira anomia. Antes de se afirmar descartável o Estado e a Justiça do Trabalho, reafirma-se pela sua indispensável presença universalizante, atuado sobre a realidade numa óptica transformadora; não um Estado meramente enunciador de conflitos, mas um Estado que tenha capacidade de responder às demandas sociais de forma incidente e eficaz: um Estado democrático e democratizado.

As dificuldades antes apontadas são exemplificativas e não esgotam o tema. São entraves a serem vencidos no âmbito do Direito do Trabalho e, também, em outros níveis. O desenvolvimento econômico é cada vez mais necessário.

Antes, porém do desejado crescimento econômico, desde hoje são visíveis importantes aperfeiçoamentos sociais em outros ramos do Direito. O Código de Defesa do Consumidor contém relevantes inovações. Ali, o ônus da prova é tratado com respeito à desigualdade entre consumidores e comerciantes. Ali, se estimula a atuação de agentes coletivos. Ali, constam conceitos criativos que melhor delimitam os efeitos da "coisa julgada". A respeito, recorde-se o belo estudo de ADA PELEGRINI Grinover, in "Revista do Instituto de Estudos Jurídicos". (9)

Sabe-se que há dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para solucionar conflitos massivos: utiliza-se instrumental não adequado e superado para o enfrentamento dessa nova realidade. É necessária a busca de uma nova postura, consentânea com as exigências sociais, sob pena de se perder legitimidade e eficácia. Sendo correta a afirmação de que a lei não é unívoca e de que se operou um deslocamento do substantivo normativo para as práticas sociais, para o conflito que subjaz à norma positivada, a emergência de novos sujeitos coletivos não pode ser esquecida: novos instrumentos jurídicos devem ser pensados para que esse deslocamento se processe e para que o Judiciário efetivamente assumira seu papel de dizer o direito com o olhar da sociedade.

A existência de relevantes inovações em outros ramos do Direito merece análise em conjunto com as dificuldades encontradas pelo Direito do Trabalho. Aqui, retornando ao nosso tema, existem obstáculos a serem vencidos com urgência - o que é possível.

A democratização do Poder Judiciário, tanto internamente (relações Intrapoder) quanto externamente (com a sociedade), assume papel de relevo e primordial. Urge se busque a necessária participação da sociedade na administração da Justiça como forma, inclusive, de garantir a tão almejada e imprescindível independência. Constatou-se que a estrutura do Poder Judiciário tem sido pouco ou nada alterada ao longo do tempo. A Justiça do Trabalho não foi aperfeiçoada, do ponto de vista democrático. Na verdade, agravou-se a situação. Em outro momento foi assinalado que

"O ingresso na magistratura de primeiro grau no Brasil se dá mediante concurso público. A excelência deste meio de cooptação, de pelo menos parte dos quadros do Poder Judiciário, é geralmente reconhecida. Não obstante isso, as dificuldades que o Poder Judiciário vem enfrentando para cumprir sua tarefa, fazem-no alvo de críticas cada vez maiores, as quais remetem com maior ou menor intensidade para a legitimidade desse Poder. O que transparece dessas críticas é que a legitimidade resta comprometida na medida que a ação do Judiciário deixa de ter efetividade."

(8) PAULO LEAL Revista Síntese n. 36 - jun/92 p. 12

(9) ADA PELEGRINI GRINOVER "Revista do Instituto de Estudos Jurídicos" n.º 5, Rio de Janeiro, 1992, pags. 409. resumo de Palestra proferida perante o II Simposio Nacional de Direito Civil e Processual Civil realizado em Porto Alegre em junho de 1992 organizado por Instituto de Estudos Jurídicos.

(Documento da Amatra - Associação dos Magistrados do Trabalho no Rio Grande do Sul sob o título "O Estado Democrático de Direito e o Poder Judiciário - Das Eleições Diretas para os Cargos de Direção dos Tribunais") (10)

No mesmo texto é afirmado que, quando a legitimidade de um Poder é colocada em xeque, a superação da crise passa por uma reelaboração da base de consenso. Na administração pública brasileira aportou, na última década, crescente número de funcionários em decorrência do aumento dos serviços públicos exigidos pelo crescimento populacional. A incrementação da máquina estatal acabou por gerar o crescimento de setores burocráticos intermediários, que se afirmam num quadro de organização formal a inviabilizar a relação direta entre a base e o topo da hierarquia. A Justiça do Trabalho apresenta esse fenômeno com bastante nitidez, se há uma ou duas décadas sua funcionalidade era ótima, hoje se revela inadequada. Há contínua ampliação do quadro de juizes e funcionários, sendo porém mantidos os mesmos métodos de organização e de exercício do poder, o que permite hierarquização nefasta e engessadora. Obstáculos de toda ordem dificultam não somente a administração mas especialmente a prestação jurisdicional rápida e célere.

Torna-se cada vez mais necessária a democratização das atividades não judiciárias do Poder Judiciário. No mesmo sentido posicionou-se o sociólogo EMIR SADER, ao meditar sobre as condições de construção da democracia:

"A outra questão é que temos de assumir as coisas do Bobbio quando fala que na democracia, a partir do momento de que todo mundo vota, a gente tem que votar em mais lugares, temos que criar espaços de decisão pública a respeito de autoridades de várias esferas, inclusive o Judiciário. As propostas de reforma judiciária são apenas o começo, mas são indispensáveis, porque a experiência do Chile mostra que o Executivo pode ser reduzido à impotência com muita facilidade, o Executivo pode ser uma armadilha e não uma alavanca. Se houver um cerco generalizado em relação ao Estado a começar pelo

Judiciário. Congresso. Exército. isso pode criar as condições de afogamento de um governo popular dentro do aparelho do Estado." (11)

Outros temas relativos à estrutura da Justiça do Trabalho merecem debate o qual é de ser travado por parte da sociedade: a competência dos Tribunais; o papel e/ou democratização da representação classista; a elaboração de seu orçamento específico com definição de propriedades discutidas pelos usuários; o estabelecimento de critérios e formas de escolha dos Juizes integrantes dos Tribunais; o controle externo do Judiciário. São tópicos que, certamente, constam de uma lista maior. Repita-se que as questões administrativas importam em sérias conseqüências à própria atividade jurisdicional.

2. DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

O melhor aparelhamento da Justiça do Trabalho é de ser concomitante com seu necessário aperfeiçoamento democrático e seu adequamento à realidade social mais ampla. O próprio acesso à Justiça deve ser democratizado e viabilizado. A respeito, recorde-se relevante avanço constitucional (Constituição de 1988) e posterior manifestação da jurisprudência em provável desarmonia:

"Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:...

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;..." Constituição Federal de 1988

(10) Documento da Amatra - Associação dos Magistrados do Trabalho no Rio Grande do Sul, sob o título "O Estado Democrático de Direito e o Poder Judiciário - Das Eleições Diretas para os Cargos de Direção dos Tribunais."

(11) **EMIR SADER**, entrevista à publicação "Utopia", nº 9, agosto-setembro de 1993, Porto Alegre.

"O artigo 8º inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato..
..."Enunciado 310 do Tribunal Superior do Trabalho"

Interpretações jurisprudenciais como a expressa no Enunciado 310 do TST devem ser analisadas com cuidado. No encontro sobre o tema "Direito do Trabalho no Limiar de um Novo Século", organizado pela Amatra-RS, em junho de 1993, Porto Alegre, se relatou que:

"...Inicialmente, algumas premissas sob o ponto de vista histórico foram enfatizadas, conforme síntese a seguir:

1 - O Dec.-Lei 7.934, de 4 de setembro de 1945, em seu art. 1º consagrava a substituição processual ampla. Constituíam encargo, dever, do Ministério Público, "promover" as "reclamações dos empregados". Tal atuação era supletiva, nas comarcas em que inexistentes juntas de conciliação e julgamento ou sindicato lesado.

À época, a grande parte das ações trabalhistas era ajuizada pelo Ministério Público, dando a medida do interesse público que era subjacente ao instituto.

A substituição processual prevista no art. 6º do CPC tem conotação exclusivamente privatista, quando em causa interesse restrito do indivíduo, daí a sua visão restritiva. Em verdade, o processo civil adaptou a substituição processual de interesse público para a defesa de interesses privados, impondo as condições contidas no artigo em referência.

Não cabe, assim, partir do disposto no art. 6º do CPC para definir o instituto da substituição processual no processo do trabalho. Neste é o interesse público que prepondera, daí a sua abrangência muito maior do que aquela estabelecida para a defesa de interesses restritos ao indivíduo.

O art 8º, inciso III, da CF/88 deve ser visualizado sob esse espectro abrangente, apropriado à natureza da substituição processual que visa ao atendimento de interesses de origem pública, e que não é novo, porquanto precedente, na história legislativa brasileira, ao Código de Processo Civil emergente em 1973

2 - Ao contrário do que se tem apregoadado, a supressão, no texto do art 8º, inciso III, da CF, da referência expressa à substituição processual, não leva a concluir pela intenção do constituinte em afastar a hipótese

Desde a Comissão da Ordem Social, a matéria vinha sendo apresentada No art 9º, do projeto daquela Comissão, estava escrito "à entidade sindical incumbe a defesa dos direitos e interesses da categoria, individuais ou coletivos, inclusive como substituto processual, em questões judiciais e administrativas " Por acordo de lideranças, o texto final que foi ao plenário da ANC subtraiu a referência expressa à substituição processual, por se tratar, segundo o entendimento dos constituintes, de repetição desnecessária e descabida O intuito foi o de buscar uma melhor técnica legislativa, suprimindo expressões repetitivas sem, contudo, alterar o conteúdo, permanecendo a figura da substituição processual

Assim, sem nenhuma votação, foi retirada do texto a expressão substituto processual, sob o pressuposto de que o instituto estava preservado Tanto é verdade, que o texto que acabou prevalecendo recebeu emenda supressiva (de nº 1390), não acolhida pelo plenário da ANC Tal emenda, de autoria do Deputado Nyder Barbosa, sustentada pelo Deputado Paes Landim, revelava a intenção de eliminar a atuação dos sindicatos como substitutos processuais na defesa dos interesses dos membros da categoria profissional Propunha a emenda a seguinte redação Artigo 8º, III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos, inclusive em questões judiciais ou administrativas "

A sustentação, feita em plenário, pelo Deputado Landim orientou-se, toda ela, no sentido de afastar a possibilidade da atuação do sindicato na defesa dos interesses individuais da categoria, oportunidade em que aquele parlamentar verberou no sentido de não ser possível "que os sindicatos substituam a vontade individual e possam demandar, sem mais nem menos, ilimitadamente, em nome do trabalhador ()" A sustentação do Deputado Plínio de Arruda Sampaio, contra a emenda supressiva e em defesa da manutenção do texto original, onde prevista a possibilidade do sindicato atuar na defesa dos interesses individuais da categoria, assentou-se no argumento de que "um dos grandes avanços conseguidos por esta Constituição, () e a possibilidade das associações representarem em juízo seus associados" Mais adiante, o mesmo Arruda Sampaio lembrou o texto, já aprovado, do art 5º, inciso XXI, sob o argumento de que "se qualquer entidade associativa pode representar seus filiados () por que razão vamos tirar do texto aquilo que foi a reafirmação desse princípio, especificado ao problema sindical?"

O texto foi mantido

3 - A Lei 8 073/90 após os vetos dos artigos 1º e 2º, que tratavam da matéria salarial que lhe era objeto passou a regular, exclusivamente o instituto da substituição processual outorgando as entidades sindicais a faculdade de atuar "como substitutos processuais dos integrantes da categoria" (art 3º) Em seu artigo 5º, o mesmo diploma legal revoga as disposições em contrário

Desvinculada da matéria salarial, a Lei 8 073 passou a ter como exclusivo objeto a regulamentação da atuação das entidades sindicais na defesa dos interesses individuais dos integrantes da categoria, com revogação expressa das disposições com ela conflitantes. Impende, assim concluir que as disposições legais anteriores a edição do diploma legal em referência e que consagravam obstáculos e restrições a atuação do sindicato não mais prevalecem

Não há argumentação plausível para afastar a eficácia de diploma legal em plena vigência e total compatibilidade com o mandamento constitucional

4 - De lege ferenda, admite-se, contudo, que a edição de lei específica, regulamentando a substituição processual, deve ser reclamada junto ao Poder Legislativo, como meio mais eficaz para afastar interpretações restritivas e incompatíveis com a vontade soberana da ANC, subsumida no texto do inciso III do art 8º da CF. A proposta oriunda do Ministério do Trabalho, através do Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional, ainda que suscetível de alterações, atende adequadamente tal reclamo, cabendo à sociedade, em especial aos trabalhadores organizados em sindicatos e aos operadores do Direito em geral, agir junto ao Poder Legislativo na busca de regulamentação definitiva ao instituto

CONCLUSÃO

A Comissão II propõe, pelos fundamentos históricos e jurídicos que considera irrefutáveis, que

1º - O artigo 8º, inciso III, da CF consagra hipótese de substituição processual ampla, de ordem pública, insuscetível de interpretação restrita própria ao instituto na órbita civil (aprovação por maioria 18 votos favoráveis 2 votos contrários)

2º - A Lei 8 073/90, em plena vigência, explicita adequadamente o comando constitucional e, na sua atual redação aplica-se de forma ampla a todo e qualquer litígio que envolva interesse individual de integrantes da categoria (aprovação por maioria 17 votos favoráveis, 3 votos contrários, 1 abstenção)

3º - A substituição processual, juntamente com a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, está em consonância com o reconhecimento, na CF/88, dos direitos das coletividades, priorizados a nível de garantias fundamentais. Negar sua vigência implica

negar o próprio espírito da Constituição (aprovação por maioria 20 votos favoráveis, 1 voto contrário)

4º - A substituição processual, se bem utilizada, constitui instrumento eficaz de realização da ordem jurídica (aprovação unânime)

5º - Constitui, também, a substituição processual instrumento de simplificação das demandas e agilização da Justiça do Trabalho (aprovação unânime)

6º - Causa perplexidade, em tal contexto, a interpretação restritiva do instituto consagrada no Enunciado 310 da Súmula de Jurisprudência do TST (aprovação por maioria 20 votos favoráveis, 1 voto contrário)

7º - A tramitação de projetos de lei específicos sobre substituição processual, dos quais o oriundo do Ministério do Trabalho constitui exemplo, deve ser incentivada, com pleito junto ao Poder Legislativo para que agilize sua discussão (aprovação por maioria 20 votos favoráveis, 1 voto contrário)

Medita-se que a legislação, a partir da Lei nº 7 788/89, e a jurisprudência, inclusive do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho desta 4ª Região, têm acolhido tais princípios

O descompasso entre a manifestação do constituinte e da jurisprudência é expressivo. Trata-se de algo revelador da necessidade de mudanças na estrutura da Justiça do Trabalho, com melhor equacionamento dos temas antes enumerados, além de outros que a sociedade venha incluir

Por certo a Justiça do Trabalho não é única e nem a primeira instituição que deva ser aperfeiçoada. O quadro institucional de todo o país exige alterações profundas. A riqueza e

complexidade da realidade social são ainda desconhecidas em suas potencialidades.

No nível das decisões em Dissídios Coletivos, é visível a necessidade de aprimoramento da Justiça do Trabalho. Hoje, em dissídios individuais e examinando casos concretos, decide-se com o auxílio de peritos contábeis, além de outros profissionais; todavia, há carência do devido assessoramento econômico em dissídios coletivos, lides de expressiva relevância e cujas decisões atingem as categorias profissionais e econômicas. Sobre esse dilema se refletiu e se propôs, em outro momento:

"Assessoramento técnico ao Juízo no exercício do Poder Normativo." Encontro dos Juizes do Trabalho no Estado do Rio Grande do Sul, 1990, Gramado, Comissão 2. A crise da Estrutura da Justiça do Trabalho.

Outro ponto que merece análise é sobre a finalidade do tão discutido Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Tem sido criticada a declaração de abusividade de greve pelos Tribunais. Aqui invocam-se estudos de dois Juizes do Trabalho, JOSÉ FELIPE LEDUR in, "Perspectivas do Direito do Trabalho", e CARMEM CAMINO, in "Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região" (12) (13) Inclusive neste sentido decidiu o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho desta Quarta Região:

"Ac. RVDC 235/90 - AÇÃO DECLARATÓRIA - Dissídio Coletivo de natureza revisional. 1.GREVE. ABUSO. Carece o sindicato suscitante de interesse processual de agir, na medida da total inocuidade da declaração de greve abusiva no plano das relações individuais de trabalho. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Primeiro Grupo de Turmas - Relatora Carmem Camino" (Revista do TRT da Quarta Região, nº 24, 1991, p. 57).

Num quadro de tantas dificuldades e na perspectiva de aperfeiçoamento do papel de cada órgão do Estado, surgem

fortes propostas de solução dos conflitos sociais fora de qualquer instituição. Trata-se de reação que decorre de descontentamento e de salutar rebeldia popular. Todavia, nem sempre essas manifestações expressam mais do que simples descontentamento, sem soluções mais amplas e duradouras. Neste sentido, é certa observação de Ricardo Antunes (14) em importante estudo:

"O proletariado brasileiro não vivenciou, em seu processo constitutivo, as formas produtivas dadas pela presença do artesanato e da manufatura do mesmo modo que o proletariado clássico. Ao contrário, teve sua gênese forjada dentro dos marcos da grande indústria, apesar de esta encontrar-se subordinada a uma economia agromercantil-exportadora... (p.127)

"Esse proletariado novo, vinculado à indústria automobilística viveu, como pretendemos demonstrar, a intesidade das contradições imanentes ao desenvolvimento do capitalismo industrial no Brasil, nas três últimas décadas... (p.128)

O contrato coletivo, no momento, tem representado, acima de tudo, o desconforto do movimento sindical com a maneira como vem sendo exercido o Poder Normativo pelos Tribunais do Trabalho, em especial pelo TST. A conveniência histórica dessa proposta, via contrato coletivo, todavia, pode inexistir. ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JÚNIOR bem assinalou as peculiaridades distintas do Brasil de hoje e da Espanha pós-franquista e da Itália dos anos sessenta (in "Conteúdo dos Pactos Sociais", Editora LTr, 1993, e "Os Direitos Sociais e a Constituição de 1988 - Crise Econômica e Política de Bem-estar", Forense, 1993). (15) Lá, nestes outros dois países, o contrato coletivo apresentou, no passado recente e superado, certo avanço social.

(12) JOSÉ FELIPE LEDUR, "Perspectivas do Direito do Trabalho", Coordenador Beimsz Szmukler, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1993, p. 29.

(13) CARMEM CAMINO, "Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região", nº 25, 1993.

(14) RICARDO ANTUNES, "A Rebeldia do Trabalho - O Confronto Operário no ABC Paulista: as greves de 1978/80", Editora Unicamp, 1992.

Em nosso país, por último, tem-se avolumado as propostas de flexibilização. Trata-se de movimento que pode estar associado a aparente participação de trabalhadores, diretamente envolvidos no conflito. Dar-se-ia maior relevância aos acertos diretos entre partes em detrimento das leis (estatais). Sobre este ponto recorde-se a observação de TARSO FERNANDO GENRO:

"Com a extinção do Poder Normativo, teremos no Brasil, um movimento de categorialização das regras e, ainda, de acantonamento da produção de regra no âmbito da empresa e o que deveria ser conquista global dos trabalhadores será conquista de um pequeno grupo de trabalhadores dos pólos mais modernos da atividade econômica" (in "Perspectivas do Direito do Trabalho", p. 119) (16)

Qualquer vantagem obtida por certa categoria de trabalhadores, mesmo que de costas para as demais e para o Estado, pode implicar conseqüências para a sociedade como um todo. O próprio aumento do desemprego, já focalizado, necessita de respostas universalizantes. É difícil imaginar-se a conveniência social e mesmo a eficácia de contratos coletivos num país com milhões de trabalhadores desempregados, ou no subemprego. Ademais, o termo contrato coletivo é demasiado vago e genérico, não podendo prescindir de especificações básicas e indispensáveis, inclusive com anunciação do que e quais os direitos transigíveis; e essa enunciação até o presente inexistente. De resto, pressupõe consenso sobre questões básicas e fundamentalmente inconciliáveis.

(15) ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JÚNIOR, "Conteúdo dos Pactos Sociais", Editora LTr, 1993, e "Os Direitos Sociais e a Constituição de 1988 - Crise Econômica e Políticas de Bem-estar", Forense, 1993.

(16) TARSO FERNANDO GENRO, "Perspectivas do Direito do Trabalho", Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1993, p. 119.

Tema bem mais promissor e verdadeiro requisito para qualquer aperfeiçoamento das relações do trabalho no país é a aprovação de lei sobre proibição das despedidas imotivadas. Sobre esse ponto recorde-se proposta dos Juizes do Trabalho em Congresso organizado pela AMATRA-RS e realizado em Porto Alegre, 1991

"É primordial a defesa da Constituição Federal, promulgada em 1988 e a manutenção dos direitos sociais nela consagrados, fruto de um processo democrático em que houve significativa participação popular. Nessa óptica a comissão repudia a proposta de antecipação da revisão constitucional, de vez que os direitos inscritos na Carta sequer foram efetivados em sua totalidade

Ao invés de pensar em revisão, é necessário garantir o exercício dos direitos sociais através de sua regulamentação e da atuação do Poder Judiciário

A proposta de antecipação da revisão constitucional que vem sendo ventilada por iniciativa do Executivo pretende suprimir os direitos sociais contemplados na Constituição. Na verdade, tal iniciativa integra um projeto maior que tem a finalidade de restringir a participação do Estado nas relações de trabalho

Por fim, e preciso salientar que o mais importante direito a ser regulamentado é aquele inscrito no inciso I, do artigo sétimo da Carta, seja porque trata da garantia de trabalho da qual depende em última instância, a efetivação de todos os demais direitos

O enfoque dado pela norma constitucional é no sentido de garantir o emprego, prevendo indenização compensatória apenas para os casos em que a manutenção deste não seja possível

O legislador, ao regulamentar a garantia constitucional deve estar atento a esta circunstância. Propomos que a despedida somente possa ocorrer de forma motivada, ou seja por motivo

técnico, financeiro, econômico ou força maior e por justa causa. Haveria indenização compensatória para os casos de despedida motivada.

De outra parte, sugere-se seja inscrito no texto constitucional que as alterações no processo produtivo decorrentes do avanço tecnológico beneficiem os empregados, compelindo a empresa a proporcionar-lhes a necessária qualificação profissional".

A percepção exata da brutalidade das relações de trabalho nos dias atuais é o que nos permite vislumbrar, por outro lado, a beleza profunda e as potencialidades inesgotadas do Direito do Trabalho.

Somente na medida em que ingressarmos mais aceleradamente em uma sociedade com organização social superior é que poderemos sentir os efetivos limites do Direito do Trabalho. Mesmo aí poderá haver gratas surpresas, através da compreensão de suas conexões com temas tais como direitos humanos, meio ambiente, economia e fim do desemprego estrutural, realização individual através do trabalho e crescimento pessoal do ponto de vista psicológico, até agora só imaginadas pelo sonhador mais atento.

Hoje o Direito do Trabalho, através de seus princípios próprios e fundantes e que visam a corrigir desigualdades, da legislação estatal e suas demais normas, bem como (ainda que em menor escala) da jurisprudência, já se constitui num dos principais obstáculos à completa instauração da barbárie pós-moderna.

* Este texto foi elaborado com contribuições dos colegas Juizes do Trabalho Maria Helena Mallmann Suzlbach e Luiz Alberto de Vargas. Contém, igualmente, os aprendizados junto a AMATRA/RS - Associação dos Magistrados do Trabalho no Rio Grande do Sul, bem como Fóruns Nacionais dos demais operadores do Direito e, em especial, junto ao Fórum do Ministério do Trabalho sobre Relações do Trabalho.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

CASSIO COLOMBO FILHO (*)

"Ao permitir que o trabalho infantil se perpetue e se expanda, a sociedade derrota hoje os recursos humanos que necessitará amanhã". (CLAUDE DUMONT)

Sumário

- 1 Introdução.
- 2 Breve síntese histórica
- 3 O Direito Internacional.
- 4 O Direito Brasileiro,
 - 4 1 Autorização para contratar trabalho.
 - 4 2 O programa do "bom menino",
 - 4 3 Inviabilidade do trabalho infantil.
 - 4 4 Aprendizagem e estágio.
 - 4 5 Aplicação das Normas Internacionais no Brasil.
- 5 Conclusão

(*) O autor é juiz do Trabalho Presidente da TCT de Rolândia - PR. É especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor da Faculdade de Direito de Curitiba.

1. INTRODUÇÃO

"Meninos de rua", "massacre da Candelária", "extermínio de menores", infelizmente são expressões muito utilizadas ultimamente, e que vêm fustigando a todos os brasileiros, com implicações em todos os seguimentos de nossa sociedade, inclusive para os juslaboralistas

O tema é importante, atual, incomoda e tem desdobramentos no campo do trabalho, por muitos apontado como uma solução para manter ocupados "os menores carentes"

Será que dar trabalho para "menores carentes" é uma das soluções para o problema?

Sem a pretensão de responder a questão passo a tecer algumas considerações sobre o assunto, analisando-o sob a ótica do Direito do Trabalho

2. BREVE SÍNTESE HISTÓRICA

O Direito do Trabalho como ramo autônomo das ciências jurídicas e sociais é novo, data de pouco mais de setenta anos a nível mundial e tem suas raízes ligadas à criação da Organização Internacional do Trabalho (O I T), mediante o Tratado de Versailles, em 1919

Dentre os fatores que deram origem ao surgimento do Direito do Trabalho, quero ressaltar aqui dois deles a revolução industrial e o liberalismo

Com a política liberalista do não intervencionismo estatal reinante na Europa do início do século passado e as relações de trabalho sem qualquer regulamentação a nível de lei, o capital foi logo impondo a força de quem o detinha

Tais fatos aliados ao desemprego em massa e à crise econômica mundial, que obrigou as mulheres e crianças a saírem de casa para ajudar no sustento da família, acabaram por gerar exploração do trabalho infantil, quando, a pretexto de ajudar os miseráveis, os empregadores começaram a contratar crianças com salários aviltantes, exigindo-lhes trabalho pesado e em extensas jornadas.

Isto gerava dupla discriminação, a saber:

-discriminação para as crianças que tinham de trabalhar em situações similares às dos adultos, mas recebendo apenas uma fração do salário daqueles;

-discriminação para os adultos que não tinham condições de competir com tal mercado de trabalho, ante os baixos salários percebidos pelas crianças, quando era economicamente mais vantajoso para o empregador obter a produção de crianças como a dos adultos, com salário pueril, a contratar trabalhadores já crescidos e criados.

A partir do momento em que se tornou muito grande a indignação da sociedade com tal situação, o Estado passou a intervir nas relações de trabalho, com a edição de leis para coibir os abusos.

Merecem destaque: a lei inglesa de 1.802 (*health and morals of apprentices*), que limitou a 12 horas o trabalho para os menores de 12 anos na indústria têxtil; e, na França, a Lei de 22-03-1.841, proibindo o trabalho para menores de 8 anos e também restringindo a 12 horas a jornada de menores de 12 anos.

Por tais leis já se percebe o nível de exploração do trabalho de crianças à época.

SEGADAS VIANNA aponta outros países como a Bélgica, mediante Lei de 28-05-88 que adotou um conjunto de

medidas protetoras, e a Alemanha. em 1.891. que "expediu um Código Industrial (gewerbeordnung), incluindo proteção aos menores trabalhadores. A Suíça teve uma lei em 1.877, a Áustria em 1.855, a Holanda em 1.889, Portugal em 1.891 e a Rússia em 1º de julho de 1.882 expedida sua primeira lei de proteção aos menores."(1).

Prosseguindo em seus ensinamentos, o mesmo autor assim refere-se ao Brasil: "Em nosso país, também, como veremos mais adiante, o Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1.890, estabelecia medida de proteção aos menores, mas nunca foi regulamentado!".

Diante da indignação popular e por intermédio de tais normas foi se consolidando o Direito do Trabalho das crianças e adolescentes.

3. O DIREITO INTERNACIONAL

Nas últimas décadas, especialmente do início deste século em diante, a sociedade vem percebendo que é muito difícil o crescimento econômico sem desenvolvimento social e calcada nos princípios de que "o trabalho não é uma mercadoria" e "a pobreza, em qualquer lugar, constitui um perigo para a prosperidade de todos", entre outros, a O.I.T., como órgão regulamentador e de atuação do Direito Internacional do Trabalho, imprimiu um novo dimensionamento à matéria, preocupando-se não apenas com as condições de trabalho e os direitos previdenciários do trabalhador, mas também com as "normas dos direitos humanos correlacionados com o trabalho, a política do desemprego, a seguridade social populacional, o exame de questões econômicas sob o prisma dos seus reflexos sociais, a política social das empresas multinacionais, a reforma agrária, a proteção e integração das populações indígenas, tribais e semitribais, e os programas de cooperação técnica nos setores da formação profissional, da administração do trabalho, do combate ao desemprego e ao subemprego, da educação do trabalhador para incrementar sua participação no desenvolvimento sócio-econômico, da melhoria do ambiente de trabalho, etc."(2).

Dentro desse contexto, desde sua criação a O I T editou diversas normas relacionadas ao trabalho das crianças, sendo as primeiras delas as Convenções de números 5 e 6, de 1.919 que proibiam para os estabelecimentos industriais o trabalho de menores de 14 anos na indústria e o labor noturno para os menores de 18 anos, respectivamente.

Depois disso a O.I.T ainda editou cerca de mais sete convenções sobre o trabalho de crianças, até chegar à de nº 138, com a recomendação nº 146, ambas de 1973, revogando tacitamente todas as normas anteriores sobre idade de admissão.

Pela Convenção nº 138, as diretrizes gerais sobre a admissão de crianças são as seguintes:

1º - os países que ratificarem a Convenção 138 devem instituir uma política que incentive a abolição de trabalhos para menores:

2º - idades mínimas para contratação - 15 anos para os países desenvolvidos e **14 anos para os países em desenvolvimento**;

3º - para os empregos que ponham em risco a saúde , a segurança e a moral dos jovens, a idade mínima não pode ser inferior a 18 anos, e em alguns casos idade inferior a 16 anos, sob certas condições.

4º - inviabiliza o trabalho para menores, quando houver problemas de aplicação ou especiais;

(1) **ARNALDO SÜSSEKIND, DÉLIO MARANHÃO, SEGADAS VIANNA**, Instituições de Direito do Trabalho, São Paulo, 1991, LTr, Volume II, p. 881;

(2) **SÜSSEKIND, ARNALDO**, Direito Intern.do Trabalho, São Paulo, 1.987, LTr, p. 23

5º - estão excepcionados das idades mínimas os trabalhos nas escolas, e ensino geral profissional ou técnico,

6º - os jovens de 13 a 15 anos podem ser autorizados a trabalhos ligeiros e outros casos, como trabalhos artísticos mediante consulta a entidades de empregados e empregadores

7º - a convenção revê as 10 anteriores

Fica claro que a intenção de tal norma internacional e em primeiro lugar, incentivar a abolição de trabalho infantil, e em segundo lugar regula-lo de modo que não interfira na formação escolar e moral da criança, incentivando o convívio familiar

Este e o resumo das principais ideias das normas internacionais sobre o trabalho de crianças e adolescentes

Deve ser ressaltado que em recente publicação, a OIT dedicou grande parte de sua revista ao trabalho infantil, com uma reportagem de duas laudas sobre o Brasil ("El reto del IPEC a la sociedad brasileña"), onde são feitas varias denuncias, destacando-se entre elas a de que "No estado do Parana, um dos mais prosperos do pais desde os 4 anos os meninos trabalham ate o esgotamento, em condições desumanas, nas colheitas de algodão" (3), o que da a perceber a ma impressão internacional sobre nossa patria

4. O DIREITO BRASILEIRO

Ja foi visto em item anterior (nº 2) que a primeira lei brasileira sobre o trabalho de menores não chegou a ser regulamentada, e por incrível que pareça, a nação padece deste mal ate hoje

(3) BARROS, AMBAR e MILHOMEM, LUCIANO Trabalho Revista de la OIT Ginebra 1993 n. 4 - junho de 1993 ps. 12/13 nossa tradução

Com a habitual prodigalidade legislativa o Brasil editou diversas leis para a proteção de menores desde o fim do Império Colonial até o governo Getúlio Vargas, em 1932, sem notícia de aplicação efetiva de qualquer delas, e a primeira delas a vingar (aqui tem disso leis que "não vingam"), foi o Decreto-Lei 3616, de 13-09-41, fixando a idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria, prevendo a apresentação de documentos para admissão tais como certidão de idade, autorização dos pais ou responsáveis, atestado médico, de capacidade física e mental, prova de saber ler, escrever e contar, além de instituir a Carteira de Trabalho do menor

A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943, seguiu as mesmas diretrizes e aperfeiçoou tais normas, dedicando todo o Capítulo IV à "Proteção ao trabalho do menor"

Em verdadeiro retrocesso legislativo, a Constituição de 1967, mantida neste ponto pela Emenda Constitucional de 1969, instituiu o limite mínimo de idade para admissão de adolescentes aos 12 anos obrigando o Brasil a denunciar a Convenção nº 5, da OIT, ratificada em 1934 e que proibia o trabalho para menores de 14 anos

A atual Constituição em vigor, de 05-10-88, reeditou a proibição de trabalho para menores de 14 anos (art 7º, inc XXXIII e art 227, § 3º, inc I), assegurando a proibição de trabalhos noturnos, perigosos e insalubres aos menores de 18 anos, e o acesso do trabalhador adolescente à escola

Portanto, as disposições da CLT sobre o trabalho de menores que não se contraponham às normas constitucionais, estão em pleno vigor

Em 13 de julho de 1990, foi publicada a Lei nº 8069, que aprovou o Estatuto da Criança e do Adolescente, em cujo Capítulo V destinou dez artigos sobre o direito à profissionalização e proteção ao trabalho

Feito este breve apanhado geral sobre as normas em vigor de proteção ao trabalho das crianças e adolescentes, e sem a pretensão de esgotar o assunto, passo a analisar alguns pontos polêmicos sobre o tema.

4.1. AUTORIZAÇÃO PARA CONTRATAR TRABALHO

Viceja na doutrina e na jurisprudência opinião dominante no sentido de que é desnecessária a autorização paterna para contratação de trabalho dos menores de 18 anos.

Tal entendimento tem respaldo no fato de que como o menor de 18 e maior de 14 anos deve possuir a Carteira de Trabalho e Previdência Social, com tal documento está livre para contratar trabalho. E, inclusive, a CLT só exige expressamente intervenção dos pais ou responsáveis na quitação dos haveres do contrato de trabalho (art 439).

Ouso divergir das respeitabilíssimas opiniões nesse sentido.

Segundo o art 227, da Constituição da República em vigor:

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." (sic - grifei)

E o art. de nº 229 da Constituição diz que "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores" (sic - grifei).

Portanto, não é preciso que se faça um maior esforço para interpretar os artigos acima e perceber a necessidade de intervenção paterna ou dos responsáveis legais para contratação de trabalho de crianças e adolescentes, a fim de preservá-los de toda sorte de negligência, discriminação e etc..

Se isto não bastar, deve ser lembrado que o Estatuto da Criança e do Adolescente (E.C.A.) considera CRIANÇA pessoa até doze anos de idade incompletos e ADOLESCENTE aquela entre doze e dezoito anos (art. 2º), repetindo no art. 4º as disposições do art. 227 da Constituição, adotando os 14 anos como idade mínima para admissão (art. 60).

Já o art. 424, da CLT, assim está redigido:

"É dever dos responsáveis legais dos menores, pais, mães, ou tutores, afastá-los de empregos que diminuam consideravelmente o seu tempo de estudo, reduzam o tempo de repouso necessário à sua saúde e constituição física, ou prejudiquem a sua educação moral " (*sic*)

Ora se é dever dos pais ou responsáveis pelos menores **afastá-los**, eles podem e devem exercer este dever não deixando que o adolescente seja admitido em trabalho que lhe possa ser prejudicial sob qualquer ângulo.

Por outro lado, deve ser ponderado que pelo Código Civil Brasileiro, os menores de 16 anos são absolutamente incapazes (art. 5º), e os maiores de 16 e menores de 21 anos são relativamente incapazes (art. 6º).

Sem desprezar a interpretação quase que literal até aqui feita, lembre-se que se o Direito do Trabalho é tutelar, por tratar em grande parte de direitos indisponíveis, o Direito do Trabalho da Criança ou do Adolescente é "bi-tutelar", pois se ocupa de direitos duplamente indisponíveis, e, portanto, as normas devem ser interpretadas

sempre de modo que melhor assegure proteção aos destinatários, sendo nítida a intenção do legislador de colocar os menores a salvo de qualquer coisa que possa prejudicar-lhes o desenvolvimento

Pretender uma interpretação divergente da ora feita, *data venia*, implica em contrariar a tendência mundial de proteger e erradicar o trabalho de crianças e adolescentes

Diante das disposições legais já mencionadas, o art. 439, da Consolidação das Leis do Trabalho, que permite ao "menor" (adolescente) firmar recibo sem acompanhamento dos pais ou responsáveis, é uma exceção à regra da assistência, e fora tal ato, para todo o mais no contrato de trabalho o adolescente precisa estar assistido, como por exemplo: firmar contrato de trabalho, recibos de avisos de férias, dar ou receber aviso prévio, pedir demissão, assinar advertências ou documentos que dêem ciência de infrações disciplinares, e etc., sendo nulos, desprovidos de qualquer eficácia os documentos feitos sem a observância de tal regra.

Assim, num aviso prévio do empregador para despedir o empregado cujo recibo for firmado pelo adolescente sem a assistência dos responsáveis legais, levado o assunto para uma discussão em processo judicial, o Juízo deve desconsiderar tal documento, pela nulidade e ineficácia do mesmo.

Quanto ao pedido de demissão, os pais ou representantes legais do adolescente devem assistir o ato jurídico para evitar vícios de vontade, mas não podem impedir que ele se desligue do emprego, sob pena de caracterizar-se a escravidão do adolescente aos pais.

4.2 - O PROGRAMA DO "BOM MENINO"

A Constituição da República em vigor, em seu art. 7º, inc. XXX, assegura: " - **proibição de diferença de salários, de exercício de funções, e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;**"(*sic* - grifei).

Se a Lei Maior repudia a discriminação por idade, não se justifica a edição de Normas Estatais que consagrem tal discriminação, gerando oportunidade das empresas de contratarem crianças e adolescentes com menos direitos trabalhistas que os adultos como o malfadado "PROGRAMA BOM MENINO", instituído pelo Decreto-Lei 2.318, de 30-12-86, evidentemente revogado pela Norma Constitucional acima transcrita, e pelo art. 65, da Lei 8.069, de 13-07-90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), assim redigido: "**Ao adolescente aprendiz, maior de quatorze anos, são assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários.**"

Segundo o art. 4º, do Decreto-Lei 2.318/86 as empresas deveriam admitir pessoas entre doze e dezoito anos que frequentassem escola, sem vinculação com a previdência social, com jornadas de 4 horas diárias de trabalho, na qualidade de **menores assistidos**.

Tal Decreto-Lei ainda obrigou todas as empresas que tivessem mais de cinco empregados, a admitir os tais **menores assistidos**, em efetivo equivalente a 5% (cinco por cento) de seus trabalhadores.

Na época de sua edição, o diploma legal já foi considerado inconstitucional, pois o art. 55, da Constituição Federal de 1967 com a emenda de 1969, só permitia ao Presidente da República legislar por via de Decreto-Lei nas seguintes matérias: "I - Segurança Nacional; II - Finanças Públicas, inclusive normas tributárias; III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos:", e evidentemente, entre estas matérias não consta legislar na esfera trabalhista. Logo, o chefe do executivo federal na época extrapolou seus poderes, legislando sobre direito do trabalho em matéria cuja competência era e ainda é do Congresso Nacional

Não obstante isso, cotejando-se as disposições do Programa "Bom Menino" com o art. 7º, inc. XXX, da Constituição da

República em vigor, e o art 65, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é flagrante a inconstitucionalidade, principalmente no que concerne ao afastamento dos **menores assistidos** à vinculação com a Previdência Social

Como visto, este "pseudo contrato de aprendizagem" que as empresas celebram com os adolescentes, além de ilegal e inconstitucional, acaba gerando aquela dupla discriminação já aludida no item "2" retro, ora repetida para que seja bem fixada

- discriminação com o trabalho dos adolescentes carentes, que são contratados em condições de desigualdade com os adultos, e,

- discriminação com os adultos, que não podem concorrer em condições de igualdade com os adolescentes em determinadas funções, eis que estes últimos constituem mão-de-obra mais barata e sem os encargos incidentes sobre o trabalho regulado pelo regime celetista

Como se vê, a repudiada história da Inglaterra do fim do século XVIII continua a ser repetida em nossa sociedade atual, e notadamente no nosso país, cenário de tantos contrastes sociais

As crianças e adolescentes carentes incomodam a sociedade poluindo visualmente nossos centros urbanos, pedindo para tomar conta dos carros, engraxando os sapatos, e enfim, mendigando um pão que lhes é constitucionalmente assegurado

Como não consta o endereço dos responsáveis pelo fornecimento desse pão e ninguém se habilita, nenhuma providência de relevo é tomada, a não ser gestos isolados e louváveis, mas insuficientes para resolver tão contundente questão

Esta chaga social é feia, mal-cheirosa e esta aberta e purulenta, mas precisa ser tratada, sendo que o Judiciário não

pode ficar alheio a ela, e necessita "cutucar" todos os seguimentos sociais envolvidos, com entendimentos como o presente.

Não se pode ficar evitando o problema que deve ser enfrentado de frente

Há notórios rumores de que as empresas ameaçam cortar a contratação de adolescentes se a Justiça do Trabalho reconhecer vínculo de emprego em situações como a presentemente tratada. Mas tais ameaças devem ser atacadas de modo veemente para revolver a questão e provocar os debates, sendo o papel do Judiciário aplicar a lei, inclusive atendendo aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum (vide Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º e o art. 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Se o empresariado pretende ajudar os chamados "menores carentes", que o faça do modo mais adequado, contratando-os com todos os direitos e garantias dos trabalhadores celetistas, e não fique dando "meias esmolas" para a obtenção de mão-de-obra barata.

Parece bonito, o empregador tira um adolescente carente das ruas, o chama de "bom menino", e paga-lhe uma fração do que receberia um empregado comum. Mas como já analisado, por trás dessa capa de bons ideais aparece a cruel discriminação com os adolescentes e a concorrência desleal que eles fazem para os demais trabalhadores.

Por derradeiro, tento demonstrar que mesmo para os entes integrantes da Administração Pública Direta e Indireta que adotam o programa "bom menino", não há óbice para reconhecimento dos direitos trabalhistas dos adolescentes contratados nesta situação.

O Decreto-Lei 200/67, bem como o 2.300/86 e o 2 348/88, são insuficientes para evitar o reconhecimento dos direitos trabalhistas do adolescente, pois nenhum desses diplomas autoriza a celebração de um contrato com base numa lei revogada, permitindo a

contratação de prestadora de serviços, mas não a intermediação ilegal de mão-de-obra

Quanto ao óbice do concurso público, ele também não é suficiente para afastar a exigibilidade dos direitos trabalhistas dos adolescentes

O art 37, da Constituição da República em vigor, em seu inc II, condiciona a investidura em cargo ou emprego público da administração pública direta indireta ou fundacional à previa aprovação em concurso público

A Constituição do Estado do Paraná, em seu art 27, inc XXIII, é mais explícita ao obstaculizar a investidura em cargo ou emprego público em empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e autarquias da administração indireta estatal, sem concurso público

O não preenchimento do requisito do concurso público gera a nulidade do Contrato de Trabalho, porém apenas pela **proibição do objeto**, e por isso reconhecem-se os direitos decorrentes da contratação, como leciona OCTAVIO BUENO MAGANO

" se a nulidade é derivada de defeito dos atos jurídicos ou de ato proibido, o empregado deve receber normalmente os seus direitos até a data em que venha a ser reconhecida, se a nulidade provém de ato ilícito, nenhuma das partes tem direito a fazer qualquer reclamação "(4)

(4) **MAGANO, OCTAVIO BUENO** - Manual de Direito do Trabalho - Direito Individual do Trabalho, São Paulo 1992 Ed FFI p 202

E exatamente o mesmo caso da criança (menor de 14 anos) contratada para trabalhar. Há óbice constitucional nesse sentido (Constituição da República em vigor, art. 7º, inc. XXXIII), proibindo qualquer trabalho para as crianças, e mesmo assim esta Justiça Especializada reconhece os efeitos de tal contrato, pelos argumentos supra, sem reconhecer o vínculo de emprego.

E muito cômodo para os entes da administração direta ou indireta admitirem o trabalhador sem maiores formalidades, exigirem o trabalho dele como "gente grande", e depois esconderem-se sob o manto da impossibilidade da contratação pela ausência de concurso público.

Isto cria um círculo vicioso: elas não abrem concurso, porque o serviço sai bem com a mão-de-obra existente, que também não pode ser efetivada, porque não abrem o concurso, e assim vai.

Desconheço a solução para o problema dos "meninos de rua", mas posso assegurar que tal solução não está em contratar adolescentes à margem da lei.

4.3. INVIABILIDADE DO TRABALHO INFANTIL

Não é intenção deste ensaio defender a extinção total e imediata do trabalho de crianças e adolescentes, pois isto é impossível, diante da realidade nacional de um Brasil grande, em vias de desenvolvimento, mas sim mostrar que o assunto merece maior atenção, e aqueles que estiverem interessados em fazer algo devem lançar mão das alternativas que a própria lei confere. Passo a analisá-las.

Quanto às crianças (pessoas com menos de 12 anos), não tem jeito, a lei deixou de prever a forma de trabalharem licitamente, pois o lugar delas é na companhia dos pais, escolas, ou em locais destinados à sua guarda e proteção, tais como creches e instituições deste tipo.

Os argumentos que tenho visto para justificar a contratação de criança para o trabalho, especialmente na lavoura, tais como "os pais não têm com quem deixar quando vão trabalhar" e "o trabalho delas reforça o orçamento de famílias de baixa renda" são fortes e até impressionam, mas são insuficientes para manter o sistema atual

A Constituição da República em vigor deixa a incumbência da tutela da criança e do adolescente a família, a sociedade e ao estado (art 227)

E verdade que tal norma tem conteúdo programático e precisa ser regulamentada, mas se a família não tem condições financeiras ou até mesmo psicológicas para a prestação da tutela e a sociedade não faz nada, sobra a responsabilidade para o Estado

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê entidades de atendimento e até regulamenta a atuação delas, mas não obriga ninguém a criá-las (arts 86 e segs), e apenas aponta para a municipalização do atendimento

Por outro lado, segundo a regra dos artigos 131 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, há obrigatoriedade de ser criado pelo menos um **Conselho Tutelar** por Município, e tal norma tem aplicação imediata (art 132), sendo que esse órgão possui poderes para "promover a execução de suas decisões, podendo para tanto a) requisitar serviços públicos na área de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança, b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações," (*sic* - art 137, inc II, letras "a" e "b")

Portanto, desde que criados, os Conselhos Tutelares Municipais gozam de grande poder, a nível de lhes ser permitido requisitar serviços públicos em diversas áreas, e até tomar medidas judiciais contra quem desrespeitar suas deliberações

O fato é que muitos municípios ainda sequer criaram tais Conselhos, apesar da obrigatoriedade da lei, que deixou de prever qualquer sanção para a não criação ou inoperância. De qualquer modo, penso que por iniciativa do Ministério Público pode-se estudar uma medida judicial para fazer cumprir tal norma, sob pena de intervenção no Município. Apesar de parecerem truculentas, medidas como a ora proposta poderiam ser eficazes para forçar municípios a assumirem a paternidade de seus "meninos de rua".

Por tais motivos, a solução imediata para evitar o trabalho das crianças, é chamar à responsabilidade o Estado, por intermédio dos Conselhos Tutelares Municipais.

4.4. APRENDIZAGEM E ESTÁGIO

No que concerne ao trabalho de adolescentes (pessoas entre 12 e 18 anos), os empregadores podem admiti-los mediante contratos de aprendizagem ou de estágio.

Segundo a Recomendação nº 60, da Organização Internacional do Trabalho (1.939), "o termo **aprendizagem** se aplica a todo sistema em virtude do qual o empregador se obriga, por contrato, a empregar um jovem trabalhador e a ensinar-lhe metodicamente um ofício, mediante um período previamente fixado, no curso do qual o aprendiz está obrigado a trabalhar para o dito empregador", e ele é um bom parâmetro para que se entenda o que é um contrato de aprendizagem.

Lembre-se que as **Recomendações** da Organização Internacional do Trabalho independem de ratificação do país-membro, por constituírem apenas princípios ou normas gerais, e não impõem às pessoas físicas e jurídicas do Estado obrigações de fazer ou não fazer, razão pela qual deixam de sofrer as mesmas restrições que as **Convenções** para aplicação.

A matéria da aprendizagem no comércio está regulada pelo Decreto-Lei 8 622, de 10-01-46, que em seu art. 1º prevê a

obrigatoriedade de estabelecimentos comerciais com mais de nove empregados empregar e matricular nas escolas de aprendizagem do SENAC, um numero de trabalhadores menores como praticantes podendo optar por admissão de matriculados em curso de natureza comercial

Para os estabelecimentos rurais aplicam-se as regras da Lei 8 315, de 23-12-91 que criou o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - SENAR mas ainda pendente de melhor regulamentação e aplicação pratica

Considerando a definição supra e as poucas disposições legais sobre o assunto, a tendência e que so se reconheça validade a contratos de aprendizagem celebrados atraves de instituições como o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, ou o Serviço Nacional de Aprendizagem comercial - SENAC, órgãos de reconhecida idoneidade e comprovada eficiência no treinamento e aperfeiçoamento profissional de trabalhadores

Para tais contratações, estes órgãos dão orientação quanto a forma de contratar remunerar jornada e etc

Fora da contratação pelo SENAI ou pelo SENAC so se admite o contrato de aprendizagem se se tratar de officio ou profissão sem cursos em funcionamento em tais órgãos ou não houver vagas nos cursos respectivos

Mesmo com a admissão mediante contrato de aprendizagem, o adolescente, assim como os demais trabalhadores, tera direito a receber o salario minimo constitucionalmente assegurado, e devera ficar vinculado a Previdência Social, observando-se, ainda as regras dos arts 431 e 432, da Consolidação das Leis do Trabalho

Outra forma do empregador contratar o adolescente e mediante o "contrato de estagio profissional", na forma prevista na Lei 6 494/77 e Decreto nº 87 497/92 observadas as formalidades previstas em tal legislação ou seja os contratados devem no

minimo, ser estudantes regularmente matriculados em cursos vinculados à estrutura do ensino publico ou particular, profissionalizante ou de segundo grau, com acompanhamento da instituição de ensino, e em trabalhos que propiciem experiência prática aos contratados, relacionados com área de formação profissional respectiva

Como se vê, contrato especial para aproveitar trabalho de adolescente so pode se dar com acompanhamento da instituição de ensino ou profissionalizante, o que significa que o beneficiário tem de ser estudante

Fora dessas hipóteses, quem quiser contratar trabalho de adolescente, terá que observar a idade mínima de 14 anos, e cumprir todas as obrigações trabalhistas e previdenciárias, como qualquer outro trabalhador

4.5. APLICAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

Comparando toda a legislação nacional mencionada e comentada com as normas internacionais vigentes relativas ao assunto do trabalho infantil, especialmente a Convenção nº 138, da Organização Internacional do Trabalho, parece que são compatíveis as disposições conforme se expõe a seguir

1º - O país tem política que desincentiva o trabalho de crianças e adolescentes com o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8 069/90,

2º - A Constituição da República em vigor, em seu art 7º, inc XXXIII, e os arts 60 e segs do Estatuto da Criança e do Adolescente vedam os trabalho aos menores de 14 anos, salvo na condição de aprendizes,

3º - A Constituição da República em vigor, em seu art 7º, inc XXXIII, veda os trabalhos noturnos, perigosos e insalubres para os menores de 18 anos, e a Consolidação das Leis do Trabalho contem diversos artigos que também incidem em tal proibição,

além de assegurar uma garantia mínima de admissão para quem tem nível primário, só em serviços de natureza leve com férias coincidentes com períodos de férias letivas e horários que não atrapalhem as aulas

4º - A Consolidação das Leis do Trabalho em seu art 405, § 3º proíbe o trabalho em teatros e etc salvo com autorização do Juiz de Menores

Estando o Brasil com má reputação a nível internacional, uma boa maneira de melhorá-la seria a iniciativa para a ratificação da Convenção 138, da O I T , pelo menos para dar a ideia de que se quer fazer alguma coisa para melhorar as condições de vida das crianças e adolescentes brasileiros

5. CONCLUSÃO

De tudo que anteriormente foi dito, extraem-se as seguintes conclusões

1ª) a questão do trabalho da criança e do adolescente esta ligada ao surgimento do Direito do trabalho, tendo a historia demonstrado a necessidade de tutelar o trabalho da juventude ante os abusos a que vêm sendo submetidos tais destinatarios de normas,

2ª) a tendência internacional e incentivar medidas para abolição do trabalho infantil, ou pelo menos, criar normas para proteger o trabalho de adolescentes (menores de 18 anos), de modo que não fiquem afastados do convívio familiar e com educação mínima, vedando as atividades que possam causar qualquer risco a saúde ou formação dos mesmos, e proibindo o trabalho de crianças (menores de 14 anos),

3ª) apenas a partir de 1941 o Brasil passou a ter legislação eficaz de proteção ao trabalho de adolescentes e atualmente possui garantias para tais trabalhadores, desde a Constituição ate o estatuto da Criança e do Adolescente, sendo vedado o trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de aprendizes,

4ª) a nível de contratação de trabalho e condições de seu desenvolvimento, o adolescente necessita da assistência dos pais ou responsáveis para prática de qualquer ato, salvo firmar recibos de salários, sendo nulos os atos praticados ou documentos elaborados com a inobservância de tal regra,

5ª) e claramente inconstitucional sob qualquer ângulo que se enfoque o programa "bom menino", e na hipótese desse tipo de contratação, devem ser reconhecidos todos os direitos trabalhistas e previdenciários aos adolescentes trabalhadores, sendo que, em caso de prestação de serviços a entidades da administração pública direta ou indireta, a falta de concurso público não chega a constituir empecilho para o reconhecimento de tais direitos,

6ª) é impossível legalmente a contratação de crianças para trabalhar, e devem ser acionados os Conselhos Tutelares Municipais para solucionar questões deste tipo,

7ª) é possível a contratação de adolescentes com apenas alguns direitos trabalhistas, como aprendizes, ou por contrato de estágio, observadas as disposições legais concernentes, e fora dessas hipóteses, o trabalhador adolescente deve gozar de todas as vantagens e prerrogativas do trabalhador adulto,

8ª) com a legislação pátria é possível ao Brasil pensar em ratificar a Convenção nº 138, da Organização Internacional do Trabalho

Feitas estas considerações, lembro que o objetivo deste ensaio é provocar o debate, e respondendo à questão formulada na introdução, entendo que a solução para o problema dos chamados menores carentes não é mantê-los ocupados, em qualquer tipo de trabalho, com condições desfavoráveis ao desenvolvimento de um jovem

Uma das soluções para o problema pode ser o trabalho dos adolescentes, mas desde que sejam contratados com garantias mínimas, como os demais trabalhadores, a fim de que o problema deles não gere a discriminação do trabalho dos adultos, ou seja, outro problema, nem lhes acarrete o trauma da constante discriminação, pois, nas ruas, em casa ou no trabalho ficam sempre em condições menos favorecidas

Querer fazer "vista grossa" ao trabalho das crianças e dos adolescentes, admitindo-o em quaisquer condições, apenas para tirar os "pivetes" das ruas, é uma atitude comparável à da avestruz que, em situação de perigo, enfia a cabeça num buraco, e fica torcendo para o problema desaparecer. So que o problema em debate não vai passar

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA

João Oreste Dalazen(1)

Sumário:

1. Noção;
2. Cabimento;
3. Legitimidade;
4. Competência

1. NOÇÃO

A ciência processual surgiu e desenvolveu-se sob o signo do liberalismo individualista, regulando os antagonismos de interesse entre pessoas certas e conhecidas, ou em grupos bem determinados. De uns tempos a esta parte, todavia, operou-se uma metamorfose no processo. "Os olhos da humanidade começam a voltar-se para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só", nota Barbosa Moreira(2). De fato, o neoliberalismo, máxime neste crepúsculo do século XX, acentua a proteção aos valores sociais, o que inequivocadamente gera reflexos no processo, pela necessidade de engendrar instrumentos mediante os quais os direitos sociais ou coletivos sejam canalizados à obtenção da tutela jurisdicional. A ação civil pública(3) desponta entre esses mecanismos.

(1) Juiz Togado do TRT da 9ª Região e Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

(2) MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: **Temas de Direito Processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 173.

O novel instituto ainda se acha no limiar da sua elaboração científica, repleto de questões aparentemente inextricáveis, que desafiam a argúcia de quantos pretendam cruzar-lhe os umbrais. Se assim é, no plano do processo civil, sobrelevam as dificuldades no processo trabalhista, para onde vem de ser transplantado muito recentemente. Entretanto, um esforço de investigação há de ser empreendido, mesmo que modesto e tímido, como aqui, no afã de delimitar o cabimento, a legitimidade para agir e a competência da Justiça do Trabalho para a ação civil pública, temas que, é intuitivo, guardam íntima correlação.

A locução "ação civil pública" consagrou-se no direito brasileiro com o advento da Lei nº 7 347, de 24 06 1985, que disciplinou a responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor e a valores culturais. Seguiu-se a Constituição Federal de 1988 que, ampliando o espectro de cabimento, de um lado legitimou o Ministério Público a promover a ação civil pública, "para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art 129, inc III), de outro lado, e coerentemente superando a tendência individualista patenteada na Carta Política pretérita, estatui no art 5º, inc XXXV "a lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Suprimiu a CF/88, assim, a exigência de violação a direito **individual**, contida no art 153, § 4º, da CF/69, para exercício da jurisdição, evidenciando a preocupação com a

(3) Adotou-se a denominação "ação civil pública" para distingui-la da ação penal pública. De fato, o primeiro texto legal a mencionar o instituto no direito brasileiro (então Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Lei Complementar nº 40, de 13 12 81 - art 3º, inc III) outorgou titularidade exclusiva ao Ministério Público para ajuizá-la, pretendendo, com essa designação, apenas diferenciar a ação de objeto não penal proposta pelo agente do "Parquet". Hoje a terminologia tem sido considerada imprópria, seja porque a legitimidade para a ação, no âmbito do processo civil, não pertence exclusivamente ao Ministério Público, seja porque o objeto do respectivo processo não resguarda o interesse público, "mas antes interesses privados de dimensão coletiva", como ensina Ada P. GRINOVFR. Cf. *As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*. In *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 52. A impropriedade da denominação mais se acentua no plano do direito processual do trabalho, em que o objeto da ação civil pública ironicamente é **trabalhista**.

lesão a direitos coletivos e direitos difusos. Outras leis específicas surgiram depois, das quais ora cumpre destacar a Lei nº 8 069, de 07 12 89 (Estatuto da Criança e do Adolescente), arts 208-224, a Lei nº 8 078, de 11 09 90 (Codigo de Defesa do Consumidor - CDC), arts 81-104, e a Lei Complementar nº 75 de 20 05 1993 (Lei de Organização e do Estatuto do Ministerio Publico da União) sobretudo os arts 5º, 6º, inc VII e XII e 83 inc III

Conceitua-se a ação civil publica, à luz da legislação brasileira, como o exercicio do direito abstrato a um provimento jurisdicional, provocado pelo Ministerio Publico, entidade ou pessoa juridica definida em lei, objetivando preservar o meio ambiente, o patrimônio cultural (artístico, histórico estético, turístico e paisagístico), os direitos do consumidor e outros interesses ou direitos difusos e coletivos. E uma ação de cognição e de natureza condenatoria busca impor condenação pecuniaria por danos causados a esses bens jurídicos, e/ou a condenação a uma prestação de fato (obrigação de fazer), ou abstenção de fato (obrigação de não fazer), sob cominação de multa, conforme se infere do art 3º, da Lei 7 347/85

E irrefutavel o cabimento da ação civil pública no direito processual do trabalho. A um, em virtude de norma constitucional explicita (art 129, inc III), conferindo titularidade para intenta-la ao Ministerio Publico, como instituição, de que é um ramo, evidentemente o Ministerio Publico do Trabalho (CF/88, art 128, inc I, b) A dois, porque a LC nº 75/93, com todas as letras, legitima o Ministerio Publico do Trabalho a "promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos"(art 83, III)

Advirta-se, contudo, que não há propriamente uma ação civil publica "trabalhista", no sentido de um instituto com identidade propria e diversa da ação civil pública em geral. O que se denomina ação civil publica "trabalhista" não é senão uma forma especial,

exibindo algumas peculiaridades, de propor ação civil publica em geral na esfera da Justiça do Trabalho Substancialmente. o instituto não se revela diferente

Vislumbram-se fundamentalmente apenas três notas particulares na ação civil publica dita "trabalhista" A primeira pertine a amplitude do seu objeto ou âmbito de cabimento restrito a materia "trabalhista" A segunda diz respeito a titularidade ativa, legalmente circunscrita ao órgão do Ministerio Publico do Trabalho A terceira concerne à competência da Justiça do Trabalho

2. CABIMENTO

Como se há de recordar, a Carta Magna de 1988 confiou ao **Ministério Público** a prerrogativa de propor a ação civil publica na defesa dos "**interesses difusos e coletivos**" (art 129, inc III) De igual modo, a Lei Complementar nº 75/93, ao enumerar as atribuições do Ministério Público do Trabalho, legitimou-o especificamente para ajuiza-la, "junto aos órgãos da Justiça do Trabalho", em "defesa de **interesses coletivos**, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos"(art 83 III)

Prima facie, ante uma interpretação literal deste ultimo preceito, infere-se que a Lei Complementar nº 75/93 cingiu o objeto da ação civil publica de iniciativa do Ministerio Publico do Trabalho a defesa de "interesses coletivos" Semelhante exegeze, porem, não pode prevalecer Antes de mais nada, porque contradiz o texto constitucional (art 129, inc III) Afora isso, porque a aludida Lei Complementar nº 75/93, em outra passagem, deixou patente incumbir ao "Ministerio Público da União" propor a ação civil publica para a proteção de "outros interesses individuais indisponiveis, homogêneos, sociais, **difusos e coletivos**"(art 6º, inc VII, d) Ora, **no que menciona direitos difusos**, esta norma legal aplica-se ao Ministério Publico do Trabalho seja porque e um dos ramos do Ministério Publico da União (art 128, inc I b, da

CF/88), seja por força do que estatui o art 84, também da Lei Complementar nº 75/93

No tocante aos "interesses individuais indisponíveis", apesar da referência contida na norma em apreço, seria um paradoxo havê-los como objeto de ação civil pública, instituto concebido para a tutela de direitos difusos e coletivos. Em realidade, quer no que aparentemente restringiu o objeto da ação civil pública "trabalhista" aos "interesses coletivos"(art. 83, III) quer no que, ao contrário, aparentemente fez supor que o ampliou ao ponto de alcançar também os "interesses individuais indisponíveis", a LC nº 75/93 não disse bem e não disse tudo. A propósito do cabimento desta ação, ressentido-se de absoluta falta de técnica legislativa. Tanto isso é exato que regulou em dispositivo **distinto** daquele em que cuidou da ação civil pública "trabalhista" os "interesses individuais indisponíveis" a que cumpre zelar o Ministério Público do Trabalho: no art. 83, inc. V, deu-lhe legitimidade para "propor as **ações necessárias** à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho". Naturalmente, se o objeto da ação civil pública "trabalhista" compreendesse também os aludidos "interesses individuais indisponíveis" não haveria porquê o art. 83, inc. V, cogitar de "ações necessárias" a resguardar tais interesses.

Esta, pois, a ilação que se extrai de uma interpretação sistemática das normas da Lei Complementar nº 75/93, em cotejo com o texto constitucional e a natureza do instituto: objeto da ação civil pública "trabalhista" são os **interesses coletivos** e os **interesses difusos**, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Trata-se agora de verificar em que consistem os aludidos interesses ou direitos difusos e os interesses ou direitos coletivos.

O Código de Defesa do Consumidor reputa interesses ou direitos **difusos** "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato". Declara ainda que considera interesses ou direitos **coletivos** "os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria

ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (art 81, parágrafo único inc I e II)

O vocábulo "**difuso**" sugere a idéia de algo disseminado, espalhado, esparso, fluido, que não pertence a ninguém particularmente e toca a uma generalidade de pessoas, indistintamente

Realmente, a tônica principal dos chamados interesses difusos reside em que a respectiva titularidade é outorgada a um número **indeterminado** e **indeterminável** de pessoas, que, ademais, não mantêm entre si uma vinculação jurídica. Apenas se acham identificadas fática e circunstancialmente por um motivo qualquer, ilustrativamente, ou porque habitam em certo bairro, ou porque são consumidoras de algum produto, ou, no plano do Direito do Trabalho, porque, por exemplo, como mulheres, sofrem discriminação do empregador X que, violando o direito constitucional ao trabalho, apenas contrata empregadas esterilizadas. São, pois, interesses de massa.

Afora a indeterminação dos sujeitos, a outra característica do direito difuso consiste na indivisibilidade do objeto. Deve ser **bem jurídico indivisível** (meio ambiente, saúde, informação fidedigna, igualdade de tratamento, p ex), como anota Barbosa MOREIRA, no sentido de não comportar, nem mesmo idealmente, uma divisão 'em quotas' atribuíveis individualmente a cada qual dos interessados. Estes se põem numa espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade" [grifo do original] (4)

(4) MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos "interesses difusos" no direito brasileiro. In *op. cit.*, p. 184. Entretanto, a indivisibilidade do bem objeto do direito difuso "deve ser entendida em termos", conforme observa Ada Pellegrini GRINOVER, somente é verdadeira quando alusiva ao "bem coletivamente considerado", não afastando a hipótese de a ofensa a este "ocasionar, ao mesmo tempo, lesão aos diversos bens de que são individualmente titulares os componentes do grupo". Neste caso, a reparação pode ser fixada com respeito ao bem indivisivelmente considerado (restauração do meio ambiente, p ex), sem prejuízo do ressarcimento pessoal a cada membro da coletividade **também** afetado. *Op. cit.*, p. 51-52.

Por seu turno, a noção de interesses **coletivos**, conforme aponta VIGORITI, surgiu, na doutrina italiana, inicialmente como "soma" de interesses individuais. A seguir, evoluiu para "síntese" de interesses individuais, mercê dos estudiosos de Direito do Trabalho, notadamente SANTORO-PASSARELLI.(5)

Ainda é atual e afeiçoado ao direito positivo brasileiro o clássico conceito de interesse coletivo ministrado por SANTORO-PASSARELLI [grifos do original]: *Interesse coletivo* é o interesse de uma pluralidade de pessoas por um bem idôneo a satisfazer uma necessidade *comum*. Não é a soma dos interesses individuais, mas a sua combinação. É *indivisível*, pois se satisfaz, não por muitos bens, aptos a satisfazerem necessidades individuais, mas por um único bem, apto a satisfazer a necessidade da coletividade.(6)

Confrontando-se o conceito de SANTORO-PASSARELLI com a retrocitada definição legal do Código de Defesa do Consumidor, vê-se que são complementares, visualizando facetas diferentes do mesmo fenômeno: aquele realça a comunhão do bem objeto do interesse coletivo, enquanto a lei acentua a preexistência de vínculo jurídico, ou relação-base, de modo a permitir que se identifiquem os integrantes do grupo.

Nesta perspectiva, constata-se que os direitos ou interesses **coletivos**, em geral, são os ligados ao fenômeno associativo e respeitam às categorias de pessoas. É o que se dá com os membros de um sindicato, ou de uma associação. Contudo, no direito positivo brasileiro, não reclamam, **necessariamente**, vinculação com o fenômeno associativo,

(5) VIGORITI, **Vicenzo**, *Interessi collettivi e processo*. Milano: Giuffrè Editore, 1979, p. 44-45.

(6) SANTORO-PASSARELLI, **Francesco**. *Noções de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 11.

para efeito de ação civil pública, porquanto a lei contenta-se em que haja uma relação jurídica base com a par-te contrária. Por conseguinte, também ostenta interesse coletivo o conjunto dos em-pregados de uma empresa contanto que vindiquem bem comum e indivisível (7)

Data venia, equivocava-se Arion Sayão ROMITA, ao sustentar, com vistas ao cabimento da ação civil pública, que o interesse coletivo, no direito do trabalho brasileiro, é o "interesse das categorias de empregadores e de em-pregados, entendendo-se por categoria o conjunto de pessoas que empreendem a mesma atividade econômica ou exercem a mesma profissão ou trabalho em comum em situação de emprego no mesmo ramo de atividade" (8)

O conceito legal de interesse coletivo tem maior largueza alu-dindo a lei, afora a categoria, também a uma "classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base", compreende-se aí igualmente uma pluralidade dos empregados de determinada empresa, desde que na postulação de um bem comum e indivisível. Embora constituam uma **parcela** da categoria, nem por isso ressentem-se de interesse coletivo, passível de tutela mediante ação civil pública, na medida em que os une um vínculo jurídico de emprego comum com o mesmo empregador. É evidente que, como massa de trabalhadores de um mesmo empregador, podem ser atingidos por ato patronal lesivo a ordem jurídica no plano constitucional-laboral, por cujo cumprimento ha de velar o Ministério Público do Trabalho, de sorte a legitima-lo para a ação civil pública.

(7) EDIS MILARE observa que os interesses coletivos resultam "de um vínculo jurídico responsável pela união dos indivíduos como ocorre com os acionistas de determinada empresa, os membros de certa corporação profissional, os empregados da mesma fábrica, os integrantes de um sindicato" etc. "A ação civil pública na nova ordem constitucional" São Paulo Saraiva, 1990 p. 27-28.

(8) ROMITA Arion Sayão Ação civil pública trabalhista. Legitimação do Ministério Público do Trabalho para agir. **Revista LTr**, São Paulo v. 56, n° 10 p. 1166-1167 out. 1992.

Não há negar que, na Itália, ao tempo do corporativismo, dominado pela idéia de categoria, o interesse coletivo era considerado o interesse de quantos integrassem a categoria. Sabidamente, todavia, deu-se ali a superação do corporativismo, como ideologia, seguindo-se a crise de alguns dos seus conceitos, como o de categoria. Além disso, compreendeu-se a estreiteza da vinculação do interesse coletivo apenas à categoria, pois não deixava campo a este fora das relações trabalhistas. Eis porque a moderna doutrina italiana passou a referir o interesse coletivo a um **grupo**. (9)

Certo que o Brasil persiste adotando um modelo de organização sindical corporativista, por categoria. Isso, contudo, não significa que, **para efeito de ação civil pública**, o interesse coletivo deva coincidir unicamente com o conceito de categoria, eis que a lei assim não o adstringe e nem é de rigor uma correspondência absoluta entre ambos os conceitos. Bem ao contrário. Na omissão da CLT, salvo incompatibilidade com o sistema do processo trabalhista, é pertinente invocar-se norma de direito processual comum (CLT, art. 769). Logo, não se afigura desarrazoada a aplicação supletiva do Código de Defesa do Consumidor, no que define o interesse coletivo, objeto de ação civil pública de modo mais amplo, até porque em melhor sintonia com a tendência moderna do instituto.

Do quanto se expôs, observam-se pontos de afinidade e pontos de dessemelhança entre os direitos difusos e os direitos coletivos. Em comum: a) há o fato de que são sempre **metaindividuais**, ou **supraindividuais**, ou **"transindividuais"**, na dicção legal, no sentido de que não têm titular certo, ou determinado; b) têm por objeto bem indivisível. Extremam-se fundamentalmente por dois aspectos: a) os direitos difusos respeitam a uma pluralidade de sujeitos, indeterminada e indeterminável, enquanto a titularidade dos direitos coletivos igualmente pertence a uma série indeterminada de pessoas, **mas determinável**; b) há um vínculo jurídico entre as pessoas nos direitos coletivos, ausente nos direitos difusos.(10)

(9) Op. cit., p. 48-49

A despeito disso, mister não perder de vista que é muito tênue a diferenciação entre interesses coletivos e interesses difusos, havendo casos em que um mesmo ato pode violar simultaneamente não apenas ambos os interesses, como também o individual. Suponha-se uma empresa que desenvolve atividade fabril com altíssimos níveis de ruído e vibração, provocando poluição ambiental auditivo-sonora, de modo a afetar não só os respectivos empregados, como a vizinhança do bairro em que se situa o estabelecimento. No caso, cifrando-se a análise ao plano coletivo, percebe-se que, a um só tempo, a empresa infringe um direito difuso de tutela ao meio ambiente da comunidade do bairro e vulnera também o interesse coletivo dos respectivos empregados a um ambiente de trabalho salubre. A ofensa a este último bem jurídico autoriza o Ministério Público do Trabalho a propor a ação civil pública.

Não se afigura acertado, no entanto, conceber a legitimidade para agir do Ministério Público do Trabalho, na órbita da ação civil pública, imbricada à defesa da ordem jurídico-laboral como um todo, de maneira a compreender direitos trabalhistas não elevados ao patamar constitucional. Clara, neste passo, a lei Complementar nº 75/93 cabível a ação civil pública "quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos". Desse modo, resulta descartada a atuação do Ministério Público do Trabalho, mediante o instrumento processual em tela, para resguardar interesse coletivo e/ou difuso assegurado apenas em nível infraconstitucional. Incabível, pois, ação civil pública no caso de malferimento de direito trabalhista indisponível contemplado tão-somente em lei. Inadmissível, por exemplo, frente a uma despedida em massa de empregados, promover ação civil pública colimando compelir o empregador a abster-se de efetuar o pagamento intempestivo das "verbas rescisórias" e a condená-lo ao pagamento de multa pelos atrasos já consumados (CLT, art. 477, §§ 6º e 8º).

(10) **Vicenzo VIGORITI**, porém, aponta como critério de diferenciação a existência nos direitos coletivos de uma **organização** dos interessados. Literalmente: "Ia relazione fra interessi diretti ad uno scopo comune arriva a dignità di 'interesse coletivo' quando è previsto un coordinamento delle volontà e delle iniziative dirette al perseguimento dello scopo". *Op. cit.*, p. 60.

Igualmente não se vislumbra cabível a ação civil publica "trabalhista" para defender interesses **individuais homogêneos**, "assim entendidos os de origem comum"(CDC art 81 III) (11)

Não se olvide que ao disciplinar a atuação em particular do Ministério Público do Trabalho, no plêno da ação civil publica a Lei Complementar nº 75/93 não lhe conferiu legitimação "para defesa de interesses individuais homogêneos"(art 83, inc III) Acresce que o diploma legal em foco engendrou **outra** modalidade de ação coletiva para resguardar tais interesses a ação civil **coletiva** (LC nº 75/93, art 6º, inc XII) Certo que legitimou a tanto genericamente o Ministério Público "da União", o que, a primeira vista, poderia atrair a aplicação do art 84, desse diploma legal, de maneira a dividir-se titularidade também ao Ministério Público do Trabalho Não menos certo, todavia, que mesmo a mencionada ação civil **coletiva** não afigura no elenco de atribuições específicas exercitáveis pelo Ministério Público do Trabalho "junto aos órgãos da Justiça do Trabalho (art 83, "caput", da LC nº 75/93) Se ha, pois, norma especial contendo um elenco taxativo das ações cuja titularidade toca ao Ministério Público do Trabalho (art 83), dentre as quais não figura qualquer ação para a defesa de interesses individuais homogêneos, transparece existir ai claramente um indicativo de que o legislador não quis incluí-la entre as atribuições cometidas a esse ramo do "Parquet" federal (12)

(11) Dilucida **Ada Pellegrini GRINOVER** que se consideram tais os "direitos subjetivos **divisíveis** titularizados nas mãos de pessoas determinadas'(sem grifo no original) Cf As novas ações coletivas no tribunais **Folha de São Paulo** São Paulo 03 nov 1991 p 19 Tem se em vista no caso a mera "soma" ou justaposição de interesses individuais reunidos num unico processo em virtude da homogeneidade da origem Exemplo tipico seria a postulação de "verbas rescisórias" em favor de empregados despedidos em massa Aqui o bem pleiteado e **divisível** os bens defendidos são atribuíveis **distintamente** a cada empregado

(12) A superveniencia de lei especial regulando a materia (LC nº 75/93) afasta a incidencia do art 21 da Lei n 7 347/85 acrescentado pela Lei nº 8 078/90 (CDC) no que por lei nã sugger a aplicação supletiva ao processo trabalhista da ação civil publica para tutela de direitos individuais homogêneos

A **ação civil pública** não constitui panacéia para o Ministério Público do Trabalho corrigir ou coibir **todos** os males que seguramente acometem as categorias profissionais, ou grupos de empregados no Brasil. Embora seja o guardião da ordem jurídico-trabalhista em geral, há outros mecanismos por que pode e deve defendê-la de eventuais lesões, seja intervindo como fiscal da lei, seja propondo outras ações para as quais esta legalmente legitimado.

Entretanto, se violado direito social insculpido no texto constitucional e referido a interesses difusos e/ou interesses coletivos, o Ministério Público do Trabalho pode e deve intentar ação civil pública na Justiça do Trabalho. Eis algumas das hipóteses da vastíssima gama de situações concretas, ou concebíveis, de tal atuação:

a) para impedir a discriminação no emprego em virtude de raça, ou sexo, como quando o empregador exige comprovação de laqueadura de trompas para a mulher, ou submete-a a vexatória revista na entrada e na saída do trabalho (CF/88, art. 5º, "caput" e inc. I, art. 7º, inc. XXX),

b) para compelir o empregador ao cumprimento do dever social de eliminar, ou reduzir os riscos inerentes ao trabalho, como a poluição ambiental, inclusive sonora, comprometendo o direito social dos empregados à saúde (CF/88 arts. 6º, 7º, inc. XXII e 200, inc. VIII),

c) para que inoçorra desvio de função na utilização de estagiários, em desrespeito à Lei nº 6.494/77, aos arts. 3º e 41, da CLT, bem assim, e sobretudo, ao elenco de direitos sociais contemplado nos arts. 6º e 7º, da CF/88,

d) para obstar a empresa a louvar-se de mão-de-obra locada, fora dos permissivos legais, a fim de dar consecução às suas atividades econômicas permanentes (CF/88 art. 7º, inc. XI, Convenção nº 122, da OIT, ratificada pelo Decreto nº 66.499/70, no que garante uma

política ativa destinada a promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido (Lei nº 6 019/74),

e) para que o empregador propicie condições adequadas de aleitamento materno (CF/88, arts 6º, 7º, inc XXV e 208, inc IV arts 9º, 210 e 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente, CLT, art 389 § 1º),

f) contra sindicato da categoria econômica e da categoria profissional, a fim de que f1) seja decretada a nulidade de cláusula de convenção coletiva de trabalho prevendo contribuição assistencial e condenando o sindicato obreiro à devolução dos valores já descontados, por infringência ao princípio da intangibilidade do salário (CF/88, art 7º, inc X e art 462, da CLT), f2) as empresas representadas pelo sindicato patronal sejam proibidas de descontar dos empregados a contribuição assistencial,

g) na defesa de direito difuso da sociedade, para responsabilizar civilmente sindicato de categoria profissional pelos danos causados em virtude da deflagração de greve abusiva, ou, sob cominação de multa, para exigir a cessação de movimento paretista declarado abusivo pela Justiça do Trabalho (CF/88, art 9º, § 2º, Lei nº 7 347/85, art 1º e art 15, da Lei 7 783/89), ou para exigir o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, em caso de greve decretada nos serviços ou atividades essenciais (CF/88, art 9º, § 1º, Lei nº 7 783/89, art 11)

3. LEGITIMAÇÃO ATIVA

Curial que a **legitimação ativa** para a ação civil pública "trabalhista" e privativa do Ministério Público do Trabalho Inegável que nem a Lei nº 7 347/85 (art 5º), tampouco a CF/88 (art 129, § 1º) limitaram ao Ministério Público a iniciativa da ação civil pública em geral Pelo contrario admitidos a titularidade ativa também a União Federal, Estados, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação,

sociedade de economia mista e associação nos termos do art 5º, da Lei nº 7 347/85. Todavia consoante se extrai da Lei Complementar nº 75/93 (art 83, "caput" e inc III), restringiu-se ao Ministério Público do Trabalho a titularidade para a propositura da ação civil pública "trabalhista", sendo esta precisamente uma de suas notas características. Bem se compreende se e função institucional deste ramo do "Parquet", por excelência, zelar pela obediência a ordem jurídico-laboral (art 127, "caput", da CF/88 E ART 5º, inc I, da LC nº 75/93), natural que se lhe dê exclusividade para intentar a ação civil pública na Justiça do Trabalho.

Assinala ADA PELEGRINI GRINOVER que a moderna tendência doutrinária "vê, na legitimação de entidades que ajam na defesa de interesses institucionais, uma verdadeira legitimação ordinária" (13) VICENZO VIGORITI igualmente alude a uma "legitimação ordinária *sui generis* porque apresenta motivos e traços da legitimação extraordinária" (14) Realmente, o titulado a ação civil pública, malgrado busque a tutela jurisdicional com vistas aos interesses de outros sujeitos, também age em nome próprio e para resguardar um interesse próprio, institucional. Não há, assim, a rigor, substituição processual.

4. COMPETÊNCIA

Irrecusável a competência da Justiça do Trabalho para instruir e julgar a ação civil pública "trabalhista", ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, objetivando resguardar interesses difusos e interesses coletivos, se e quando vulnerados os respectivos direitos sociais de matriz constitucional. O fomento constitucional e o balizamento para a acenada competência repousam no preceito que permite a lei atribuir à Justiça Especializada "outras controvérsias oriundas da relação de trabalho" (art 114, 2ª parte). Sobrevindo a Lei Complementar nº 75, de 20 05 93, esta elucidou o ramo

(13) GRINOVER Ada Pelegrini Mandado de segurança coletivo legitimação objeto e coisa julgada Revista de Processo São Paulo v 58 p 77, abr/jun 1990

(14) Op cit p 150

do Poder Judiciário a quem cumpre submeter a ação civil pública "trabalhista": dispôs que deve ser proposta "junto aos órgãos da Justiça do Trabalho" ou "no âmbito da Justiça do Trabalho" (art. 83, "caput" e inc.. III)

A competência do Judiciário Trabalhista para a ação civil pública é material, mas *sui generis*, à semelhança do que se dá com a legitimidade para agir do MPT.

Sabe-se que a competência material é a definida segundo a natureza da lide, objeto do processo, ou, mais precisamente, à luz da natureza da relação jurídica de direito material em que ocorre o conflito de interesses (vide supra, cap. II, item 3), envolvendo os respectivos sujeitos. No caso da Justiça do Trabalho, **normalmente** a sua competência material deriva de a lide consistir em conflito intersubjetivo de interesses travado entre os titulares de uma relação empregatícia, ou de trabalho (em sentido lato), de maneira a que se verifiquem as situações jurídicas de que cogitam a primeira e a segunda parte do art. 114, da Constituição Federal de 1988. Isto significa afirmar que a competência material da Justiça do Trabalho para o dissídio individual normalmente pressupõe: a) a **existência**, atual ou no passado, de uma **relação jurídica de emprego**, ou de trabalho, ainda que em tese e controvertida; b) **uma disputa entre os respectivos sujeitos** --- certos, conhecidos e determinados --- em razão dela.

A lide estampada na ação civil pública "trabalhista" oferece matizes diferentes, o que dificulta amoldá-la ao padrão normal de fixação da competência material da Justiça do Trabalho.

Em primeiro lugar, sobretudo na tutela dos interesses difusos, **não** repousa necessariamente sobre a **existência** de uma relação de emprego, satisfazendo-se com a mera possibilidade de que se configure. A lide dá-se em razão de um bem jurídico próprio da relação empregatícia, porém esta não reclama existência atual, ou passada: pode ser futura. Quando o Ministério Público do Trabalho bate-se contra a

discriminação das mulheres no emprego, porque o empregador não contrata quem não seja esterilizada, o conflito em que assenta o pleito "Parket", obviamente, não é obreiro-patronal, decorrente de um contrato de trabalho de fato existente, hoje ou ontem o dissídio essencialmente é entre as mulheres empregáveis e o potencial empregador, pelo direito ao trabalho e, pois, pela futura existência de um contrato de emprego

Em segundo lugar, sob o aspecto subjetivo, a ação civil pública "trabalhista" também difere do dissídio individual tradicional pela **feição coletiva e/ou de massa do conflito** que encerra (15)

Com efeito Aludindo particularmente aos interesses difusos, acentua Ada Pellegrini GRINOVER que neles, "além da contraposição clássica indivíduo x autoridade, há um conflito de interesses de caráter metaindividual o interesse à contenção dos custos de produção e dos preços contrapõe-se à criação de novos postos de trabalho, a duração dos bens colocados no comércio, etc (16) *Mutatis mutandis*, e o que ocorre na ação civil pública "trabalhista"

Positivamente, no domínio da ação civil pública "trabalhista", envolvendo interesses coletivos e/ou interesses difusos, há o que Mauro CAPPELLETTI qualificou, de modo feliz, uma "conflituosidade de massa", ou "violações de massa", em matéria de trabalho (17) Sob um ângulo, há a pretensão jurídica resistida do Ministério Público do Trabalho de que outrem (geralmente um empregador, atual ou potencial) cumpra os direitos sociais

(15) Conquanto igualmente não seja um **dissídio coletivo** na acepção em que esta locução e utilizada no Direito do Trabalho (CF/88, art 114, § 2º)

(16) GRINOVER, **Ada Pellegrini** A tutela jurisdicional dos interesses difusos Tese apresentada na VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Curitiba, maio 1978

(17) CAPPELLETTI, **Mauro** Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil **Revista de Processo**, São Paulo, nº 05 1977 p 130

constitucionalmente garantidos. Sob outro prisma, porém, subjacente a essa lide, e ao mesmo tempo, há o confronto entre um empregador, atual ou potencial, e uma massa ou coletividade de **peças empregadas ou empregáveis**; excepcionalmente, um confronto entre a sociedade e sindicato (no caso de abuso no exercício do direito de greve, perpetrado por **empregados**, agindo como tais), ou entre uma coletividade de empregados e sindicato (disputa por uma prestação do contrato de trabalho por exemplo).

Percebe-se, pois, que o critério determinante da competência material da Justiça do Trabalho para a ação civil pública não é a existência atual, ou pretérita, da relação de emprego, tampouco emergir a lide entre os respectivos sujeitos. Nisto reside a especificidade, ou o traço *sui generis* de tal competência material: não é "material" a competência pela **natureza e existência da relação jurídica em si**, onde brota o litígio, mas **pela natureza da prestação ou do bem jurídico objeto de disputa**, sempre referida ou referível a um contrato de trabalho.

Tratando-se de prestação de fato, abstenção de fato, ou de bem jurídico que decorra de obrigação **constitucional** de natureza "trabalhista", havendo-se por tal a inerente a um contrato de emprego, ainda que implícita neste, a competência para o deslinde da ação civil pública é da Justiça do Trabalho. Nada importa que a prestação vindicada seja dirigida apenas a um **potencial** empregador e pressuponha **futuro** contrato de trabalho: suficiente que postulada em razão dele e alçada à culminância constitucional. Irrelevante, por igual, que a prestação seja pleiteada a um sindicato, desde que concerne à condição de empregado ou de empregador por ele representado e decorra de direito social constitucionalmente garantido.

Em suma: não são as partes, mas os bens jurídicos em jogo, ou o conteúdo do pedido, a "matéria" que fixa a competência da Justiça do Trabalho para a ação civil pública: é a natureza "trabalhista" da pretensão deduzida --- assim entendida, insiste-se, a derivante de obrigação do contrato de emprego --- para a tutela dos interesses difusos, e/ou dos interesses coletivos, relativos a direitos

sociais assegurados pela Constituição Federal, como nos exemplos figurados (item 2 l retro, a a g) a "contrario sensu", a ação civil pública refoge à competência material da Justiça Especializada quando não se cuidar de pretensão de natureza "trabalhista", ou ainda que o seja, o fundamento da demanda esteja alicerçado na legislação infraconstitucional

Evidencia-se portanto, na espécie uma estrita vinculação e interpenetração entre cabimento, legitimidade e competência o cabimento da ação civil pública, sob a titularidade do Ministério Público do Trabalho, condiciona a competência material da Justiça do Trabalho São aspectos indissociáveis cabível a ação em tela para resguardar bens jurídicos "trabalhistas" protegidos constitucionalmente, *ipso facto* legitimado o Ministério Público do Trabalho e inarredável a competência da Justiça do trabalho De modo que se não couber ao MPT propor a ação civil pública, resulta automaticamente descartada a competência do Judiciário Trabalhista

Dai não se segue, está claro, que a simples propositura da ação pública pelo Ministério Público do Trabalho seja o bastante a definir a competência da Justiça do Trabalho, pois esta prende-se ao **cabimento** em si da atuação daquele e, ademais, não é fixada em razão da qualidade da pessoa, como deflui cristalnamente do texto constitucional de 1988 (art 114) e da LC nº 75/93 (art 83, III)

Reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para a ação civil pública "trabalhista", merece breve consideração a questão alusiva à **competência funcional, ou hierárquica** para apreciá-la nesta esfera especializada do Poder Judiciário

À primeira vista, podem-se divisar motivos para uma certa analogia entre a ação civil pública "trabalhista" e o dissídio coletivo de conteúdo econômico, de tal modo que, ao menos n'alguns casos, parecerá mais consentâneo com a natureza e finalidade daquela ação especial reputá-la da **competência privativa** dos Tribunais do Trabalho, máxime do Tribunal Superior do Trabalho, nos mesmos casos

em que são competentes para julgar os dissídios coletivos (CLT, art. 678, I, a e art. 2º, I, a, da Lei nº 7.701, de 21.12.88).

Aparentemente, um cotejo entre os dois institutos revelaria que militam em prol desse raciocínio os seguintes argumentos: a) a circunstância de ambos envolverem **interesses coletivos**; b) o fato de o provimento jurisdicional consistir em obrigação de fazer, ou de não fazer; c) a existência de empresas de âmbito nacional, ou de categorias com base territorial **superior** à área geográfica de exercício da jurisdição pelos Tribunais Regionais do Trabalho; d) o receio de decisões discrepantes emanadas de distintos juízos de primeiro grau de jurisdição, defrontando-se com a mesma matéria.

O quadro assim desenhado, a princípio, sugeriria que a ação civil pública "trabalhista" devesse ser regida, por analogia, pelas normas que regulam a competência funcional dos Tribunais do Trabalho para o dissídio coletivo. A acenada dialética, no entanto, revela-se falaciosa, **data venia**.

Impende realçar, por primeiro, que a ação civil pública "trabalhista", em que pese pressuponha a defesa de interesses coletivos e/ou difusos, não exprime propriamente um **dissídio coletivo**, na acepção corrente em direito e processo do trabalho. Trata-se, a rigor, de uma figura híbrida, com características de dissídio coletivo. Identifica-se com este no que supõe uma pluralidade **indeterminada** de sujeitos em conflito. Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, aparta-se do dissídio coletivo e afina-se com o dissídio individual no que tange ao **objeto**. Sob tal enfoque, como se sabe, o dissídio coletivo traduz-se na criação de normas e condições de trabalho, através do exercício do chamado poder normativo da Justiça do Trabalho, enquanto o dissídio individual visa à aplicação da norma jurídica preexistente. Ora, é insofismável que o escopo da ação civil pública não é a criação de novas normas jurídicas, mas a observância das que já existem, presumivelmente descumpridas. Logo, por mais irônico e paradoxal que se mostre, a ação civil pública "trabalhista"

assemelha-se mais a um dissídio individual plúrimo que a um dissídio coletivo

Não impressiona também a possibilidade, similar ao dissídio coletivo, de consistir em obrigação de fazer, ou de não fazer o comando emergente da sentença que dirime o litígio na ação civil pública. A um, porque a imposição de prestação dessa natureza não é peculiaridade do dissídio coletivo também se dá no dissídio individual (ordem de reintegração, declaração de estabilidade no emprego, etc.) A dois, porque, na ação civil pública, a condenação também pode ter por objeto a condenação em dinheiro, quer exteriorizando-se na responsabilização por danos causados, quer em multa (arts 1º e 3º, da Lei nº 7 347/85)

Igualmente não deve obnubilar o espírito, para efeito de fixação da competência funcional a hipótese de a condenação, na ação civil pública, porventura, afetar empresa de âmbito nacional, ou beneficiar uma coletividade de empregados de empresa que desenvolva atividade em mais de um Estado, ou mesmo uma categoria profissional de base nacional, ou interestadual

Primeiro, porque a situação também ocorre na órbita da Justiça Comum, estadual, ou federal, quando competente para a ação civil pública, e, nem por isso, esta ali figura entre os processos de competência privativa ou originária dos tribunais

Segundo, porque o fenômeno verifica-se também no típico dissídio individual da competência da JT. Suponha-se demanda trabalhista proposta por sindicato de base territorial nacional, como substituto processual dos integrantes da categoria, empregados de empresa nacional, em que se pleiteiem diferenças salariais, por exemplo, da URP de fevereiro de 1989. No caso, o dissídio obviamente é individual, a condenação pode atingir todos os empregados de companhia nacional e, no entanto, ninguém questiona que o processo **não** é da competência

funcional privativa dos Tribunais do Trabalho. Por que o seria a ação civil pública "trabalhista", cujo objeto não é diverso do dissídio individual?

Por derradeiro, mas não menos importante, a Lei Complementar nº 75/93 deferiu ao Ministério Público do Trabalho a titularidade para ação civil pública "junto aos órgãos da Justiça do Trabalho", o que indubitavelmente também sinaliza que não é apenas um dos seus órgãos o competente para equacioná-la. Em tese, a causa pode percorrer os órgãos dos três graus de jurisdição. De resto, quando a lei busca erigir uma causa da competência originária de tribunal, diz-lo sempre expressamente, o que incorre com a ação especial em apreço.

Enfim, não há identidade fundamental entre o dissídio coletivo e a ação civil pública. Em caso algum, para se estenderem a estas normas atinentes à competência funcional daquele. A ação civil pública "trabalhista" guarda maior sintonia e semelhança com o dissídio individual plúrimo, razão por que, a exemplo deste, deve ser proposta originariamente perante as Juntas de Conciliação e Julgamento e submeter-se à cognição dos demais órgãos da Justiça do Trabalho, na forma da lei.

DEPÓSITO PARA RECURSO: (IN)CONSTITUCIONAL?

Arion Sayão Romita

Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, foge desse comprometimento. Ele também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas.

J. J. CALMON DE PASSOS

1. TRÊS PREMISSAS

O tema da (in)constitucionalidade do depósito para recurso reclama o exame de três noções prévias: 1ª - a declaração de inconstitucionalidade da lei, 2ª - os fundamentos éticos do direito, 3ª - a autonomia do direito processual do trabalho.

1.1 - A questão da inconstitucionalidade da lei

O ordenamento jurídico constitui um sistema, cujos diversos componentes se apoiam uns nos outros, atuam coordenados entre si, uns pressupondo outros, não existem isoladamente, conjugam-se em uma unidade. A constituição é a estrutura que sustém essa unidade (1).

Como expressão da soberania, a constituição é a lei suprema do país. A supremacia da constituição se traduz na superioridade sobre as leis ordinárias, daí a invalidade jurídica das leis ordinárias discrepantes do texto ou dos princípios da constituição. A consequência lógica da supremacia da constituição é o controle da constitucionalidade das leis (2).

(1) SANTI, Romano. *Principi di diritto costituzionale generale*, 2ª ed., Dott. A. Giuffrè, Milão, 1947, p. 97.

(2) HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*, 2ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 261 e 267.

Na verdade, a constituição é a norma normarum, é ela própria norma de produção jurídica ou "fonte primária da produção jurídica", para usar a expressão de GOMES CANOTILHO No dizer deste autor, "o caráter das normas de direito constitucional como normas de normas ou fonte primária da produção jurídica implica a existência de um procedimento de criação de normas jurídicas no qual as normas superiores constituem as determinantes positivas e negativas das normas inferiores" (3) Daí a existência de uma hierarquia das fontes de direito, princípio do qual se infere a invalidade das leis ordinárias, quando contrárias à norma hierarquicamente superior

O sistema de controle da constitucionalidade das leis permite apreciar a conformidade das leis em face da constituição e negar-lhes execução Por outro lado, o princípio da primazia ou prevalência da lei deita raízes no princípio do Estado de Direito Este inspira a reserva da constituição (verfassungsvorbehalt), mas se curva perante a necessidade de preservar o sistema de direito positivo

A manutenção do sistema de direito positivo depende da pragmática afirmação do princípio da presunção de constitucionalidade da lei na dúvida, decide-se pela constitucionalidade, deve prevalecer a interpretação que compatibilize a lei com a constituição (4) Inconstitucionalidade, só quando "clara, evidente e manifesta", como afirma PAULINO JACQUES A inconstitucionalidade da lei só deve ser declarada, como --no direito norte-americano, quando beyond all reasonable doubt, acima de qualquer dúvida razoável (5)

1 2 - Os fundamentos éticos do direito

(3) CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 1992, p. 142

(4) LUCIO BITTENCOURT, C.A. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, Forense Rio de Janeiro, 1949, p. 91-93 Neves, Marcelo Teoria da inconstitucionalidade das leis, Saraiva São Paulo 1988, p. 145-146

(5) JACQUES, Paulino Curso de direito constitucional, 8ª ed. Forense Rio de Janeiro, 1977 p. 383

A coesão social, no sentido de convívio pacífico e profícuo dos membros do grupo, repousa sobre normas de conduta e organização, vale dizer, sobre normas jurídicas Ubi societas ibi ius

Mesmo aqueles que, como THEODOR GEIGER, vêem na relação entre direito e moral uma questão puramente histórica, acerca da qual nada se pode dizer que tenha validade universal, admitem que, geneticamente, existe uma estreita relação entre direito e moral (6)

O núcleo duro da ontologia do direito deve ser pesquisado nas suas relações de diferenças e semelhanças com a ordem ética. Um texto de ARISTÓTELES dá margem a desentendimento, radicado na etimologia da palavra ética. Diz o estagirita que "a ética procede do costume, pois até seu nome (êtike) se formou por uma pequena modificação da palavra costume (êthos)" (7). Há, porém, outra palavra grega - êthos - que significa costume, caráter, moral, mas também morada, residência, pátria, posto, lugar fixo (8)

ARISTÓTELES insiste na dimensão do caráter, do modo de ser, inspirando a concepção positivista que se aferra ao conceito costume e reduz a ética àquilo que se faz (9). Já HEIDEGGER destaca a dimensão da morada, habitação, pretendendo assimilar ética e ontologia (10). A redução da ética aos costumes sociais e convencionais

(6) GEIGER, Theodor. *Moral y derecho - polémica con Uppsala*, trad. de Ernesto Garzon Valdes, Alfa, Barcelona, 1982, p. 56 e 164.

(7) ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, II, 1.

(8) BÖLTING, Rudolf. *Dicionário grego-português*, INL, Rio de Janeiro, 1953, p. 283. Trata-se realmente de duas palavras, uma iniciada pela letra epsilon e outra pela letra éta.

(9) DURKHEIM, Emile. *As regras do método sociológico*, trad. de Maria Isaura Pereira de Queiroz, 2ª ed., Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1960, p. 21 e 38. LEVY-BRUHL, Henri. *Sociologie du droit*, 5ª ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1976, p. 36.

(10) HEIDEGGER, Martin. *Sobre o "humanismo"*, III Conferências e escritos filosóficos. Col. Os pensadores, vol. XI V, Abril Cultural, São Paulo, 1973, p. 369.

não pode ser aceita. A ética propriamente dita não se confunde com os usos e costumes sociais. O sentido do direito se conecta com aquela e não com estes. HART delimita o âmbito da moral crítica e da moral dos costumes, recusando-se a atribuir validade jurídica a dispositivos que consagrem iniquidades, como sucedeu na Alemanha nazista (11)

A clássica teoria do direito como controle social e coação, própria do positivismo formalista, acha-se em franco declínio. Sua pretensão Wertfreiheit (12) é, simplesmente, inaceitável. O novo papel diretivo ou promocional que o direito assume, além de superar a visão estrutural estática, aponta para uma visão dinâmica, em que a teleologia sobressai (13) e, então, os fundamentos éticos não podem ser ignorados.

O direito positivo deriva de decisões tomadas pelo legislador, isto é, por agentes políticos que atuam na esfera de atribuições constitucionalmente definidas. Tais decisões pressupõem motivos, premissas de valor que refletem inspirações culturais, sociais, políticas, econômicas. O direito positivo adquire validade por força do processo decisório a que foi submetido. Escreve JOSÉ EDUARDO FARIA: "A positivação jurídica é assim um fenômeno peculiar, por meio do qual as valorações e as normas são filtradas por processos decisórios para adquirir validade. É dessa dependência do direito a processos decisórios que emerge o caráter instrumental das leis e dos códigos enquanto as normas morais são fins em si, as normas jurídicas são meios para a consecução de determinados objetivos políticos, sociais e econômicos, elas servem não apenas para a resolução dos conflitos, mas igualmente para pôr em prática programas sociais, estratégias econômicas e políticas públicas"

(11) HART, H.L.A. *Le concept de droit* trad. de Michel van de Kerchove, Facultes Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 248-249.

(12) A exclusão do caráter racional e objetivo da ontologia e da ética produz o resultado metodológico que Weber designou graficamente como Wertfreiheit, ou seja, a não contaminação valorativa. Freiheit, aqui, significa independência ou liberação relativamente ao valor.

(13) BALLESTEROS, Jesus. *Sobre el sentido del derecho* 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 61.

Com apoio em HABERMAS, o mesmo autor sustenta que o direito se situa entre a política e a moral. A moral já não paira sobre o direito como um conjunto suprapositivo de normas: "ela emigra para o interior do direito positivo". No Estado de Direito, as leis são utilizadas "não só como instrumentos de controle e direção social, porém igualmente como estratégias de fundamentação e justificação abertas a argumentação de caráter moral". Os argumentos jurídicos dirigem-se igualmente a objetivos políticos e a justificações morais (14). Os fins do Direito são igualmente fins éticos.

1.3 - A autonomia do direito processual do trabalho.

O direito processual do trabalho é, hoje, reconhecido como disciplina autônoma. A autonomia desse ramo do direito, todavia, não significa isolamento, como adverte JORGE PINHEIRO CASTELO (15). O direito processual do trabalho pode ser considerado direito especial em relação ao direito processual civil e integra, desenganadamente, o direito processual. Os mesmos fins éticos, sociais, políticos e jurídicos perseguidos pelo direito processual comum são identificados no estudo do direito processual do trabalho, sem que se perca de vista o caráter instrumental do direito processual no confronto com o direito material.

A moderna doutrina processual preconiza a melhor organização da experiência jurídica em "um aparelho de sistematização e de controle, destinado não somente a melhorar o funcionamento da justiça, como a tornar mais precisa ou mais conveniente a formulação do direito", como leciona FRANCISCO CAMPOS (16). Nesta linha de raciocínio,

(14) FARIA, José Eduardo. Justiça e conflito, Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 144.

(15) CASTELO, Jorge Pinheiro. O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo, ITr, São Paulo, 1993, p. 23.

(16) CAMPOS, Francisco. A reforma processual, in Processo oral - 1ª série, Rev. Forense. Rio de Janeiro, 1940, p. 13.

a doutrina se esforça por construir "um sistema de controle apto a garantir a efetividade de certos deveres morais, de verdade, lealdade e sinceridade no juízo civil" - esclarece EDUARDO J. COUTURE (17) - o que é válido também para o direito processual do trabalho

As peculiaridades do direito processual do trabalho, que legitimam sua autonomia em face dos demais ramos do direito, não o imunizam contra sua inclusão na área do direito processual comum, onde imperam os deveres "morais, de verdade, de lealdade e sinceridade", acima referidos. Cada ramo do direito (assim como cada ciência, em particular) persegue a homogeneidade de seu saber, não reivindica um objeto próprio, mas sim um determinado ponto de vista com relação a ele (18). Do ponto de vista específico do direito processual do trabalho, justifica-se, em certos aspectos, tratamento diferenciado às partes do processo, ante as desigualdades sociais que as distanciam, mas esse tratamento diferenciado não se estende à eliminação dos "deveres éticos" que asseguram a ambas as partes os direitos e garantias fundamentais.

2. A FINALIDADE DO DEPÓSITO PARA RECURSO

A determinação da finalidade do depósito configura o pressuposto que inspira o desenvolvimento do raciocínio. As conseqüências práticas dependem da posição doutrinária inicialmente assumida: as conclusões seguirão as premissas básicas aceitas pelo intérprete.

(17) COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil, *in* Processo oral, cit., p. 102.

(18) HERNÁNDEZ GIL, Antonio. Introducción al estudio del estructuralismo y el derecho, *in* Estructuralismo y derecho, Alianza Editorial, Madrid, 1973, p. 13. Para aprofundamento do tema, HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo. El proceso de trabajo y sus peculiaridades, *in* Estudios sobre derecho laboral - homenaje a Rafael Caldera, t.II, Caracas, 1977, p. 1609.

A identificação dos fins do depósito não pode ser arbitrária, não depende da fantasia do intérprete nem dos propósitos utilitários que ele tem em vista. Deve ser captada na dicção do dispositivo legal que regula o instituto. Sim, porque só há depósito em virtude da prescrição legal. Sem lei que o instituisse, sequer chegaria a formar-se o debate.

O art. 899, parágrafo 1º da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que, sendo a condenação de valor até 10 vezes o valor de referência regional, nos dissídios individuais só será admitido o recurso, inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância (as alterações introduzidas pelo art. 40 da Lei nº 8.177, de 01.03.1991 e pelo art. 8º da Lei nº 8.542, de 23.12.1992, no momento, não interferem). Importa, agora, reter que a lei obriga a parte a efetuar o depósito de certo valor, quando interpõe recurso de decisão condenatória, pressupondo-se condenação em pecúnia (sentença que impõe obrigação de dar, não a que impõe obrigação de fazer ou de não fazer). Corretamente, o Enunciado nº 161 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (ex-Prejulgado nº 39) declara: "Não havendo condenação em pecúnia, descabe o depósito prévio de que tratam os parágrafos 1º e 2º do art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho". E a lei não distingue quanto aos recursos: qualquer recurso, inclusive o extraordinário.

Do texto legal, infere-se claramente que a finalidade do depósito é facilitar a execução, pelo menos parcial, da sentença condenatória.

Forte corrente doutrinária sustenta que a finalidade do depósito é "evitar a interposição de recursos procrastinatórios e desnecessários" (19). A tese, porém, não merece aplauso, por desprovida de apoio em lei. A Instrução Normativa nº 3, de

(19) ALVARES DA SILVA, Antonio. Depósito recursal e processo do trabalho, LT., São Paulo, 1993, p. 17 e passim

05.03.1993, do Tribunal Superior do Trabalho, assim deslinda a controvérsia em torno da natureza jurídica do depósito: "Os depósitos de que tratam o art. 40 e seus parágrafos da Lei 8.177/91, com redação dada pelo art. 8º da Lei 8.542/92, não têm natureza jurídica de taxa de recurso, mas de garantia do juízo recursal, que pressupõe decisão condenatória ou executória de obri-gação de paga-mento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado" (item I). O texto reitera a Instrução Normativa nº 2, de 30.04.1991 (item I).

O depósito é exigido quando da interposição de qual-quer recurso, protelatório ou não. Em princípio, qualquer recurso é prote-latório, no sentido de que adia a decisão final do dissídio. Inexiste critério objetivo, capaz de classificar previamente os recursos em protelatórios e não protelatórios. Do ponto de vista do recorrente, o apelo jamais é prote-latório ou desnecessário. O juízo quanto ao caráter protelatório do recurso só pode ser formulado a posteriori, quando do julgamento pelo Tribunal ad quem. Se o recurso foi provido, não era protelatório: mas, agora é tar-de, porque o depósito foi feito de qualquer sorte, o que demonstra que, mesmo para os recursos não protelatórios, o depósito é necessário, sob pena de não conhecimento...

Se houvesse um critério objetivo, capaz de distinguir, no momento da interposição, o recurso procrastinatório daquele que não o é e dispensasse o recorrente da exigência no segundo caso, seria proce-dente a afirmativa de que a finalidade do depósito é evitar a manifestação de recursos protelatórios. Mas, aqui, estamos no terreno dos sonhos...

Há, é certo, recursos protelatórios, como os há que não os são. Se a finalidade da lei que exige a efetivação do depósito fosse o desestímulo à interposição de recursos procrastinatórios, com o intuito de aliviar a carga de serviço dos tribunais, o expediente adotado seria, no mínimo, canhestro: mais eficaz seria a medida legal que instituísse a instância única, eliminando de vez qualquer tipo de recurso ou, pelo menos, suprimindo os recursos sobre matéria de fato (20).

Afirma-se que a exigência do depósito se justifica pela necessidade de acelerar o andamento do feito, prevenindo o retardamento da lide pelo uso de recursos meramente emulativos. Vale dizer, debita-se à conta dos recursos causa de demora no desfecho final do processo. Não procede, porém, tal suposição. As delongas na tramitação do dissídio devem-se, antes, ao adiamento com um ano, ou mais de intervalo, na audiência de prosseguimento, ao retardamento com que a sentença é proferida (há casos de um, dois anos), a espera de oito, dez ou onze meses no oferecimento de parecer pela Procuradoria, ao prazo de seis ou sete meses necessários à publicação da conclusão de um acórdão, isto para não se falar no tempo (um, dois, três anos) de espera para a apresentação de um laudo, quando necessária a prova pericial. Por vezes, o retardamento se deve à oposição de embargos de declaração, porém estes se tornam indispensáveis por exigência jurisprudencial (é o caso do prequestionamento, imposto pelos Enunciados nºs 184 e 297 da Sumula do Tribunal Superior do Trabalho).

Por muitos que fossem os recursos, se houvesse realmente celeridade na execução dos serviços a cargo do Judiciário Trabalhista, as ações não aguardariam mais que um ano, dois no máximo, para serem solucionadas.

Ha - e certo - prazos previstos em lei (ex CPC, art 456 CLT art 815, paragrafo único, art 851, parágrafo 2º, art 885), mas prazos, quem os cumpre? Quem milita no foro - cível ou trabalhista - sabe perfeitamente que prazo so vale mesmo contra advogado.

Por outro lado, o argumento de que é necessário suprimir os recursos para acelerar o andamento do processo peca por excesso. Ouçamos a lição do douto GOMES CANOTILHO "A exigência de um direito sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em

(20) Como se sabe, esta é uma tese antiga defendida com ardor entre outros por Alfredo I. Ruprecht Conferencia sobre "La instancia unica en el proceso del trabajo", na Universidad Nacional de Trujillo Peru 9 3 1979

tempo adequado, não significa necessariamente justiça acelerada. A aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias, etc) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta" (21).

Finalmente, a pá de cal sobre a insustentável tese de que o caráter protelatório dos recursos autoriza a exigência de depósito: este é exigido apenas nos casos de condenação pecuniária. Sabe-se que, mesmo não havendo condenação em pecúnia, recursos protelatórios são interpostos, porém, nestes casos, o depósito é inexigível...

A tese ora examinada não resiste, portanto, a uma análise mais detida do instituto, o que conduz à afirmação de que a finalidade do depósito é, mesmo, a de facilitar a execução (assertiva cercada de cautelosas reservas, pois o montante do depósito é limitado e o valor da condenação pode ultrapassar a quantia posta à disposição do juízo).

À luz desse pressuposto, cabe enfrentar a questão da (in)constitucionalidade do depósito em face do princípio de igualdade, do direito (?) a um duplo grau de jurisdição e do acesso ao judiciário.

3. O DEPÓSITO EM FACE DO PRINCÍPIO DE IGUALDADE

Já se sustentou a inconstitucionalidade do depósito, porque exigível do empregador e não do empregado: seria, em consequência, atentatório da regra de igualdade perante a lei. A questão comporta um desdobramento. Primeiro, procede a assertiva de que a obrigação de depositar é imposta apenas ao empregador? Segundo, se o depósito é exigível apenas do empregador, haveria ofensa ao princípio de igualdade?

(21) GOMES CANOTILHO, J. J. Direito constitucional, cit. p. 666

A primeira indagação merece resposta afirmativa a lei impõe a obrigação de depositar para recorrer ao empregador, não ao empregado. So o empregador esta sujeito a deserção por falta de deposito. O art 899, paragrafo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho determina que o deposito se faça na conta vinculada do empregado. Não faz sentido que o empregado, para recorrer, efetue deposito em sua propria conta. Esta e a lição de RODRIGUES PINTO "Completando essa ideia, os paragrafos 4º e 5º, introduzidos ao mesmo art 899 para disciplinar a efetivação dos depositos, determinaram-na em conta vinculada do FGTS, cujo titular e o empregado, assim, intuitivamente, dispensado da exigência, quando sucumbir na lide, mesmo que contra ele seja imposta condenação" - grifos do original (22)

Contraditoriamente, os autores que vêem no deposito meio de desestimular os recursos protelatorios pretendem exigí-lo do empregado. O empregado não tem interesse na protelação, logo, dele não se deve exigir deposito. A exigência do deposito poderia causar injustiças ja que o empregado e a parte economicamente mais fraca na relação processual e não serão raros os casos em que o trabalhador, que sofreu uma injustiça no julgamento seja materialmente impedido de recorrer pela falta de dinheiro para fazer frente a obrigação de depositar. Nova injustiça, que o direito processual do trabalho deve abster-se de cometer.

A exigência de deposito dirigida apenas ao empregador viola o art 5º da Constituição de 1988? A Carta Magna dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. A questão tem fundamento, porque como ficou assentado, empregado e empregador são tratados desigualmente pela lei de deposito: um esta obrigado a depositar para recorrer e o outro não. O art 899, paragrafo 1º da CLT seria inconstitucional em face do art 5º da Lei Maior? O principio de igualdade sofre atentado porque só o empregador e obrigado a depositar?

(22) RODRIGUES PINTO, Jose Augusto. Recurso nos dissídios do trabalho. 2ª ed., Iorens. Rio de Janeiro. 1993. p. 52.

A análise superficial da questão conduziria a uma resposta simplista a fim de evitar a desigualdade, ou seja, para reverenciar o entendimento de que a lei dispensa igual tratamento a ambos os litigantes, o depósito deve ser imposto tanto ao empregado quanto ao empregador. Já se viu, porém, que tal solução produz injustiças e não pode ser encampada pelo direito processual do trabalho. Esta análise, portanto, não satisfaz. O tema reclama considerações mais profundas.

O princípio de igualdade significa a exigência de igualdade na aplicação do direito. Mas esta igualdade não deve ser entendida em sentido meramente formal: trata-se de igualdade material, ou seja, pressupõe-se igualdade relacional. Modernamente, entende-se o princípio de igualdade como vedação geral do arbítrio. Observa-se a igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são tratados arbitrariamente como desiguais. O princípio resulta em proibição de diferenciação jurídica sem um fundamento razoável, materialmente justo e eticamente defensável (23).

No caso do depósito para recurso, não há afronta ao princípio de igualdade quando a obrigação é imposta unicamente ao empregador, porque a distinção não é arbitrária: os litigantes não são arbitrariamente tratados como desiguais. O tratamento desigual resulta da observância daquilo que ordinariamente acontece id quod plerumque accidit, uma vez que, na generalidade dos casos, o empregado não dispõe de meios materiais para efetivar o depósito, o que não ocorre com o empregador. Além disso, na mesma linha de raciocínio, na esmagadora maioria dos dissídios dirimidos pela Justiça do Trabalho, só o empregado é credor e o depósito visa - como já se demonstrou - a facilitar a execução do julgado.

(23) GOMES CANOHLHO, J. J. Direito constitucional. cit. p. 577.

Tem cabimento, por outro lado, aferir a correlação lógica entre o fator de discrimine e a desequiparação procedida, para usar a terminologia de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Diz ele: "é agredida a igualdade quando o fator diferenciado adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou a exclusão do benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto" (24). No caso em exame, o fator diferencial adotado para justificar o discrimine (empregador deposita, empregado não deposita) é a posição social, é a fortuna. A observação autoriza o entendimento de que - ressalvadas as exceções que apenas confirmam a regra - o empregador dispõe de meios materiais para efetuar o depósito, o que não sucede com o empregado. O fator diferencial, portanto, guarda relação de pertinência lógica com a inserção do gravame imposto ao empregador e não ao empregado.

Sob esse aspecto, o dispositivo legal que institui o depósito para recorrer sob pena de deserção não é inconstitucional.

4. O DEPÓSITO EM FACE DO DIREITO (?) A UM DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A exigência de depósito deve ser estudada à luz do disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal: 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.

Poderia vislumbrar-se na exigência de depósito para recurso estorvo à faculdade de recorrer e, neste caso, haveria ofensa ao preceito constitucional transcrito.

(24) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O conteúdo jurídico do princípio de igualdade, 2ª ed., Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1984, p.49.

A questão, como posta, pressupõe uma reflexão a respeito do controvertido "duplo grau de jurisdição" na Constituição Federal. Antes, porém, deve ser examinado o direito ao recurso, como garantia fundamental estreitamente vinculada ao direito a defesa

Embora não expressamente enunciado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Assembleia Nacional francesa, de 1789, o direito de defesa tem sido considerado um "valor fundamental do direito" e responde à exigência de elementar justiça. O fundamento do direito de defesa reside, segundo alguns, no respeito à personalidade ou à própria natureza humana. Esse direito representa, sem dúvida, manifestação dos direitos fundamentais do homem e do cidadão e se acha expressamente consagrado pelo art. 6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, do Conselho da Europa, de 1950.

O direito à defesa supõe que a sociedade seja composta por indivíduos titulares de prerrogativas definidas pelo direito. Permitindo a qualquer pessoa deduzir em juízo os argumentos em prol de sua pretensão, o instituto deriva da realidade social, que mostra a existência de relações de concorrência aptas a engendrar litígios. O direito de defender as pretensões geradas por tais litígios é a um só tempo o corolário e a garantia do exercício dessas prerrogativas. Este princípio repousa, portanto, sobre uma representação da sociedade caracterizada por uma visão antropológica de tipo individualista - eis a lição de PHILIPPE GERARD (25). Que seja. Não se pode ignorar, porém, que o direito de defesa traduz o influxo que as superiores exigências do ideal de justiça exercem sobre o direito positivo e bem assim emanação dos fundamentos éticos do direito.

Do direito de defesa não deflui, porém, necessariamente, o direito ao recurso. O reconhecimento de um "princípio"

(25) GÉRARD, Philippe. Droit, egalite et ideologie. Facultes universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1981 p. 316-317

do duplo grau de jurisdição constitui matéria polêmica e se prende, na verdade, a considerações mais de ordem política do que jurídica. O tema é exposto com a habitual precisão por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: "A justificação política do princípio do duplo grau tem invocado a maior probabilidade de acerto decorrente da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão. É dado da experiência comum que uma segunda reflexão sobre qualquer problema freqüentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento não se tenha atribuído a justo peso. Acrescente-se a isso a circunstância de que, em regra, o julgamento do recurso compete a juizes mais experientes, em regime colegiado, diminuindo a possibilidade de passarem despercebidos aspectos relevantes para a correta apreciação da espécie. Não têm faltado, entretanto, desde tempos remotos, críticas ao sistema (omissis).

Para os adversários do princípio do duplo grau, ou os órgãos de segunda instância são presumivelmente mais capazes de fazer boa justiça, e neste caso mais vale confiar-lhes diretamente a tarefa de julgar as causas, ou não gozam de tal presunção, e neste caso a devolução da matéria ao seu conhecimento é medida contraproducente, pelo risco que gera de substituir-se uma decisão certa por outra errônea (omissis). De qualquer sorte, se no plano da lógica pura talvez se tornasse difícil demonstrar more geometrico a superioridade do sistema do duplo grau, é certo que, na prática (omissis), têm-se considerado positivos os resultados de sua adoção, como revela a consagração geral do princípio nos ordenamentos dos povos cultos, principalmente depois que a Revolução Francesa, apesar de forte resistência, o encampou"(26).

(26) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Recursos(processo civil), in J. M. de Carvalho Santos. Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. XLV, Borsoi, Rio de Janeiro, s/data, p 103-104.

O anelo por um segundo e mesmo um terceiro exame da causa decidida radica, é certo, na insatisfação inerente à natureza humana, mas é indiscutível que o duplo grau de jurisdição não constitui direito fundamental e pode em consequência ser livremente regulado pelo ordenamento positivo de cada Estado. Como diz ROBERTO SANTOS, "dado esse caráter não fundamental, o direito de recurso é um daqueles em que o Estado pode tocar e comporta variados graus de disciplinação, restrições e balizamentos. Não existe antes ou independentemente do Estado. Os homens nascem livres e iguais, e podem opor ao Estado sua liberdade e igualdade radical, as quais não lhes são outorgadas pelo Estado, e sim por uma lei supra-estatal, não escrita. Todavia, não nascem com direito a recorrer" (27)

Assim é, realmente, em doutrina, ou seja, em tese. Todavia, em face do direito constitucional positivo vigente no Brasil, parece evidente que o princípio do duplo grau de jurisdição acha-se expressamente consagrado. A Constituição poderia deixar de acolher duplo grau, como poderia consagrá-lo. Preferiu a segunda hipótese. Lê-se claramente no já transcrito inciso LV do art. 5º que são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Os recursos são elementos inerentes à ampla defesa. Além disso, a simples menção aos tribunais no Capítulo que regula o Poder Judiciário induz a ilação da existência necessária de recursos, já que não seria aceitável a idéia de que a criação de tais órgãos tem em vista apenas o julgamento dos processos de sua competência originária.

A Constituição claramente distingue meios de recursos. É regra elementar de hermenêutica que a lei não emprega palavras supérfluas (28). *Verba cum effectu sunt accipienda*. Não se presumem na lei palavras inúteis. Leciona CARLOS MAXIMILIANO "As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases

(27) SANTOS, Roberto. Parecer CJ/MT 99, de 10/05/1993, in Rev. de Direito do Trabalho, nº 83, set 1993, p. 158.

(28) SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica no Direito Brasileiro, 2º vol., Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 339.

sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis" (29). O BARÃO DE RAMALHO lembra "a regra que em uma lei não há palavras inúteis, ou sem significação, devendo-se, por isto, considerar como errônea aquela interpretação que entender que há em uma lei palavras sem sentido" (30).

Não merece aplauso a tese de que "a palavra - recurso - usada no art. 5º, LV não significa meio de impugnação de sentença mas meio processual, em sentido amplo" (31). Essa interpretação conduziria ao seguinte resultado: a Constituição assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os meios a ela inerentes...O que significa isto, afinal de contas?... No dispositivo citado, meios são atos processuais da parte (contestação, exceção, requerimentos, arrazoados, etc.) e recursos são recursos em sentido processual (apelação, recurso ordinário, agravos, recurso de revista, etc.). Recurso não é "meio processual" em sentido abrangente (com o que esta noção se confundiria com a anterior) mas, claramente, "meio de impugnação de sentença".

Por outro lado, é falso que a Constituição de 1988 não tenha inovado, ao consagrar amplamente o duplo grau de jurisdição, aplicando-o não só aos acusados (em processo criminal) mas também aos litigantes (em processo cível ou administrativo). A Constituição de 1988 inovou, ampliou a garantia, antes restrita aos acusados (processo penal). Agora, o duplo grau é estendido aos litigantes (processo civil ou administrativo). A candente objurgatória de quem entende que "sempre se disse em nossa Constituição a respeito da ampla defesa com os meios e os recursos a ela inerentes" (32) não tem qualquer procedência. Esta leitura não vem filtrada pelo rigor científico, que se

(29) MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 250.

(30) RAMALHO, Joaquim Ignácio. Cinco lições de hermenêutica jurídica, in Hermenêutica jurídica, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 117-118.

(31) ÁLVARES DA SILVA, Antonio. Depósito recursal e processo do trabalho. cit., p. 19.

(32) TEIXEIRA FILHO, Manoel A. Const. e processo, in Genesis, n° 8, de 1993, p. 124

deseja. Os textos constitucionais anteriores asseguravam apenas aos acusados ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. Referiam-se claramente a acusados. Ora, em processo cível ou administrativo não há acusado, há litigante. A Constituição de 1988 refere-se claramente a ambos - acusado e litigante - ao contrário das anteriores, que limitavam a garantia ao acusado (processo penal). Se é válida a interpretação segundo a qual as Constituições anteriores asseguravam o duplo grau de jurisdição aos acusados, será indisputável a ilação de que igual garantia passou a ser deferida pelo texto de 1988 aos litigantes em geral. A deficiente interpretação acima indicada, aplica-se integralmente a advertência do clássico PAULA BAPTISTA: "por muito que o intérprete presuma de si, deverá convencer-se de que, neste caso, a falta é antes sua do que do legislador" (33).

Aqueles que vêm no texto constitucional em exame referência a "meios e meios" reduzem à inoperância uma das garantias fundamentais e se colocam na contra-mão da técnica de interpretação dos preceitos que protegem os direitos do homem. Entre os princípios aplicáveis à interpretação constitucional, encontra-se o princípio da máxima efetividade, operativo em relação a todas as normas constitucionais, porém invocado hoje sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, como ensina GOMES CANOTILHO, que arremata: "no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais" (34)

Em suma, aceita-se que, em tese, o direito a um duplo grau de jurisdição não constitui um direito fundamental, mas a regra, como diz CANOTILHO, "é a da existência de duas instâncias quanto à matéria de fato e de uma instância de revisão quanto a questões de direito" (trata-se, na verdade, de tendência a um controle dos atos jurisdicionais) (35). Portanto, a Constituição Federal de 1988 consagra

(33) BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica in Hermenêutica Jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 37

(34) GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional* cit., p. 233

(35) GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional* cit., p. 667 e 769

expressamente o duplo grau de jurisdição. Desta assertiva, contudo, não se extrai a ilação de que a exigência de depósito para recorrer seja inconstitucional. Primeiro, porque há fundada dúvida quanto à inconstitucionalidade e, na dúvida, prevalece o dispositivo legal inquinado de inconstitucional. Segundo, porque o depósito constitui certamente um condicionamento ao recurso. mas, como esclarece ROBERTO SANTOS, "os condicionamentos do recurso têm em vista regular o modo em que o Estado intervirá uma segunda vez para análise de certa controvérsia e não se opõe ao direito de ampla defesa ou ao uso dos meios e recursos a este inerentes" (36).

5. O DEPÓSITO EM FACE DO PRINCÍPIO DE ACESSO À JUSTIÇA

Dispõe o art. 5º, inciso XXXV da Constituição: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em face desta garantia fundamental, será inconstitucional a norma que impõe o depósito como requisito de conhecimento do recurso? Sem dúvida, a exigência indiscriminada ou desarrazoada de depósito (como pretendem alguns exegetas) inviabilizaria o acesso à justiça. no sentido de que impediria o juízo de segundo grau de apreciar a lesão ao direito (ou, pelo menos, a alegada lesão).

É à luz do princípio de acesso à justiça (ou acesso ao judiciário) que deve ser examinada a questão da constitucionalidade da exigência de depósito. Trata-se de aspecto particular da vasta temática pertinente aos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais.

(36) SANTOS, Roberto. Parecer, cit., p. 160

A proteção dos direitos fundamentais por aplicação do princípio de acesso à justiça pressupõe a garantia de uma proteção eficaz. Não basta a proteção e de rigor que ela seja eficaz. O art VIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê a proteção, mas não descarta o aspecto da eficácia. "Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei". Em escólio a esta solene declaração, assim se expressa JOSÉ SODER: "O art 8º apresenta, igualmente, novidade, porquanto concede a todos o direito subjetivo a uma defesa eficaz contra qualquer violação dos seus direitos fundamentais dentro do âmbito do Estado. Representa a garantia internacional de proteção judiciária dos direitos inalienáveis do indivíduo" (37).

O princípio do acesso a justiça está integrado no ordenamento positivo vigente, no Brasil. O art 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Organização das Nações Unidas em 1966, que entrou em vigor para o Brasil em 24/4/1992 (Decreto nº 592, de 06/07/1992), dispõe: "Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil".

O que se deve entender por "acesso a justiça"? A expressão acesso à justiça, como quer MAURO CAPELETTI, "é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos, segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente

(37) SODER, José. Direitos do homem. Cia Editora Nacional. São Paulo, 1960. p. 206-207.

justos" (38) É esta parte final da citação, alusiva à exigência de que os resultados produzidos pelo sistema jurídico sejam individual e socialmente justos, que mostra o rumo a ser seguido. Como lembra J J CALMON DE PASSOS, no estudo que contém o trecho adotado como epígrafe deste ensaio (39), "o direito é a única forma de realização histórica da justiça". Sem dúvida, "uma ordem jurídica realiza tanto mais justiça quanto menos necessidades deixa insatisfeitas e quanto menos expectativas desatendidas ocasiona"

Se a exigência de depósito causar injustiça, se deixar insatisfeita a necessidade de recorrer, se ocasionar expectativa desatendida de acesso ao segundo ou ao terceiro grau de jurisdição, certamente a lei que impõe será inconstitucional. Se a Constituição assegura o acesso à justiça, se ela consagra o direito ao recurso inclusive no processo cível (inovação da Carta Magna de 1988, que estendeu ao litigante o benefício anteriormente restrito ao acusado), inconstitucional será a lei que impõe a necessidade de depositar para recorrer, se desta imposição resultar injustiça material, porque será afetada a garantia fundamental de uma proteção eficaz dos direitos.

Na linha de raciocínio que desenvolve a partir da noção de acesso à justiça, MARC GALANTER adverte que muitos obstáculos podem ser opostos com o propósito de dissuadir as partes de fazerem valer em juízo suas razões, prazos, despesas, incerteza quanto à decisão são elementos considerados no momento de propor uma ação ou conduzi-la a termo percorrendo as diferentes instâncias (40). Neste

(38) CAPELETTI, Mauro- GARTH, Bryant. Acesso à justiça, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 8

(39) CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo, in Participação e processo, coord. de Ada Pellegrini Grinover et alii, Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 87

(40) GALANTER, Marc. La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux, in Mauro Capeletti (dir.) Accès à la justice et Fiat-providence, Economica, Paris, 1984, p. 159

contexto, a exigência de depósito assume especial relevo, com possíveis resultados manifestamente injustos, a tornar inoperante o princípio do acesso ao judiciário

Não ha dúvida de que o Estado pode conformar o direito de recurso e submetê-lo a uma serie de requisitos intrínsecos e extrínsecos, mediante variadas modalidades de disciplinação, restrições e balizamentos Esta faculdade, porém, encontra limite na produção de resultados individual e socialmente injustos, a saber, injustiça material

O Estado de Direito não pode vergastar o sentido garantístico do procedimento Existe manifesta interconexão dinâmica entre direitos fundamentais e procedimento O impecilho arbitrariamente criado ao desenvolvimento razoável do procedimento autorizaria a negação de qualquer outro direito fundamental O poder de conformação do procedimento, reconhecido ao Estado, não pode exacerbar-se a ponto de gerar resultados materialmente injustos, sob pena de ofensa à proteção eficaz dos direitos fundamentais

Segundo informação colhida em GOMES CANOTILHO, o Tribunal Constitucional português considera que o direito de acesso à justiça é inconstitucionalmente violado quando se condiciona o seguimento do recurso ao depósito prévio de certa quantia, não tendo o recorrente condições econômicas para satisfazer esse pagamento (41)

No Brasil, o direito ao recurso é constitucionalmente assegurado (Constituição de 1988, art 5º, LV) É certo que a lei pode sujeitar o recurso a requisitos, afirmação perfeitamente válida do ponto de vista ético Contudo, a norma legal se tornará inconstitucional quando condicionar o seguimento do recurso a

(41) GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional cit , p 668

certa quantia quando o recorrente não dispuser de meios materiais para satisfazer esse pagamento Conclusão contrária conduziria à negação de um direito fundamental de maneira indiscriminada, o que não seria ético

Por este prisma, JÚLIO ASSUMPÇÃO MALHADAS tem parcial razão quando assevera que a lei do depósito é inconstitucional "por fazer distinção entre empregadores que podem e empregadores que não podem efetuar o depósito" (42) Há, realmente, empregadores que não dispõem de meios materiais para satisfazer a exigência de depósito (empregador doméstico, profissional liberal, pequeno empreiteiro, micro empresário, além de muitos que atuam na economia informal)

Na verdade, a lei não estabelece distinção entre empregadores que podem e aqueles que não podem efetuar o depósito, daí a razão "parcial" atribuída ao autor citado Por outro lado, fixar tetos diferenciados segundo os diferentes portes das empresas importaria discriminação inconstitucional

Descabe imputar inconstitucionalidade à lei de depósito por distinguir (ou não distinguir) entre empresas Ela será inconstitucional se o entendimento a ela atribuído desaguar na produção de resultados materialmente injustos Toda lei, em princípio, é constitucional Só se declara a inconstitucionalidade da lei acima de qualquer dúvida razoável

Não ha, na lei de depósito, evidente inconstitucionalidade, mas esta assertiva não é absoluta, sabendo-se que certos empregadores não podem efetuar o depósito (como é o caso daqueles acima lembrados)

(42) MALHADAS, Julio Assumpção Depósito para recurso na justiça do trabalho - inconstitucionalidade? injustiça?, in Rev LTr 57-02/163

A solução da controvérsia reside não na declaração genérica de inconstitucionalidade da lei, mas no afastamento da exigência do depósito quando, em cada caso, comprovada a impossibilidade de sua efetivação. A analogia com o instituto da justiça gratuita pode ser invocada (Leis n°s 1.060, de 05.02.1950 e 5.584, de 26.06.1970). Não se trata de assistência judiciária, mas de tratamento igual dispensado a partes que se encontram em situação igual: impede evitar que, por escassez de meios materiais, possa alguém (sendo indiferente a posição processual, autor ou réu) ser privado do acesso à justiça.

A situação econômica do empregador materialmente impedido de efetuar o depósito pode ser demonstrada por declaração firmada pelo próprio ou por seu procurador, respondendo o declarante penal e civilmente pela falsidade em que comprovadamente incorrer, segundo o disposto na Lei n° 7115, de 29.08.1983.

BIBLIOGRAFIA

Alem das obras citadas no texto, foram consultadas as seguintes

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Natureza jurídica do depósito recursal. in LTr 57-02/142

PINTO, José Augusto Rodrigues. Os novos enigmas de depósito recursal trabalhista. in LTr 57-02/146

GONÇALVES, Aroldo Plínio. O depósito recursal - a nova sistemática estabelecida pelas disposições da lei nº 8 542, de 23 12 92, in LTr 57-02/151

GIGLIO, Wagner D. Depósito recursal - alterações decorrentes da lei nº 8 542, in LTr 57-02/159

SAAD, Eduardo Gabriel. O depósito recursal e o duplo grau de jurisdição, in LTr 57-02/167

LEITE, Júlio Cesar do Prado. Depósito recursal - os valores demarcados na lei devem ser compatíveis com a realidade econômica, não podendo prejudicar o direito de recurso constitucionalmente assegurado, in LTr 57-02/171

MALTA, Christovão Piragibe Tostes. Depósitos para recursos. in LTr 57-02/173

DELGADO, Maurício Godinho. Sentido e abrangência do depósito "recursal" no direito brasileiro as inovações da lei nº 8 542/92, in LTr 57-02/175

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A lei nº 8 542/92 e o depósito recursal, in LTr 57-02/182

GONÇALVES, Emílio. O depósito recursal na lei nº 8 542, de 23 12 1992, in LTr 57-02/184

MAGANO, Octavio Bueno. Depósitos recursais. in LTr 57-02/191

MACIEL, José Alberto Couto. Da inconstitucionalidade do depósito exigido pelo art 899 da CLT, in LTr 57-02/192

A SÚMULA N. 330, DO TST

Manoel Antonio Teixeira Filho

"Irrisão!" -- Hamlet

1. Súmula, não Enunciado

Coube ao Supremo Tribunal Federal, por instância do Ministro Victor Nunes Leal, a precedência, em nosso meio, quanto à adoção de Súmulas, com a finalidade de divulgar a jurisprudência predominante naquela Corte, fato ocorrido a 13 de dezembro de 1963

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, editou as primeiras Súmulas em 1969, em decorrência da Resolução Administrativa n. 28, sendo publicadas no DOG, edição de 21 de agosto do referido ano, Parte III, página 13 393. Daqueles tempos até esta parte, o número de Sumulas adotadas por esse Tribunal foi consideravelmente elevado, chegando a exatas 331

Originária da forma latina *summula*, o vocábulo *sumula* significa a substância, o resumo que se faz de alguma coisa. Guardam-lhe sinonímia léxica os substantivos *suma* e *epítome*, dentre outros. Essa noção de síntese está presente, também, na palavra *súmula*, sob o ponto de vista da terminologia jurídica, precisamente por traduzir um compêndio -- e, de certa maneira, uma cristalização -- da jurisprudência prevalecente nos tribunais. De lá derivam o verbo *sumular* (fazer a súmula de) e o substantivo *sumulista* (aquele que faz súmulas). Constitui criação arbitrária, contudo, o adjetivo *sumular* (atividade *sumular*, direito *sumular* etc.), motivo por que o seu uso deve ser evitado.

Em sede de conceito, pois, pode-se dizer que as Sumulas judiciais consubstanciam teses, relativamente às quais se tornou remansado o pronunciamento dos tribunais.

Pela Resolução Administrativa n. 44, de 1985, porém, o Tribunal Superior do Trabalho, rompendo uma tradição de quase duas décadas, altera a denominação das Súmulas para Enunciados, episódio que nos motivou a dirigir, em livro, pesadas críticas a essa atitude. (1)

Nossa diatribe -- dizíamos -- não derivava de suposta reação xenófoba, e, sim, da consciência de que a modificação terminológica se dera para pior, porquanto o substantivo enunciado era absolutamente impróprio para revelar o objeto ao qual fora pespegado. O verbo enunciar (do latim enuntiare) significa, apenas, a expressão de uma idéia, de um pensamento, de um problema; daí, o adjetivo enunciado dizer daquilo que foi manifestado por palavras: o enunciado de uma tese, de uma proposição, de um discurso, de uma norma legal etc.

Assim, o substantivo enunciado, quando transportado para a linguagem forense, se torna vago, impreciso, e, por isso, inadequado à precisão exigida pela terminologia jurídica. "Cela ne signifie rien" -- dele diria, por certo, Juliot de La Morandière.

Não acreditávamos -- prosseguindo -- que, à força de princípio, o novo devesse sempre ser aceito, somente por tratar-se de novo; a entender-se em sentido contrário, deveríamos começar a temer pela sorte das boas e milenares tradições, em muitas das quais estão fincadas as pilastras de nossa cultura jurídica.

No terreno da terminologia -- concluíamos -- a única transigência que poderíamos fazer era quanto ao emprego do substantivo enunciado com função elíptica (Enunciado da Súmula da Jurisprudência Predominante).

(1) Sistema dos Recursos Trabalhistas, S. Paulo, LTr Editora, 1986; 7ª edição, 1993, págs. 20/22.

Coincidência, ou não, o legislador (Lei n.º 7.701, de 21-12-88, art. 4.º, letra b) e o Regimento Interno do próprio Tribunal Superior do Trabalho (arts. 197 e 198) passaram a aludir ao enunciado da Súmula...

2. As Súmulas n.ºs 41 e 330

A Súmula n.º 41, proveniente da Resolução Administrativa n.º 41/73, do Tribunal Superior do Trabalho, dispunha que "A quitação, nas hipóteses dos §§ 1.º e 2.º do art. 477, da CLT, concerne exclusivamente aos valores discriminados no documento respectivo" (destacamos).

Em outro livro, (2) pudemos deitar largos elogios à orientação jurisprudencial estampada nessa Súmula, pois a quitação, dada pelo trabalhador, estava restrita aos valores recebidos, não alcançando, em razão disso, os títulos (*nomen iuris*) correspondentes. Assim, se lhe foram pagas, e.g., nessa oportunidade, 1.000 horas extras, mas as devidas montavam 5.000, ele ingressava em juízo para postular -- e obter, talvez, -- a condenação do réu ao pagamento das 4.000 horas extras restantes.

Chegamos, inclusive, nesse livro, a refutar uma certa tese, concebida para atender aos interesses dos empregadores, de que a quitação outorgada pelo trabalhador configuraria ato jurídico perfeito (e, como tal, se encontraria amparado pela Constituição da República), advertindo que a tese soava bem, unicamente, aos ouvidos do Direito Comum, que se apóia no falacioso princípio (ou mito?) da igualdade das partes. No microcosmos peculiar do Direito do Trabalho, entretanto, o que impera é o princípio da desigualdade das partes, motivo por que esse ramo do Direito deve ter, sempre, um caráter anti-igualitário, em benefício do trabalhador. Logo, o conteúdo da Súmula n.º 41 era, a nosso ver, irrepreensível. Não mudamos de opinião.

(2) A Prova no Processo do Trabalho, S. Paulo, L.Tr Editora, 1983; 5ª ed., 4ª tir., 1993, págs. 203/205.

Em sessão de 17 de dezembro de 1993, contudo, o Tribunal Superior do Trabalho adota a Súmula n. 330, que, revendo a de n. 41, assim estatui: "A quitação passada pelo empregado, com assistência da Entidade Sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo" (destacamos).

Isso significa que, nos termos da Súmula n. 330, a quitação dada pelo trabalhador compreenderá não somente os valores recebidos, mas, o próprio título ("parcela") a que eles dizem respeito. Admitida como correta a interpretação que estamos a conferir à precitada Súmula, a inferência, a que se chega, é de que as suas repercussões, no patrimônio jurídico do trabalhador, são devastadoras. Basta retomarmos o exemplo há pouco utilizado, no comentário sobre a Súmula n. 41, para perceber-se que não há nenhum exagero em nossa conclusão. Com efeito, se ao trabalhador eram devidas 5.000 horas extras, mas, apenas, 1 000 lhe são pagas no momento da "rescisão" do contrato, a quitação que ele der liberará o empregador da obrigação de pagar as 4.000 horas extras remanescentes, segundo a Súmula em estudo.

A Súmula n. 330 é, portanto, de uma insensibilidade e de uma perversidade sem precedentes. Ora, enquanto a ruptura de um contrato de trabalho figura, aos olhos do empregador, como mais um fato rotineiro, no cotidiano do seu estabelecimento, para o trabalhador representa, quase sempre, um motivo de preocupação, de ansiedade e de angústia, pois, afinal de contas, o que ele perdeu foi o seu emprego, vale dizer, a fonte de onde obtinha os meios materiais indispensáveis à sua sobrevivência e à de sua família. É evidente que o trabalhador, privado do emprego, necessita, mais do que nunca, receber aquilo que o empregador se propõe a pagar-lhe, por mais irrisório que seja, deixando para exigir, em juízo, o restante. Quem tem fome não se encontra em condições de negociar.

Insensível a isso, a Súmula n. 330, em discurso retórico, atribui à quitação dada pelo trabalhador eficácia liberativa da obrigação do empregador, no tocante ao pagamento daquilo que, por força de norma legal ou de disposição normativa, lhe era verdadeiramente devido. Por outros termos, ela constrange o trabalhador a receber o que lhe está sendo oferecido, com a conseqüente renúncia à satisfação integral dos seus direitos. Em resumo, se não receber aquilo que o empregador entende como devido, passará fome.

Que nos escusem por eventual excesso, mas não conseguimos ver, nessa Súmula, senão uma surpreendente e comprometedora homenagem aos empregadores deste país. Isso explica o fato de estarem estes, nos dias de hoje, ocupando os meios de comunicação para realizar entusiástica defesa da Súmula. Uma homenagem, o que é pior, aos maus empregadores, pois a malsinada Súmula seguramente constituirá um poderoso estímulo para a lesão dos direitos dos trabalhadores, sendo suficiente, para isso, que os empregadores lhes paguem, como dissemos, menos do que a lei ou a própria Constituição Federal assegura.

A propósito, cabe-nos indagar se, por acaso, o empregador pagar as horas extras com o acréscimo, digamos, de 30%, quando a Constituição prevê um mínimo de 50% (art. 7.o, inciso XVI), e o trabalhador der quitação, mesmo assim esta se revestirá da generosa eficácia liberatória de que fala a Súmula em exame?

Sejamos francos e sensatos. A Súmula n. 330, do Tribunal Superior do Trabalho, é uma afronta à classe trabalhadora. Conquanto não tenhamos conhecimento oficial do verdadeiro motivo que levou essa veneranda Corte a rever a judiciosa orientação jurisprudencial cristalizada na Súmula n. 41, sabemos que esse motivo está ligado à preocupação de desafogar a Justiça do Trabalho, fazendo com que seja reduzida a massa pletórica de ações que são submetidas à cognição jurisdicional de seus órgãos. "Irrisão!" -- haveria de exclamar Hamlet, o indignado príncipe dinamarquês tornado imortal pelo gênio de Stratford-

on-Avon. Sim, irrisão, porque é inconcebível, para as consciências lúcidas, a idéia de combater-se os graves males estruturais (mas não institucionais) de que se encontra acometida a Justiça do Trabalho, mediante o sacrifício impiedoso do direito dos trabalhadores. Convém não esquecer que estes constituem a razão-de-ser desta Justiça, o seu elemento onto-teleológico, por assim dizer. Sem trabalhadores, não há Justiça do Trabalho.

3. A Súmula n. 330 e a Constituição

Os críticos da Súmula supracitada (e são muitos!) têm argumentado com a sua inconstitucionalidade, pressupondo que ela iniba o exercício do direito de ação.

Embora tenhamos deixado patente a nossa entranhada divergência do teor da Súmula n. 330, entendemos que, do ponto de vista rigorosamente técnico, ela não possa ser inquinada de inconstitucional, por duas razões fundamentais. Primeiramente, porque, não sendo, a Súmula (genericamente considerada), à evidência, norma legal, nem ato normativo, não pode ser objeto de pronúncia jurisdicional de antagonismo com a Constituição da República, seja em ação direta (Const. Fed., art.102, inciso I, letra a) ou incidenter tantum (CPC, art. 480), justamente porque a nada e a ninguém obriga. A sentença, que se fundar em Súmula, todavia, poderá perpetrar ofensa ao texto constitucional e, desse modo, render ensejo a que a matéria seja submetida, mais tarde, à cognição do Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário. Sentenças que violam a Constituição são recorríveis, até mesmo, quando proferidas nas causas de alçada exclusiva dos órgãos de primeiro grau, de que cuida o art. 2º, § 4º, da Lei n.º 5.584/70, que não foi revogado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição em vigor, como chegaram a imaginar alguns intérpretes afoitos. Reconhecemos, no entanto, que as Súmulas apresentam um certo efeito endoprocessual, pois tolgem a possibilidade de ser admitido recurso de revista calcado em decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal (Súmula n. 42). Segundamente, porque, se bem refletirmos, veremos que a Súmula n. 330 não impede que o trabalhador exerça o

direito de ação. que é assegurado aos indivíduos desde a Constituição Federal de 1946 (art. 141, § 4º), e que a atual estendeu aos casos de simples ameaça (art. 5º, inciso XXXV). O que a Súmula faz é atribuir eficácia liberativa à quitação dada pelo trabalhador. Isso, todavia, não o inibe de invocar, na forma da lei, a prestação da tutela jurisdicional, tendente a obter a reparação dos direitos lesados, vez que, como acentuamos, nenhum Juiz do Trabalho está obrigado a aplicar a sobredita Súmula (ou qualquer outra). O compromisso do Juiz é com as leis, e, acima de tudo, com a Constituição da República. Jamais, com meras Súmulas. O que há, pois, na Súmula 330, é uma aparente inconstitucionalidade. Note-se que ela se ocupa com o direito material (quitação), e não, com o processual (direito de ação).

É necessário reiterar: em que pese ao fato de a Súmula n.º 330 não poder ser objeto de declaração jurisdicional de contraste com a Constituição, por ser desaperecebida de caráter normativo, a sentença (esta, sim), que nela se fundar colocar-se-á em antagonismo com o inciso II, art 5º, da Suprema Carta Política, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. No caso, a sentença estará fundada na eficácia liberativa da obrigação do empregador, que é atribuída à quitação não por lei, mas por simples Súmula. Nem mesmo os arts. 939 e 940, do Código Civil, atribuem à quitação o alcance que a mencionada Súmula lhe pretendeu dar.

4. A atitude dos sindicatos

Encontra-se instalada, atualmente, nos meios sindicais, uma cizânia acerca de qual deva ser a atitude a adotar diante dos requerimentos de "homologação" das rupturas contratuais. Essa controvérsia generalizada decorre da justificável perplexidade das entidades sindicais, em face da Súmula n.º 330.

Em princípio, quatro atitudes poderão ser tomadas, a saber:

a) Recusar a "homologação", para evitar que o sindicato venha a ser criticado por estar de acordo com a mencionada Súmula, ou seja, estar chancelando a orientação jurisprudencial nela espelhada, que é, sem sombra de dúvidas, prejudicial aos interesses dos trabalhadores.

Essa atitude extremada, porém, traz o grave inconveniente de deixar o trabalhador sem receber quantia alguma, num momento em que mais necessita de dinheiro: só lhe restará, assim, ingressar em juízo para tentar receber, muito tempo depois, aquilo que o empregador se dispusera a pagar-lhe, espontaneamente, no ato.

Não estamos, com isso, a sugerir que os sindicatos "homologuem", pura e simplesmente, as rupturas dos contratos de trabalho, conforme se verá adiante.

b) Encaminhar o trabalhador à Delegacia Regional do Trabalho.

Esse expediente, se adotado pelo sindicato, com o escopo de evitar qualquer crítica quanto à sua eventual convivência com a Súmula, será, no fundo, artificioso, e, sob certo aspecto, irresponsável. Assim afirmamos porque a circunstância de a Súmula não referir as Delegacias Regionais do Trabalho não significa, necessariamente, que a quitação dada, perante elas, pelo trabalhador, venha a ser considerada (pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho) destituída de eficácia liberatória da obrigação do empregador, no que tange ao título sob o qual os valores foram pagos. Alegaria o Tribunal, por suposto, ter havido mera inadvertência da Súmula ao não aludir às Delegacias Regionais do Trabalho. Demais, o sindicato, ao agir dessa forma, não estará enfrentando o problema trazido pela Súmula, mas, apenas, esquivando-se dele, ou, quando menos, contemporizando a solução, o que não deixa de ser prejudicial para a classe trabalhadora.

De qualquer modo, é razoável presumir -- sem abandono dos argumentos até aqui expendidos -- que as Delegacias Regionais do Trabalho não possuam estrutura material suficiente para dar

atendimento satisfatório a todos os requerimentos de "homologação" de ruptura de contratos. Nem se ignore o fato de inexistir, em muitas cidades, órgão do Ministério do Trabalho.

c) Homologar, pura e simplesmente.

Essa atitude não é recomendável, precisamente por parecer, aos olhos de todos, que o sindicato está de acordo com a Súmula n. 330, o que corresponde a asseverar, por outras palavras, que está se colocando contra os interesses dos trabalhadores por ele assistidos na oportunidade da dissolução do contrato de trabalho. Afinal, a quitação passada pelo trabalhador, com a assistência da entidade sindical, terá eficácia liberativa ampla, como quer a Súmula em foco.

Pensamos que a reação das entidades sindicais a essa atitude deva ser, aqui sim, radical.

d) Homologar, com ressalva.

Tendo em vistas as conseqüências lesivas dos interesses dos trabalhadores, que poderão ser acarretadas pela adoção de qualquer das atitudes sindicais até aqui analisadas, cremos que a menos prejudicial consistirá na "homologação" mediante ressalva.

Em termos práticos, incumbirá ao sindicato placentar com os valores que estão sendo oferecidos pelo empregador ao trabalhador, fazendo constar, do próprio termo, uma prudente ressalva quanto ao fato de os direitos não estarem sendo satisfeitos em sua plenitude. Uma ressalva, enfim, imprescindível para registrar a discordância quanto à Súmula n. 330.

É elementar que essa ressalva, por si só, não tem eficácia alguma para fazer cessar os efeitos da Súmula em questão, pois os juízes poderão desconsiderar a ressalva e fazer incidir a Súmula (o que seria, sem dúvida, lamentável). A "homologação" com ressalva, que estamos a sugerir, procura harmonizar dois interesses específicos: de um

lado, o do trabalhador, no sentido de receber, de imediato, aquilo que o empregador se propõe a pagar-lhe; de outro, o do sindicato, consistente em não vir a ser, mais tarde, censurado por presuntiva submissão aos termos nimiamente iníquos da Súmula.

A ressalva, nas denominadas "homologações", a propósito, constitui uma praxe antiga no âmbito sindical, sendo efetuada toda vez que a entidade não está de acordo com o valores pagos ao trabalhador. Nada justifica colocar-se de lado essa prudente praxe, diante da Súmula n.º 330.

O que estamos a alvitrar, em última análise, é uma saudável rebeldia sindical ao império afrontoso da Súmula n. 330, do Tribunal Superior do Trabalho, o que corresponde a um movimento de revivescência da Súmula n. 41, que, ao contrário da n. 330, não se atreveu a desferir um rude golpe no princípio de proteção do trabalhador, que, há mais de um século, em quase todos os países, anima o direito material do trabalho.

5. A atitude da magistratura

Não basta, entretanto, que os sindicatos adotem o posicionamento prático, que acabamos de alvitrar, na medida em que isso será insuficiente para afastar as conseqüências danosas ao patrimônio jurídico do trabalhador, desejadas pela Súmula n.º 330.

Espera-se, por isso, que os magistrados trabalhistas não se curvem a essa Súmula. Como dissemos, anteriormente, Súmulas não obrigam. E o compromisso da magistratura é com a lei e com a Constituição.

Segue-se, que, se nesse sentido se formar a convicção do juiz, caber-lhe-á recusar a aplicação da precitada Súmula, nos casos concretos que lhe forem submetidos à apreciação, e, se for o caso, condenar o empregador a complementar a satisfação dos direitos por

este violados. Com isso, dará mostras de sua independência intelectual e de sua sensibilidade para com a situação delicada em que foi lançado o trabalhador, por obra inesperada de uma Súmula perniciososa.

Insistamos neste ponto: ofensa à Constituição Federal poderá haver, aí sim, se a sentença se fundar na eficácia liberativa da obrigação do empregador, derivante da quitação dada pelo empregado, prevista na Súmula n. 330, pois não há norma legal que atribua essa eficácia, com tamanha amplitude, e que, por certo, não reflète a vontade do pobre trabalhador.

O juiz não deve ser um simples aplicador de Súmulas, máxime de Súmulas perversas, sob pena de tornar-se um convidado sem alma e sem cérebro, no processo. Foi roubando um pouco do fogo dos deuses do Olimpo que Prometeu criou os primeiros homens à sua semelhança, homens que, no esplêndido poema de Goethe, por serem mortais, padecem e choram, divertem-se e alegram-se, e tributos não rendem a Zeus ("Y quién contra la turba de insolentes titanes me ayudó? / Quién de la muerte me salvó y de dura servidumbre afrentosa? / No fuiste tú y tú solo, corazón mío, que en sacras llamas ardes, quien todo me lo hiciste?").

6. Por fim, uma esperança

Não se nega que, em sua maioria, as Súmulas adotadas pelo Tribunal Superior do Trabalho são de notável excelência e refletem a cultura e o descortino jurídicos dos ilustres Ministros que integram aquela excelsa Corte.

Mas deve, esse Tribunal, reconhecer que produziu Súmulas de má qualidade. Dentre elas, em especial, a de n. 330, que provocou uma profunda indignação em quantos possuem um mínimo de sensibilidade e de preocupação a respeito do que ela representa como elemento ameaçador dos direitos e interesses legítimos dos trabalhadores brasileiros

A esperança que há, em todos nós, é de que o Tribunal Superior do Trabalho cancele, o quanto antes, a Súmula n. 330, e restabeleça a de n. 41, com sua redação primitiva. Convença-se o Tribunal, enfim, de que o seu abandono da orientação jurisprudencial consubstanciada na Súmula n. 41 foi um erro, não só sob o ângulo jurídico, mas axiológico; convença-se, sobretudo, de que, muitas vezes, o prestígio e a respeitabilidade vêm, justamente, da humildade de se reconhecer, sem ressentimentos, os erros praticados.

ESTUDO - JUSTIÇA DO TRABALHO - COMPETÊNCIA - CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS - REGIME JURÍDICO ESPECÍFICO -

DÉLCIO TREVISAN(*)

Na esteira da CF/1988, veio à edição

"Art 236 - Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário

No Estado de São Paulo o referido dispositivo suscitou na área da Justiça do Trabalho temas relativos à competência, gerados na âmbito dos direitos sociais, com a instauração de dissídios coletivos e dos direitos individuais, e instauração de reclamações, objetivando a declaração de relação de emprego com os desdobramentos naturais não só das garantias legais do contrato individual do trabalho, como aquelas que afetam a integração no regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço Programa de Integração Social e Previdência Social no INSS

Embora o dispositivo constitucional citado aguarde lei regulamentadora, a Justiça do Trabalho, em razão dos dissídios coletivos e individuais, nesta fase transitória, deverá exaurir a sua prestação jurisdicional

(*) Délcio Trevisan
Advogado

Em consequência, por razões óbvias, resultantes dos dissídios ajuizados, surgiu como tema principal a questão da competência, porque o dispositivo constitucional passou a vigorar quando no âmbito da atividade notarial e de registros públicos existe regime jurídico específico, envolvendo os serventuários, seus auxiliares e o Poder Judiciário, que exerce sobre a atividade ampla função fiscalizadora

Esta situação conjuntural levou-nos a um estudo sobre o assunto no Estado de São Paulo, que certamente encontrará ressonância nos demais Estados, onde as condições, pela natureza da atividade, presume-se idênticas

O serventuário é nomeado pelo Governo do Estado de São Paulo para ocupar as diversas serventias notariais e de registros públicos

Nestas condições, o serventuário é agente da administração pública do Estado de São Paulo

No âmbito da administração pública, o serventuario integra o Poder Judiciário do Estado de São Paulo, como cartório extrajudicial, integrando os serviços auxiliares de Justiça, como está previsto no art 4º do Código Judiciário do Estado de São Paulo

Como escrivão, para exaurimento da atividade de administração pública, o serventuário é autorizado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo a admitir funcionários, observados os requisitos estabelecidos em lei, pelo regime jurídico de servidor público, na condição de segurados do IPESP - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO

A ocorrência de um regime jurídico preexistente à disposição constitucional em vigor encontra óbice inarredável que conduz ao tema da competência, porque envolve questões que incursionam pelo direito individual, previdenciário e administrativo

A competência da Justiça do Trabalho vem definida no art 114. da CF, que diz

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 litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas "

Em vigor a CF, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492 I - Distrito Federal, requerente Procurador Geral da República e requerido Congresso Nacional, decidiu

"EMENTA Constitucional Trabalho Justiça do Trabalho Competência Ações de Servidores Públicos Estatutários C F , 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 à 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"

Definida a competência através de preceitos constitucional, torna-se necessário analisar a competência, não pelo aspecto da pessoa, mas sim pelo da matéria, porque nada impede que o

Estado esteja no pólo passivo das ações na Justiça do Trabalho, desde que presente o contrato de trabalho ou a relação de emprego.

O contrato de trabalho, que pode ser tácito ou expresso, corresponde à relação de emprego (art. 442, da CLT)

Nesta relação temos a figura do empregador, que desenvolve atividade econômica (art. 2º, da CLT), o que não abrange a atividade de administração pública através de agente.

Oportuno o magistério de HELY LOPES MEIRELLES, quando acentua:

"Como bem acentua Alessi, subjetivamente a Administração Pública é o conjunto de órgãos a serviço do Estado e, objetivamente, é a expressão do Estado agindo in concreto para a satisfação de seus fins de conservação, de bem estar individual dos cidadãos e de progresso social.

(...)

"No trato jurídico, a palavra administração traz em si conceito oposto ao de propriedade, isto é, indica a atividade daquele que gere interesses alheios, muito embora o proprietário seja, na maioria dos casos, o próprio gestor de seus bens e interesses. Mas o que desejamos assinalar é que os termos administração e administrador importam sempre na idéia de zelo e conservação de bens e interesses, ao passo que as expressões propriedade e proprietário trazem ínsita a idéia de disponibilidade e alienação. Por aí se vê que os poderes normais do administrador são simplesmente de conservação e utilização dos bens confiados à sua gestão, necessitando sempre de consentimento especial do titular de tais bens e interesses para os atos de alienação, oneração, destruição e renúncia."

(Direito Administrativo Brasileiro)

A primeira constatação clara é que o serventuário como agente da administração pública não está contido na atividade econômica, o que retira a possibilidade de ser caracterizado como empregador

Os pressupostos acima - regime jurídico de servidor público, agente da administração pública, inexistência de atividade econômica - não permitem a formação de contrato de trabalho e, conseqüentemente, relação de emprego (art 82, do CC), sugerindo, em qualquer hipótese, "situações jurídicas preexistentes", que somente poderiam ser desconstituídas por regular processo legislativo, tendo a Justiça do Trabalho reconhecido a "incompetência ex ratione materiae, conforme consubstanciado através do Enunciado nº 123, do E TST, onde as situações jurídicas preexistentes, com regime jurídico próprio, no âmbito da administração pública, não são atraídas pela competência constitucional da Justiça do Trabalho

"Em se tratando de Estado ou Município, a lei que estabelece o regime jurídico (art 106 da Constituição) do servidor temporário ou contratado é a estadual ou municipal, a qual uma vez editada, apanha as situações preexistentes, fazendo cessar sua regência pelo regime trabalhista. Incompetente é a Justiça do Trabalho para julgar as reclamações ajuizadas posteriormente à vigência da lei especial "

A suscitação de temas relativos à competência é uma obrigação imposta à parte para preservar a validade da relação jurídico-processual, mas é de interesse maior da organização judiciária

A exceção de incompetência que ora se estuda merece uma atenção especial, porque se trata de situação jurídica preexistente, envolvendo ainda relação jurídica de previdência social, como seguio obrigatório, afeto ao Instituto de Previdência do Estado de São Paulo

Com o advento da CF/1988, em razão da redação dada pelo § 1º, do art 236, relativamente aos cartórios extrajudiciais, grande celeuma tem ocorrido com relação ao tema da competência, com base em pronunciamento do STF em conflito de competência e jurisdição, o mesmo se dando com relação ao STJ

Mais uma vez reiterando que a competência funcional é uma questão, primordialmente, de política judiciária, com assento na própria organização do Estado, entendemos que pelo princípio da recepção, aplica-se à hipótese o Enunciado nº 123 do E TST, que exclui da competência da Justiça do Trabalho a apreciação de dissídios individuais e coletivos que envolvam a atividade dos notários e registros públicos, onde não se pode definir a existência de atividade econômica, onde se tem presente o regime jurídico do servidor público e onde comparece o Poder Judiciário com função fiscalizadora e disciplinadora, no mais amplo sentido

A incompetência absoluta, que exclui a prorrogação da competência, resulta de duplo aspecto *ratione personae* e *ratione materiae*

No âmbito da Justiça do Trabalho, a incompetência *ratione personae* torna-se inexpressiva, pois o Estado, quando assume o desenvolvimento da atividade econômica, a esta se submete como simples empregador

Alias, mesmo que o Estado, como empregador, adote como condição do contrato de trabalho o regime jurídico do servidor público, segundo orientação do STF, remanesce a competência da Justiça do Trabalho, que no exaurimento da prestação jurisdicional adotara o balizamento do regime jurídico de servidor público como condição do contrato de trabalho

No respeitante a incompetência *ratione materiae*, quando ausente na relação jurídica o contrato de trabalho pela existência

de regime jurídico diverso e preexistente, a Justiça do Trabalho, sem hesitação, adotou, em razão do princípio da recepção, a incompetência absoluta como está consolidado no Enunciado nº 123 do TST

Os acordãos que eventualmente enfrentaram o tema da competência em conflito de jurisdição, da lavra do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, não descaracterizam a aplicação da incompetência da Justiça do Trabalho e o vigor do Enunciado do TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Eles refletem o âmbito restrito do conflito de jurisdição e competência, que afeta a intimidade do Poder Judiciário, sem grandes repercussões no âmbito dos dissídios individuais e coletivos a serem dirimidos

O acordão do STF, por exemplo, define a competência da Justiça do Trabalho diante da disposição do art 236, da CF, quando presente na relação um contrato de trabalho

"EMENTA Conflito de Jurisdição Competência Reclamação trabalhista, movida por empregado de Ofício extrajudicial, não oficializado, do Distrito Federal contra o respectivo titular Lei nº 6 750/1979 (Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios), arts 81 e 82 A remuneração dos empregados das serventias não-oficializadas do Distrito Federal deve ser paga pelos titulares, únicos responsáveis pelas obrigações trabalhistas Os direitos dos empregados não-remunerados pelos cofres públicos, vinculados ao titular de serventia, são os previstos na legislação do trabalho A intervenção da Corregedoria-Geral da Justiça do Distrito Federal, nos referidos contratos de trabalho (Lei nº 6 750/1979, art 81, § 3º), é meramente de natureza fiscalizadora e disciplinar Constituição, arts 114 e 236 Competência da Justiça do Trabalho e não da Justiça Comum do Distrito Federal Conflito de Jurisdição conhecido, declarando-se, no caso, a competência do Tribunal Superior do Trabalho "

STF - CS nº 00069642/110 - Tribunal Pleno
Relator Ministro Néri da Silveira
Suscitante Juiz de Direito da 6ª Vara Cível de Brasília
Suscitado Tribunal Superior do Trabalho -
TST DJ de 10/04/92

Ora, o que o STF faz e apenas reafirmar o que dispõe o § 1º, do art 173, da CF que diz que o Estado, adotada a posição de mero empregador, não pode sofrer a excludente de incompetência *ex ratione personae*

Não e o caso do regime jurídico de servidor público em que se discute o princípio da recepção, pela ausência do contrato de trabalho em razão de regime jurídico preexistente

O acordão do STJ que também se origina de um conflito de jurisdição, não se presta a derogar o entendimento contido no Enunciado 123 do E TST

"PROCESSUAL CIVIL - COMPETÊNCIA - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA MOVIDA POR SERVENTUARIO DE CARTORIO EXTRAJUDICIAL NÃO OFICIALIZADO

I - O autor, serventuario de Cartorio não oficializado, via Reclamação Trabalhista dirigiu seu pedido a Justiça Laboral, postulando parcelas fundadas na Consolidação das Leis do Trabalho

II - Consoante o principio consolidado na jurisprudência do STJ, a competência é firmada pela natureza da lide delineada na inicial Incompetência do Juizo Comum para dirimir controvérsia decorrente da relação de emprego

III - Conflito conhecido para declarar-se competente a Justiça do Trabalho

STJ - CC nº 3 1556-3 - 2ª Seção

Relator Ministro Waldemar Zveiter

Suscitante Juízo de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Jabaquara - Saúde - São Paulo - SP

Suscitado 21ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo - SP
DJ de 10/05/93

Apenas solveria a questão quanto ao aspecto da incompetência *ratione personae*, mesmo porque o STJ convalida a aplicação do Enunciado nº 123 do E TST, quando, referindo-se aos cartórios extrajudiciais, interpretando a disposição do art 236, § 1º, da CF, afirma

**"RECURSO EM MANDADO DE
SEGURANÇA Nº 880-0 RS**

Relator Ministro Peçanha Martins

**EMENTA ADMINISTRATIVO E
PROCESSUAL RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE
SEGURANÇA PRAZO PRORROGAÇÃO SERVENTIA
PRIVATIZADA PODER DISCIPLINAR ART 236. PARÁGRAFO 1º
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCIPIO DA RECEPÇÃO**

1 O termo do prazo recursal, que expira em feriado, prorroga-se para o primeiro dia útil subsequente

2 Regularidade na substituição dos Desembargadores do TJRS por força da L C 54/86, do Estado do Rio Grande do Sul, que revogou a de nº 35/79

3 Permanece em vigor a legislação recepcionada pela Constituição de 1988, enquanto não regulamentado o parágrafo 1º do seu art 236, remanescendo os poderes fiscalizador e disciplinar do Judiciário sobre as serventias privatizadas daquele Estado

4 Recurso conhecido e improvido "

(in D.J.U. 15.03.1993).

Em suma, a não-promulgação de lei regulamentadora do art. 236, da CF, única capaz de alterar o regime jurídico preexistente, não autoriza a Justiça do Trabalho estabelecer competência para apreciar dissídios coletivos ou individuais, que possam envolver a atividade de notários e de registros públicos.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

PREVIDÊNCIA, IPMF E OUTROS MITOS

Zeno Simm (*)

Freqüentemente a sociedade é bombardeada com notícias (ou previsões) catastróficas a respeito da Previdência Social e então são ressuscitadas velhas teses como o fim das aposentadorias por tempo de serviço e especiais. Todavia, os fatos e argumentos trazidos nem sempre são verdadeiros, algumas vezes apresentam apenas uma face da questão e em outras criam verdadeiros mitos. Essas meias-verdades e informações tendenciosas levam a opinião pública (e mesmo alguns parlamentares bem intencionados) a uma posição nem sempre coincidente com os fatos, além de criarem contradições absolutamente incompreensíveis e inexplicáveis.

É preciso, pois, que se esclareçam certos fatos, que se mostre a realidade por trás das aparências, que sejam destruídos os mitos inconsistentes

Primeiramente, a questão das ditas "aposentadorias especiais", apontadas como uma das causas de quebra da Previdência Social. Quando se trata desse tema, geralmente são indicados os magistrados e os servidores públicos em geral. E aí já começam as inverdades

Zeno Simm

(*) Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Professor da Faculdade de Direito de Curitiba

Em segundo lugar, as aposentadorias dos servidores públicos federais em geral (tanto civis quanto militares e, por extensão, também os juizes da União) não são pagas pela Previdência Social (INSS) e sim pelos próprios órgãos a que estão vinculados integrando a folha de pagamento dos inativos. Portanto, não são (nem poderiam ser) essas aposentadorias as responsáveis pela alegada falência financeira da Previdência Social. No caso específico dos magistrados e servidores do judiciário federal, suas aposentadorias sequer comprometeriam o orçamento da União porque os respectivos valores são pagos com as dotações orçamentárias próprias do Poder Judiciário. Por sinal, o orçamento **total** do Judiciário (já compreendidas **todas** as despesas desse Poder, inclusive material de expediente, instalações, telefone, luz, remuneração do pessoal ativo e inativo etc., abrangendo o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral, a Justiça Federal, a Justiça Militar e a Justiça do Distrito Federal) em 1992 correspondeu a **menos de 0,7% do orçamento geral da União** (cerca de **0,56% em 1993**) - vale dizer, os proventos dos magistrados federais inativos consomem apenas uma **insignificante** parcela dos gastos do país, certamente incapaz de comprometer a saúde financeira do Brasil. Além disso, as custas e emolumentos devidos pelos interessados em qualquer órgão do judiciário federal não revertem para os Tribunais, mas são recolhidos pelas partes diretamente ao **Tesouro Nacional** via DARF constituindo uma fonte de receita da União extraída diretamente da atividade jurisdicional.

Também é comum dizer-se que os juizes e demais servidores federais se aposentam mais cedo (ou com menor tempo de serviço) que os segurados do Regime Geral de Previdência Social o que igualmente **não é verdade**. A Constituição Federal diz que os magistrados (de ambos os sexos) podem aposentar-se com 30 anos de serviço (art 93, VI) e que os demais servidores civis podem fazê-lo a partir dos 30 anos (se do sexo masculino) ou 25 anos de serviço (mulheres), proporcionalmente (art 40, III, "c"), enquanto que o já citado Regulamento dos Benefícios da Previdência Social-RBPS dispõe que para os demais segurados em geral a aposentadoria em regra será concedida ao segurado

que completar 30 (homens) ou 25 (mulheres) anos de serviço inclusive profissionais do magisterio (art 54 e paragrafo unico) Portanto quanto ao **tempo de serviço** os magistrados não gozam de situação privilegiada em relação aos demais segurados Ao contrario as juizas precisam ter o mesmo tempo de trabalho que os juizes enquanto que nas outras categorias ha diferença por sexo e alem disso como ja referido, os trabalhadores com direito a aposentadoria especial podem aposentar-se ate com 15 anos de serviço Diferença existe sim, mas apenas quanto ao **valor** dos proventos da inatividade dos juizes e servidores públicos, que são integrais - mas em contrapartida sua contribuição e de **12%** fixos, sobre o **total** dos seus ganhos, enquanto que os demais segurados contribuem com aliquotas que variam entre **8, 9 e 10%** (agora menos, em face da lei do IPMF) e que incidem somente **até um determinado valor dos seus ganhos** (em janeiro/94, pouco menos de CR\$ 300 000 oo), o que sem duvida **justifica** a disparidade dos beneficios quem contribui com mais, deve ter um retorno tambem maior De resto, deve ser lembrado que tanto os juizes quanto os servidores publicos possuem **restrições legais** para o exercicio de qualquer outra atividade remunerada (CF, art 93, paragrafo unico inciso I e Lei nº 8 112/90 art 117, incisos X e XVIII, respectivamente) A respeito de situações privilegiadas podem ser citadas, aqui sim as aposentadorias do aeronauta do jornalista profissional do ex-combatente e do jogador profissional de futebol (art 290 do RBPS) que, embora tambem integrantes do Regime Geral de Previdência Social-RGPS têm tratamento diferenciado em relação aos demais filiados

Ainda a este respeito, outro fato deve ser assinalado por ser intrigante (no minimo) enquanto a Constituição Federal traça os criterios basicos dentro dos quais serão concedidas as aposentadorias aos juizes (art 93 VI) aos servidores civis (art 40) e aos segurados do RGPS (art 202) com relação aos servidores militares não estabelece **nenhum critério** (deixa tudo por conta da lei ordinaria - art 42, ò 9º) e e **totalmente silente** com respeito aos parlamentares (deputados federais e senadores, que possuem regime previdenciario próprio, atraves do IPC-Instituto de Previdência dos Congressistas) Diante deste quadro, se a revisão constitucional em andamento alterar as regras de

aposentadoria de juizes e servidores civis. deverá também **fixar** as regras para os militares e congressistas, sob pena até dos cidadãos não terem conhecimento das normas que regem a inatividade desses profissionais, mormente quanto aos congressistas (porque legislam, na hipótese, em causa própria, o que reforça a necessidade da Constituição traçar as linhas básicas da matéria) - até por uma questão de transparência

Pelo exposto, é fácil concluir-se que não são as aposentadorias diferenciadas que colocam em risco as finanças previdenciárias - até porque, como demonstrado, elas não estão a cargo do Regime Geral de Previdência Social-RGPS (INSS)

Penso que também não é a aposentadoria por tempo de serviço a responsável pela alegada falência da Previdência Social Segundo dados da DATAPREV (revista "Previdência em Dados", vol 8, nº 3), em 1991 foram pagos 12 635 571 benefícios (aí incluídas as várias espécies de aposentadorias, auxílios, pensões etc), num valor total equivalente a 177 026 555 salários-mínimos, e no mesmo período a arrecadação foi igual a 264 640 567 salários-mínimos, o que dá uma média de arrecadação de 20,94 SM por benefício Apenas nos 9 Estados que compõem a região Nordeste houve deficit (24 434 788 SM arrecadados para 36 092 071 SM gastos com benefícios), sendo que no restante do país a arrecadação foi sempre superior ao valor dos benefícios em manutenção naquele ano, de sorte que, na média nacional, para cada SM gasto com benefícios recolheu-se mais 0 49 SM Portanto, a situação não é tão caótica como se propala De resto, não serve o simples argumento de que o Brasil é um dos raros países a contar com esse tipo de aposentadoria, inexistente nestes moldes na maioria das nações que têm uma Previdência Social evoluída E que em outras nações (como a Alemanha, por exemplo), ao contrário do que sucede no Brasil, o jovem não precisa começar a trabalhar aos 10 ou 14 anos de idade para completar o orçamento familiar e o aposentado recebe boa assistência médico-hospitalar, goza de descontos nos bilhetes ferroviários e em entradas como de teatros e museus e, sobretudo, ainda tem uma razoável expectativa de vida saudável ao deixar a atividade, cujos proventos são em

valor suficiente para garantir-lhe o justo e merecido descanso com dignidade, sem precisar reforçar a aposentadoria com outros ganhos. Situações diversas reclamam soluções também diversas. De resto, quando se fala em fim da aposentadoria por tempo de serviço no Brasil, deve-se falar também em **garantia do emprego** para o trabalhador. Efetivamente, num país onde a legislação trabalhista permite que as pessoas de mais idade (portanto, com maior maturidade e experiência) sejam facilmente descartadas para serem substituídas por mão-de-obra mais jovem e mais barata, não se pode abolir a aposentadoria por tempo de serviço. Ninguém ignora as extremas dificuldades por que passam os trabalhadores com mais de 45 anos de idade na busca de um emprego novo, aos quais muitas vezes não resta outro caminho a não ser a minguada aposentadoria reforçada com o trabalho em condições de subemprego. O legislador que revisará a Carta Magna deverá, antes de abolir tal forma de aposentadoria, disciplinar a garantia de emprego prevista no seu art.7º, I, há mais de 5 anos letra morta na Constituição por falta de regulamentação. Também não custa lembrar que quando se fala na extinção da aposentadoria por tempo de serviço, isso atinge **todos os segurados**, inclusive os empregadores e autônomos.

Mas há agora outro argumento irresponsável (até porque os fatos são inexplicáveis) em favor da argumentação de que a Previdência Social é **solvente** e que equipará-la a uma bomba-relógio é só mais um mito. Trata-se do célebre IPMF-Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira. Num país de provisóricidades (temos lei provisória e já tivemos uma cédula de 5 mil cruzeiros com estampa provisória) fica o medo de que este "provisório" se torne "definitivo"...

Pois bem. A Lei Complementar nº 77, de 13-7-93 (que por notável decisão do STF só pôde produzir efeitos a partir de 1º-1-94), ao criar esse imposto, buscou resguardar a massa trabalhadora e os beneficiários da Previdência Social do desfalque patrimonial que para eles representaria o pagamento do IPMF. Assim, estabeleceu (art.19, II) que as alíquotas das contribuições dos segurados à Seguridade Social ficam

reduzidas proporcionalmente ao valor do imposto de forma que haja a respectiva compensação. Logo a seguir, determinou (art. 19, IV) também que todos os benefícios pagos pelo INSS a devem ser **acrescidos** de percentual proporcional ao valor do imposto de modo que haja a respectiva compensação. Ou seja, para compensar o imposto pago, os contribuintes da Previdência Social **recolherão menos** e os beneficiários da mesma Previdência Social **receberão mais**. Em outras palavras: nestes casos, **quem vai pagar a conta é a Previdência Social!** De fato, é a Seguridade Social que vai arrecadar menos e desembolsar mais, para cobrir o imposto devido por seus segurados e por seus beneficiários. Vale dizer: a Seguridade Social arcará com boa parte do que o Tesouro Nacional receber a título de IPMF - logo ela, que é notória credora do Tesouro em razão dos débitos que para com ela tem a União! É o credor socorrendo o devedor... É certo que a norma legal dá esse tratamento apenas à parcela dos salários, remunerações, proventos e benefícios não superior a 10 salários-mínimos, porém é exatamente dentro desta faixa que se situa o maior número de salários e de benefícios (inclusive aposentadorias) do país.

Mas se a situação já é esdrúxula e incompreensível com relação aos segurados e beneficiários do INSS (RGPS), torna-se estapafúrdia em relação aos servidores públicos federais (aí podendo incluir-se os magistrados, em idêntica situação), amparados por regime previdenciário próprio. Para estes, a lei do IPMF também determinou uma redução da contribuição previdenciária e um acréscimo dos benefícios em geral (valores até 10 salários-mínimos), tudo para compensar o valor do imposto. Sucede que a contribuição do servidor (pelo menos enquanto não se constituir um "Fundo" próprio) é recolhida aos cofres da União e é o mesmo erário que paga os benefícios. Ou seja, a Fazenda receberá menos contribuição e pagará mais benefícios, para compensar o que ela própria receberá de IPMF. Vale dizer: as contas irão "zerar" e o Tesouro praticamente nada ganhará neste caso, ocorrendo um certo "empate técnico" - isto sem se considerar os custos operacionais da máquina burocrática nesse jogo de contas que quase se anulam reciprocamente.

Não bastasse isso, há ainda outros argumentos que reforçam a convicção de que a Previdência Social é solvente. Um deles é o fim (ou quase, ao menos) das fraudes. Frequentemente a imprensa noticia que a Previdência cancelou milhares de benefícios que vinham sendo pagos indevidamente, o que sem dúvida acarretou a diminuição do desembolso. Ganhou repercussão internacional a descoberta das vultosas fraudes perpetradas no Rio de Janeiro, envolvendo advogados, juizes, servidores da justiça e da previdência, procuradores do INSS etc., sendo que notícias veiculadas dão conta de que centenas de milhões de dólares (!) teriam sido pagos indevidamente pela Previdência Social, bem mais que o desfalque da "Máfia do Orçamento". Mesmo que não se recupere toda essa quantia, o fim da sangria já é altamente significativo.

Mas há ainda outro aspecto: se de um lado se estancaram esses pontos hemorrágicos, de outro aperfeiçoou-se o sistema de arrecadação, reduzindo-se a evasão fiscal, como noticia a imprensa. Neste ponto, merece especial destaque a implantação (gradativamente otimizada) do sistema (pioneirismo do Paraná) de cobrança das contribuições incidentes sobre valores pagos em processos judiciais trabalhistas, onde por décadas grassou a evasão de milhões de cruzeiros. Portanto, melhorou a arrecadação.

Então, vem a pergunta: se pagando milhões de dólares indevidamente e deixando de arrecadar valores que lhe eram devidos, a Previdência Social **não quebrou**, porque falirá agora, quando não há mais gigantescas fraudes e a arrecadação melhora? E se a situação é tão periclitante como se apregoa, não há justificativa plausível para concessões como isenção ou redução de multa para os inadimplentes!

Postas estas considerações, vêm as dúvidas: por que a sociedade é informada de apenas parte da questão, por que não se explica que os servidores civis em geral (incluindo-se os juizes) contribuem com alíquota bem maior e sobre todos os seus ganhos, por que não se esclarece que os proventos dos inativos federais não são

satisfeitos pelo INSS (RGPS), qual a razão da Seguridade Social arcar com parcela considerável do IPMF, por que alterar as regras de aposentadoria num país que leva seus filhos ao trabalho ainda crianças e que depois necessitam de uma segunda fonte de renda para não perecerem? Sobretudo, qual a razão de acenar-se com a perspectiva de quebra da Previdência Social, quando os fatos indicam o inverso? É de se esperar que nas entrelinhas das previsões pessimistas não esteja embutida a idéia de privatizar-se a previdência, ou de transferir-se a seguradoras e bancos privados a complementação do valor dos benefícios e, sobretudo, a exploração do seguro de acidentes do trabalho. A propósito, aqui cabe um parêntesis. Até 1966, tal seguro era explorado pelas seguradoras privadas, passando então (por várias circunstâncias plausíveis e socialmente justas) a ser monopólio da Previdência Social. o que até hoje não foi deglutido pelas seguradoras, por ser um rico filão. Os números mostram: em 1987, num país campeão em acidentes laborais, para um gasto de Cr\$ 11.843.851 em benefícios acidentários (igual a 2% das despesas da Previdência Social) foram arrecadados Cr\$ 23.977.347 para esse fim específico (iguais a 3,7% da receita), conforme mostra o economista Sérgio Vieira Costa (chefe da Equipe de Divulgação do INSS em Goiás) na revista "Previdência em Dados" já referida. Como lembra Wagner Balera (o jovem e ilustre professor de Direito Previdenciário na PUC-SP, Procurador, Doutor em Direito, Presidente da Associação Brasileira de Estudos de Seguridade Social e autor de excelentes artigos e livros nesta área), a privatização da previdência no Chile trouxe o tema à discussão mas ainda é prematura qualquer avaliação a respeito porque, citando o atuário Robert Myers, "antes de decorridos vinte anos de implantação, não é prudente a avaliação de qualquer plano de seguridade social". De minha parte, acompanho o posicionamento de Wladimir Novaes Martinez, para quem "a Previdência Social é propriedade dos trabalhadores contribuintes, aposentados e pensionistas, concebida como uma instituição dos ativos e inativos, cuja gestão é sub-rogada ao Estado". Efetivamente, são os trabalhadores (já compreendida toda a população economicamente ativa: empregados, empregadores, autônomos etc.), os aposentados e os pensionistas os titulares da Previdência Social, concebida esta como um sistema de seguro, baseado na solidariedade social e sem finalidade de

lucro, destinado a socorrer os segurados e seus dependentes nas vicissitudes da vida, cabendo ao Estado apenas gerir o sistema, em regime de co-gestão com os diretamente interessados (como já é hoje, por força da Constituição de 1988). E este deve ser um princípio consagrado constitucionalmente, a fim de que a lei ordinária, no futuro, não transfira à iniciativa privada a exploração do seguro social com fim lucrativo. Esta colocação traz em si, desde logo, uma indagação: se verdadeiramente a Previdência Social está financeiramente quebrada, com a arrecadação que realiza e com os benefícios que paga, sem objetivo de lucro, como ficaria um regime de seguro social explorado pela iniciativa privada com fim lucrativo? Seria aumentada a contribuição ou seriam reduzidos os benefícios? E quem garante a solvência dessas empresas? É ainda recente a lembrança da falência de várias entidades privadas que vendiam pecúlios, "aposentadorias" e outros benefícios - as quais, embora sujeitas a controle e fiscalização por parte da SUSEP, nem por isso deixaram de quebrar e de abandonar à míngua milhares de pessoas que nelas confiaram e que por longos anos canalizaram suas parcas economias para custear planos de benefícios que não se concretizaram.

Por conseguinte, quando se fala em revisão constitucional no tocante à Previdência Social, é preciso ter em mente, primeiramente, que situações diversas reclamam soluções diversas: que se critérios de aposentadoria forem revistos, devem ser revistos também os respectivos critérios de custeio; e se se pretender extinguir a aposentadoria por tempo de serviço, antes deve ser regulamentada a garantia do emprego. Mas, sobretudo, **alguns princípios devem ficar claramente insculpidos na Carta Magna**, dentre eles especialmente os seguintes: a Previdência Social tem como titulares os trabalhadores, os aposentados e os pensionistas, cabendo ao Estado apenas a co-gestão; a Previdência Social não pode ser privatizada (admitidos apenas os planos privados de complementação como hoje existentes); deve ser proibida qualquer forma de anistia, perdão ou redução de encargos ao devedor da Previdência; e principalmente, a Constituição deve fixar também as linhas básicas dos proventos da inatividade dos militares e dos congressistas.

A nível de legislação infraconstitucional, devem ser revogadas as disposições da Lei Complementar nº 77/93 que atribuem à Previdência Social os ônus correspondentes ao IPMF devido pela maior parte dos seus contribuintes e beneficiários. A propósito, quanto aos empregados a lei instituidora desse imposto sequer precisava se preocupar, porque, segundo outra norma legal vigente há 50 anos, o pagamento do salário deve ser feito ao empregado em moeda corrente do país, sob pena de considerar-se não realizado (CLT, art.463). Ora, sendo o salário pago ao obreiro em dinheiro vivo (e não por meio de cheque, crédito em conta etc.), o imposto só seria devido se o trabalhador o depositasse em conta bancária; ao contrário, recebendo sua paga em moeda corrente e dessa mesma forma pagando suas despesas, não haveria qualquer imposto. Não se pode olvidar que grande parte dos trabalhadores brasileiros, em razão da sua reduzida ou nula escolaridade, nem está habituada a trabalhar com bancos e emitir cheques, e, pelos baixos salários que recebe, nem tem como deixar dinheiro em banco, fazer aplicações financeiras, depositar em poupança etc. Assim sendo, para toda essa faixa de assalariados, a simples observância do art.463 da CLT seria suficiente para não se operar o fato gerador do IPMF.

São estes, pois, aspectos que no momento presente devem ser convenientemente ponderados, tanto pelos revisores da Constituição Federal quanto pela sociedade.

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

(COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL EM JANEIRO DE 1994)

Presidente: Juiz Ricardo Sampaio
Vice-Presidente: Juiz José Fernando Rosas
Corregedor: Juiz João Antonio Gonçalves de Moura

COMISSÃO DE REVISTA

Presidente: Juiz João Oreste Dalazen

Membros: Juiz Zeno Simm
Juiz Ney José de Freitas

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO
(COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL EM JANEIRO DE 1994)

Presidente Juiz Ricardo Sampaio
Vice-Presidente Juiz Jose Fernando Rosas
Corregedor Juiz João Antonio Gonçalves de Moura

Composição

Seção Especializada

RICARDO SAMPAIO (Presidente)
PEDRO RIBEIRO FAVARIS
CARMIEN AMINGANI
LOBIAS DE MACEDO FIIHO
JOSE MONTE NEGRO ANTIFRO
JOÃO ANTONIO GONÇALVES DE MOURA
IRNESTO TRIVIZAN (Representante dos Trabalhadores)
LAURO SILVEIRA DE FIIHO (Representante dos Empregadores)
JOSE FERNANDO ROSAS
PRITINATO PENNAFORT TABORDA RIBAS NETTO
JOAO ORSITTI DA SILVA

1ª Turma

PRITINATO PENNAFORT TABORDA RIBAS NETTO (Presidente)
MANOEL ANTONIO FERREIRA FIIHO
ZENO SIMI
IVERSON MANOEL FERREIRA ROCHA (Representante dos Trabalhadores)
Suplente SANTIAGO GONÇALVES
SILVONI SERGIO PIOVISSAN (Representante dos Empregadores)

2ª Turma

JOSE MONTE NEGRO ANTIFRO
CARMIEN AMINGANI
ALBERTO MANENTI
IRNESTO TRIVIZAN (Representante dos Trabalhadores)
LAURO SILVEIRA DE FIIHO (Representante dos Empregadores)
Suplente LUIZ FERNANDO ZORNIG FIIHO

3ª Turma

JOAO ORSITTI DA SILVA
FUCI DISSACIDIS ROCHA
WANDA SANHUCARDOSO DA SILVA
ARNALDO FERREIRA (Representante dos Trabalhadores)
CEAUDIO SIILO (Representante dos Empregadores)

4ª Turma

LOBIAS DE MACEDO FIIHO (Presidente)
LAURIMC MAROSKI
FERNANDO FIIOONO
CARLOS BUCK (Representante dos Trabalhadores)
FERNANDO RIBAS AMALONAS DE ALMEIDA (Representante dos Empregadores)
Suplente ANIBAL BONDCARNEIRO

5ª Turma

PEDRO RIBEIRO FAVARIS (Presidente)
ADRIANA NUCCIPALIS CRUZ
LUIZ LUIZI HAJMUSSI
JUVENAL PEDRO CIM (Representante dos Trabalhadores)
JOAO LUIZ RODRIGUES BISCAYA (Representante dos Empregadores)

**JUIZES DO TRABALHO PRESIDENTES DE
JCJs
(Situação em janeiro de 1994)**

JCJ DE
APUCARANA
Vago
JCJ DE ARAUCÁRIA
Eneida Cornél
JCJ DE ASSIS
CHATEAUBRIAND
Luiz Alves
1º JCJ DE
CASCATEL
Geyra Medeiros da
Hora
2º JCJ DE
CASCATEL
Vago
JCJ DE CAMPO
MOURÃO
Vago
JCJ DE CIANORTE
Sueli Gil El-Rafih
JCJ DE CORNÉLIO
PROCOPIO
Vago
1º JCJ DE CURITIBA
Marco Antônio Vianna
Mansur
2º JCJ DE CURITIBA
Luiz Eduardo Gunther
3º JCJ DE CURITIBA
Altino Pedrozo dos
Santos
4º JCJ DE CURITIBA
Rubens Edgard
Tiemann
5º JCJ DE CURITIBA
Arnor Lima Neto
6º JCJ DE CURITIBA
Stélio Olivé Malhadas
7º JCJ DE CURITIBA
Dirceu Buys Pinto
Júnior
8º JCJ DE CURITIBA
Rosemarie Diedrichs
Pimpão
9º JCJ DE CURITIBA
Roberto Dala Barba
10º JCJ DE
CURITIBA
Fátima T. Lora Ledra
Machado

11º JCJ DE
CURITIBA
Márcio Dionísio
Gapski
12º JCJ DE
CURITIBA
Luiz Celso Napp
13º JCJ DE
CURITIBA
Flávia Angélica Bello
do Amaral
14º JCJ DE
CURITIBA
Ana Carolina Zaina
15º JCJ DE
CURITIBA
Terezinha Salet
Adamshuk
16º JCJ DE
CURITIBA
Márcia T. Fuverli
Sugimatsu
17º JCJ DE
CURITIBA
Ney José de Freitas
18º JCJ DE
CURITIBA
Rosalie Michaele
Bacila Batista
1º JCJ DE FOZ DO
IGUAÇU
Vago
2º JCJ DE FOZ DO
IGUAÇU
Paulo Ricardo Pozzolo
JCJ DE FRANCISCO
BELTRÃO
Ilse Marcelina
Bernardi Lora
1º JCJ DE
GUARAPUAVA
Archimedes Castro
Campos
2º JCJ DE
GUARAPUAVA
Gabriel Zandonai

JCJ DE IVAIPORÃ
Péricles Ferreira
Côrtes
JCJ DE
JACARFZINHO
Roberto Pereira
JCJ DE
JAGUARIAÍVA
Sandra Maria da Costa
Ressel
JCJ DE
LARANJEIRAS DO
SUL
Vago
1º JCJ DE
LONDRINA
Dinaura Godinho
Pimentel Gomes
2º JCJ DE
LONDRINA
Francisco Roberto
Ermel
3º JCJ DE
LONDRINA
Mária Hercília
Horácio Stawinski
4º JCJ DE
LONDRINA
Eliane de Sá Marsiglia
5º JCJ DE
LONDRINA
Manoel Vinicius
Oliveira
JCJ DE MAL.
CÂNDIDO RONDON
Carlos Henrique O.
Mendonça
1º JCJ DE MARINGÁ
Claudia Cristina
Pereira

2º JCJ DE MARINGÁ
Nacif Alcure Neto
3º JCJ DE MARINGÁ
Edmilson Antônio de
Lima
4º JCJ DE MARINGÁ
Neide Alves dos Santos
JCJ DE
PARANAGUÁ
Arion Mazurkevic
JCJ DE PARANAVAÍ
Adayde Santos Cecone
JCJ DE PATO
BRANCO
Karin Boehler
1º JCJ DE PONTA
GROSSA
Nair Maria Ramos
Gubert
2º JCJ DE PONTA
GROSSA
Carlos Fernando
Zarpellon
JCJ DE ROLÂNDIA
Cassio Colombo
JCJ DE SÃO JOSÉ
DOS PINHAIS
Aracy Negrão Pereira
Dius
JCJ DE TOLEDO
Adilson Luiz Funez
JCJ DE UMUARAMA
Mª Walkiria
Cavalcanti Brizoto
JCJ DE UNIÃO DA
VITÓRIA
Célio Horst Waldraff
JCJ DE
WENCESLAU BRAZ
Ney Fernando Olivé
Malhadas

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS(*)

(Situação em janeiro de 1994)

Elder de Souza Pedroza
Sérgio Guimarães Sampaio
Irã Alves dos Santos
Neide Akiko Fugivala Pedrosa
Lisete Valsecchi Fávaro
Odete Grasselli
Morgana de Almeida
Valdecir Edson Fossatti
Aparecido Sérgio Bistafa
Rosiris Rodrigues de Almeida Amado Ribeiro
Mauro César Soares Pacheco
Sueli Filippetto
Silvana Souza Netto Mandalozzo
Reginaldo Melhado
Janete do Amarante
Antonio César Andrade
Lisiane Sanson Pasetti
Eduardo Milléo Baracat
Marcos Eliseu Ortega
Marcus Aurélio Lopes

(*) Ordem de Antigüidade

