

TRT PR

ESCOLA JUDICIAL

Ano 7

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

70

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

é de circulação dirigida as instituições voltadas
à área jurídica e afins, no Brasil e no Exterior:

- A ANAMATRA - BRASÍLIA
- AMATRA IX - ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO - 9ª REGIÃO
- BIBLIOTECA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - BRASÍLIA
- BIBLIOTECA NACIONAL - RIO DE JANEIRO - RJ
- CÂMARA DOS DEPUTADOS - BRASÍLIA
- CASA CIVIL - CURITIBA
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - RIO DE JANEIRO
- ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL
- FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA - CURITIBA
- FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - CURITIBA
- FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO PARANÁ - CURITIBA
- INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO PARANÁ - CURITIBA
- MINISTÉRIO DO TRABALHO - BRASÍLIA
- NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA - UTP - CURITIBA
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - BRASÍLIA
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE CURITIBA
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA-PUC - CURITIBA
- PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO - BRASÍLIA
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - BRASÍLIA
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - BRASÍLIA
- TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO (23 REGIÕES)
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 2ª REGIÃO - PR
- UNIVERSIDADE TUIUTI DO PARANÁ - CURITIBA
- UNIVERSIDADES FEDERAIS - BRASIL
- UNIVERSIDADES ESTADUAIS - BRASIL

EXTERIOR

- FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES - ARGENTINA
- FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA - ITÁLIA
- PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO - CHILE
- UNIVERSIDAD COMPLUTENSE - MADRID - ESPAÑA
- LIBRARY OF CONGRESS - WASHINGTON, EUA
- UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA - MONTEVIDEO - URUGUAY
- ILO - INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION - OIT - GENEBRA
- FACULDADE DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE LISBOA - PORTUGAL

A REVISTA
DO TRIBUNAL
REGIONAL
DO TRABALHO
DA 9ª REGIÃO

DOCTRINA

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546
Diretora do Serviço de Biblioteca e Jurisprudência

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região/Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região / Escola Judicial.

v. 1, n. 1, 1976. - Curitiba, 1976 --

Semestral até o v. 16, n.2, 1991.

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

Semestral a partir do v. 21, n.1, 1996 até o v. 26, n. 2, 2001

Semestral com numeração contínua a partir do ano 27 n. 47, 2002

Edição Comemorativa de 2003, v. 28, nº 50, somente em CD-ROM

ISSN-0100-5448

CCN-0685/7-8

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

2.ed. CDU: 34:331(05)

CDD: 341.605

Os artigos publicados são reproduções fiéis dos originais enviados pelos autores.

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

Distribuição dirigida

Correspondência

periodico@trt9.gov.br

Av. Vicente Machado, nº 147

Edifício Administrativo - Fone 3310-7464

CEP 80420-010 - Curitiba - PR

APRESENTAÇÃO

A Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que ora se abre à comunidade jurídica em geral, nesta edição de número 69 (Ano 37) vem honrar o cumprimento de seu objetivo precípua de divulgar artigos doutrinários a todos os que se interessam pela construção de um pensamento crítico, jurídico ou não, mas especialmente relacionado com o Direito do Trabalho.

Reúnem-se nesta edição textos de relevância indiscutível para a temática do processo e de sua efetividade, bem como escritos que transitam desde a aplicação de princípios e valores fundamentais à garantia de uma vida digna ao ser humano, em geral, e ao ser trabalhador, que se descobre envolto em uma relação contratual de trabalho e nela necessita permanecer, até formulações que transcendem essa relação contratual para sustentar não apenas a dignidade da vida, mas também a dignidade da morte.

Evidenciando a variedade de enfoques multidisciplinares, a presente edição contempla estudos voltados à Sociologia do Direito para investigar os agentes da Justiça brasileira; à Psicanálise, para explorar as fronteiras entre esse ramo e o Direito quando se trata de enfrentar a possível prática de suicídio assistido; ao Direito Constitucional para discorrer sobre a temática do sigilo, à luz da obra “o processo”, de Kafka e à luz dos princípios constitucionais brasileiros; ao Direito Material do Trabalho para analisar a condição do empregado portador do HIV e seu direito à continuidade no emprego; por fim, à execução no processo do trabalho para questionar, primeiro, o cabimento do princípio da execução menos gravosa ao devedor, sob o enfoque do princípio da efetividade e, ainda, o uso da fotografia digital e do vídeo digital como meios de prova no processo, além de critérios para incidência de taxa Selic e multa a partir de uma leitura constitucional e a inevitabilidade da negociação coletiva no setor público.

Em nome da Escola Judicial deste Tribunal do Trabalho da 9ª Região, enaltecem-se a todos os que generosamente colaboraram, sob

todos os modos e graus, com a construção deste espaço de ideias que muito honra esta instituição.

A todos os profundos agradecimentos e os votos de agradável e proveitosa leitura.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Diretora da Escola Judicial

P R E S E N T A T I O N

The Magazine of the Regional Court of Labor of the 9th Region, which is hereupon open to the legal community in general, in this issue of number 69 (Year 37) hereby honors the fulfillment of its primary purpose to disclose doctrinal articles to everyone who is interested in building critical thinking, legal or not, but especially related to the Labor Law.

This edition gathers texts of unarguable relevance for the theme of the process and its effectiveness, as well as writings that range from the application of fundamental principles and values to ensure a worthy life to the human being in general, and to the worker, who is found covered by a contractual labor relationship and needs to remain in it, to formulations that transcend this contractual relationship to support not only the dignity of life, but also the dignity of death.

Evidencing the variety of multidisciplinary focus, the present issue contemplates studies aimed at the Sociology of the Law in order to investigate the agents of the Brazilian Justice; at the Psychoanalysis, to explore the frontiers between this field and the Law when it comes to facing the potential practice of assisted suicide; at the Constitutional Law, in order to talk about the theme of secrecy in light of the work “The process”, by Kafka and in light of the Brazilian constitutional principles; at the Material Right to Work in order to analyze the condition of the HIV positive employee and his/her right to remain in the job; lastly, at the execution in the work process in order to question, primarily, the adequacy of the principle of execution less burdensome to the debtor, under the principle of effectiveness, and, also, the use of digital photography and digital video as means of process evidence, in addition to criteria for incurrence of Selic rate and fine from a constitutional reading and the inevitability of the collective negotiation in the public sector.

On behalf of the Legal School of this Labor Court of the 9th Region, all of the generous collaborators are endeared, by all means and

degrees, from the construction of this space for ideas, which is a high honor to this institution.

To everyone, we express our most deep appreciation, and the vows of a pleasant and fruitful reading.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Principal of the Legal School

PRESENTACIÓN

La Revista del Tribunal Regional del Trabajo de la 9ª Región, que aquí se abre a la comunidad jurídica en general, en esta edición de número 69 (Año 37) viene a honrar el cumplimiento de su objetivo precípua de divulgar artículos doctrinarios a todos los que se interesan por la construcción de un pensamiento crítico, jurídico o no, pero especialmente relacionado con el Derecho del Trabajo.

En esta edición se reúnen textos de relevancia indiscutible para la temática del proceso y de su efectividad, así como escritos que transitan desde la aplicación de principios y valores fundamentales para la garantía de una vida digna para el ser humano, en general, y al ser trabajador, que se descubre envuelto en una relación contractual de trabajo y necesita permanecer en la misma, hasta formulaciones que trascienden esa relación contractual para sustentar no sólo la dignidad de la vida, sino también la dignidad de la muerte.

Evidenciando la variedad de enfoques multidisciplinarios, la presente edición contempla estudios dirigidos a la Sociología del Derecho para investigar los agentes de la Justicia brasileña; al Psicoanálisis, para explorar las fronteras entre este ramo y el Derecho cuando se trata de enfrentar la posible práctica de suicidio asistido; al Derecho Constitucional para discurrir sobre la temática del sigilo, a la luz de la obra “el proceso”, de Kafka y a la luz de los principios constitucionales brasileños; al Derecho Material del Trabajo para analizar la condición del empleado portador del HIV y su derecho a la continuidad en el empleo; finalmente, a la ejecución en el proceso del trabajo para cuestionar, primero, el cabimiento del principio de la ejecución menos gravosa al deudor, bajo el enfoque del principio de la efectividad y, también, el uso de la fotografía digital y del video digital como medios de prueba en el proceso, además de los criterios para la incidencia de tasa Selic y multa a partir de una lectura constitucional y la inevitabilidad de la negociación colectiva en el sector público.

En nombre de la Escuela Judicial de este Tribunal del Trabajo de la 9ª Región, se enaltecen a todos los que generosamente colaboraron, a través todos los modos y grados, con la construcción de este espacio de ideas que tanto honra esta institución.

A todos, los profundos agradecimientos y los votos de una agradable y fructuosa lectura.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Directora de la Escuela Judicial

PRÉSENTATION

Le Magazine de La Cour Régionale du Travail de la 9^e Région, que ouvre à communauté juridique en général, cet édition de numéro 69 (Année 37) elle honore le respect de son objectif principal de divulguer les articles doctrinaires à tous que s'intéressent pour la construction de la pensée critique, juridique ou pas, mais spécialement en rapport avec le Droit du Travail.

Des textes de pertinences incontestés pour la thématique du procédure et de grande efficacité vont être réunis, bien comme les écrits que transitent depuis l'application de principes et valeurs fondamentaux pour garantir une vie digne à l'être humain, en général, et à l'être de l'ouvrier, qui se découvre au milieu d'un rapport de contract de travail et a besoin de rester, même les formulations transcendant ce rapport de contract pour maintenir pas seulement la dignité de la vie, mais aussi la dignité du décès.

Mettant en scene la variété des regards multidisciplinaires, la présente édition contemple des études dirigés à la Sociologie du Droit pour enquêter les agents de la Justice Brésilienne; la Psychanalyse, pour exploiter les frontières entre ce domaine et le Droit quand s'aggit de faire face à la possible pratique du suicide assisté; au Droit Constitutionnel pour débater sur la thématique de la confidentialité, dans le contexte de l'oeuvre "le processus", de Kafka et dans le contexte des principes constitutionnels brésiliens; au Droit Matériel du Travail pour analyser la condition du salarié porteur du SIDA et son droit à la continuité dans l'emploi ; et, donc, à l'exécution du procedere du travail pour questionner, premièrement, la pertinence du principe de l'exécution moins grave au débiteur, sous le regard du principe de l'efficacité et, encore, à l'utilisation de la photographie numérique et de la vidéo numérique comme moyens d'épreuve au procedere, au-delà des critères pour l'incidence de la taxe « Selic » et d'une amende à partir d'une lecture constitutionnel et a inevitabilité de la négociation colective du secteur public.

Au nom de l'École Judiciaire de cette Cour Régionale du Travail de la 9e Région, soulignent à tous ce qui gentiment ont colaboré, sous tous les moyens et instances, avec la construction du space d'idées que honorent beaucoup cet institution.

À tous, je vous prie d'agréer mes plus sinceres salutations et je vous sohaite une agréable lecture.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Directrice de l' cole Judiciaire



CONSELHO ADMINISTRATIVO

DESEMBARGADORA MARLENE T. F. SUGUMATSU - Diretora
DESEMBARGADORA ANA CAROLINA ZAINA - Vice-Diretora

JUIZ PAULO HENRIQUE KRETZSCHMAR E CONTI - Coordenador
JUIZ EDUARDO M. BARACAT - Vice-Coordenador

DESEMBARGADORA NAIR MARIA RAMOS GUBERT
DESEMBARGADOR ARION MAZURKEVIC
DESEMBARGADOR CÁSSIO COLOMBO FILHO
JUÍZA VALÉRIA RODRIGUES FRANCO DA ROCHA
JUIZ RAFAEL GUSTAVO PALUMBO
JUIZ LOURIVAL BARÃO MARQUES FILHO
JUIZ FABRÍCIO NICOLAU DOS SANTOS NOGUEIRA
Presidente da Amatra - IX (Representante no Conselho)

Coordenação de Produção e Diagramação
Maria Cristina Navia Arzúa
Beatriz Laurentino Procek

TRIBUNAL PLENO
DESEMBARGADORES DO TRABALHO

DESEMBARGADORA ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO - *Presidente*
DESEMBARGADOR ALTINO PEDROZO DOS SANTOS - *Vice-Presidente*
DESEMBARGADOR DIRCEU BUYS PINTO JUNIOR - *Corregedor*

DESEMBARGADOR TOBIAS DE MACEDO FILHO
DESEMBARGADORA ROSALIE MICHAELE B. BATISTA
DESEMBARGADOR LUIZ EDUARDO GUNTHER
DESEMBARGADOR NEY JOSÉ DE FREITAS
DESEMBARGADOR LUIZ CELSO NAPP
DESEMBARGADOR ARNOR LIMA NETO
DESEMBARGADORA MÁRCIA DOMINGUES
DESEMBARGADORA FÁTIMA T. LORO LEDRA MACHADO
DESEMBARGADORA ANA CAROLINA ZAINA
DESEMBARGADORA MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
DESEMBARGADORA SUELI GIL EL RAFIHI
DESEMBARGADOR UBIRAJARA CARLOS MENDES
DESEMBARGADOR SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS
DESEMBARGADORA NAIR MARIA RAMOS GUBERT
DESEMBARGADOR CÉLIO HORST WALDRAFF
DESEMBARGADOR MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR
DESEMBARGADORA ENEIDA CORNEL
DESEMBARGADOR ARION MAZURKEVIC
DESEMBARGADOR BENEDITO XAVIER DA SILVA
DESEMBARGADOR ARCHIMEDES CASTRO CAMPOS JÚNIOR
DESEMBARGADOR EDMILSON ANTONIO DE LIMA
DESEMBARGADORA NEIDE ALVES DOS SANTOS
DESEMBARGADOR RICARDO TADEU M. DA FONSECA
DESEMBARGADOR FRANCISCO ROBERTO ERMEL
DESEMBARGADORA ADAYDE SANTOS CECONE
DESEMBARGADOR PAULO RICARDO POZZOLO
DESEMBARGADOR CÁSSIO COLOMBO FILHO

Órgão Especial

Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão (*Presidente*)
Desembargador Altino Pedrozo dos Santos (*Vice-Presidente*)
Desembargador Dirceu Buyz Pinto Junior (*Corregedor*)

Desembargador Tobias de Macedo Filho
Desembargadora Rosalie Michaela Bacila Batista
Desembargador Luiz Eduardo Gunther
Desembargador Ney José de Freitas (*)
Desembargador Luiz Celso Napp
Desembargador Arnos Lima Neto
Desembargadora Márcia Domingues
Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu
Desembargador Ubirajara Carlos Mendes
Desembargadora Nair Maria Ramos Gubert
Desembargadora Eneida Cornel
Desembargadora Neide Alves dos Santos

(*) Desembargador Ney José de Freitas - Afastado para exercício da função de Conselheiro no Conselho Nacional de Justiça. Convocado na cedeira a Desembargadora Fátima Teresinha Loro Ledra Machado.

Seção Especializada

Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão (*Presidente*)
Desembargador Altino Pedrozo dos Santos (*Vice-Presidente*)

Desembargador Luiz Eduardo Gunther
Desembargador Luiz Celso Napp
Desembargadora Marlene T. F. Suguimatsu
Desembargador Célio Horst Waldruff (*Presidente da Se*)
Desembargadora Eneida Cornel
Desembargador Arion Mazurkevic
Desembargador Benedito Xavier da Silva
Desembargador Edmilson Antonio de Lima
Desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca
Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo
Desembargador Cássio Colombo Filho

1ª Turma

DESEMBARGADOR EDMILSON ANTÔNIO DE LIMA (*Presidente*)

DESEMBARGADOR CÉLIO HORST WALDRAFF

DESEMBARGADORA ADAYDE SANTOS CECONE

DESEMBARGADOR PAULO RICARDO POZZOLO

2ª Turma

DESEMBARGADORA MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU (*Presidente*)

DESEMBARGADORA ANA CAROLINA ZAINA

DESEMBARGADOR RICARDO TADEU MARQUES DA FONSECA

DESEMBARGADOR CÁSSIO COLOMBO FILHO

3ª Turma

DESEMBARGADORA NEIDE ALVES DOS SANTOS (*Presidente*)

DESEMBARGADORA FÁTIMA T. L. LEDRA MACHADO

DESEMBARGADOR MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR

DESEMBARGADOR ARCHIMEDES C. CAMPOS JÚNIOR

4ª Turma

DESEMBARGADOR LUIZ CELSO NAPP (*Presidente*)

DESEMBARGADOR LUIZ EDUARDO GUNTHER

DESEMBARGADOR NEY JOSÉ DE FREITAS (*)

DESEMBARGADORA MÁRCIA DOMINGUES

5ª Turma

DESEMBARGADORA NAIR MARIA RAMOS GUBERT (*Presidente*)

DESEMBARGADORA ENEIDA CORNEL

DESEMBARGADOR ARION MAZURKEVIC

JUIZ NEY FERNANDO OLIVÉ MALHADAS (*Convocado*)

(*) *Desembargador Ney José de Freitas - Afastado para exercício da função de Conselheiro No Conselho Nacional de Justiça. Juiz Adilson Funez.*

6ª Turma

DESEMBARGADOR SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS (*Presidente*)

DESEMBARGADOR ARNOR LIMA NETO

DESEMBARGADORA SUELI GIL EL RAFIHI

DESEMBARGADOR FRANCISCO ROBERTO ERMEL

7ª Turma

DESEMBARGADORA ROSALIE MICHAELE B. BATISTA (*Presidente*)

DESEMBARGADOR TOBIAS DE MACEDO FILHO

DESEMBARGADOR UBIRAJARA CARLOS MENDES

DESEMBARGADOR BENEDITO XAVIER DA SILVA

JUÍZES TITULARES

01. Juíza Cláudia Cristina Pereira
02. Juíza Ilse Marcelina Bernardi Lora
03. Juiz Adilson Luiz Funez
04. Juiz Manoel Vinícius de Oliveira Branco
05. Juíza Gesyra Medeiros da Hora
06. Juiz Ney Fernando Olivé Malhadas
07. Juiz Carlos Henrique de Oliveira Mendonça
08. Juiz Luiz Alves
09. Juiz Sérgio Guimarães Sampaio
10. Juiz Irã Alves dos Santos
11. Juíza Odete Grasselli
12. Juíza Lisete Valsecchi Favaro
13. Juiz Valdecir Edson Fossatti
14. Juíza Morgana de Almeida Richa
15. Juiz Aparecido Sérgio Bistafa
16. Juíza Rosírís Rodrigues de A. Amado Ribeiro
17. Juiz Reginaldo Melhado
18. Juiz Mauro César Soares Pacheco
19. Juíza Suely Filippetto
20. Juíza Silvana Souza Netto Mandalozzo
21. Juíza Janete do Amarante
22. Juiz Antonio Cezar Andrade
23. Juiz Eduardo Milléo Baracat
24. Juíza Lisiane Sanson Pasetti Bordin
25. Juiz Marcus Aurélio Lopes
26. Juiz Marcos Eliseu Ortega
27. Juíza Giana Malucelli Tozetto
28. Juiz Paulo da Cunha Boal
29. Juiz José Aparecido dos Santos
30. Juíza Ana Maria das Graças Veloso
31. Juiz José Eduardo Ferreira Ramos
32. Juíza Valéria Rodrigues Franco da Rocha
33. Juíza Ziúla Cristina da Silveira Sbroglio
34. Juiz Jorge Luiz Soares de Paula
35. Juiz Waldomiro Antonio da Silva
36. Juiz Sidnei Lopes
37. Juiz Bráulio Gabriel Gusmão
38. Juíza Patrícia de Matos Lemos
39. Juíza Sandra Mara Flügel Assad
40. Juíza Audrey Mauch
41. Juiz Mauro Vasni Paroski

VARAS DO TRABALHO

- 22ª de Curitiba
- Francisco Beltrão
- 21ª de Curitiba
- 5ª de Londrina
- 5ª de Curitiba
- 23ª de Curitiba
- Irati
- 1ª de Maringá
- Cambé
- 1ª de Umuarama
- Pinhais
- 3ª de Curitiba
- 11ª de Curitiba
- 15ª de Curitiba
- 18ª de Curitiba
- 14ª de Curitiba
- 6ª de Londrina
- 19ª de Curitiba
- 6ª de Curitiba
- 3ª de Ponta Grossa
- 16ª de Curitiba
- 1ª de Curitiba
- 9ª de Curitiba
- 2ª de Curitiba
- 5ª de Maringá
- 2ª de Colombo
- 1ª de Ponta Grossa
- Rolândia
- 17ª de Curitiba
- 7ª de Curitiba
- Pato Branco
- 13ª de Curitiba
- 4ª de Londrina
- Campo Mourão
- 1ª Colombo
- 1ª de Londrina
- 4ª de Curitiba
- 10ª de Curitiba
- 12ª de Curitiba
- 1ª de São José dos Pinhais
- 7ª de Londrina

42. Juiz Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira	8 ^a de Curitiba
43. Juiz Daniel José de Almeida Pereira	2 ^a de Londrina
44. Juíza Ana Gledis T. Benatti do Valle	2 ^a de São José dos Pinhais
45. Juiz Luiz Antonio Bernardo	Nova Esperança
46. Juiz Paulo Cordeiro Mendonça	4 ^a de Maringá
47. Juiz Carlos Martins Kaminski	20 ^a de Curitiba
48. Juiz Paulo Henrique Kretzchmar e Conti	4 ^a de São José dos Pinhais
49. Juiz Leonardo Vieira Wandelli	3 ^a de São José dos Pinhais
50. Juíza Ana Cristina Patrocínio H. Irigoyen	3 ^a de Maringá
51. Juiz José Mário Kohler	1 ^a de Paranaguá
52. Juíza Marieta Jesusa da Silva Arretche	2 ^a de Guarapuava
53. Juiz João Luiz Wentz	Laranjeiras do Sul
54. Juíza Adelaine Aparecida Pelegrinello Panage	2 ^a de Maringá
55. Juíza Angela Neto Roda	Jaguariaíva
56. Juíza Sandra Mara de Oliveira Dias	2 ^a de Araucária
57. Juíza Márcia Frazão da Silva	1 ^a de Guarapuava
58. Juíza Marli Gonçalves Valeiko	1 ^a de Araucária
59. Juiz Amaury Haruo Mori	3 ^a de Londrina
60. Juiz Fernando Hoffmann	Castro
61. Juíza Susimeiry Molina Marques	2 ^a de Umuarama
62. Juíza Liane Maria David Mroczek	Arapongas
63. Juíza Helena Mitie Matsuda	2 ^a de Cornélio Procópio
64. Juíza Ana Paula Sefrin Saladini	1 ^a de Apucarana
65. Juíza Claudia Mara Pereira Gioppo	União da Vitória
66. Juiz Bento Luiz de Azambuja Moreira	2 ^a de Paranaguá
67. Juíza Emília Simeão Albino Sako	1 ^a de Cornélio Procópio
68. Juiz Daniel Rodney Weidman	3 ^a de Paranaguá
69. Juíza Simone Galan de Figueiredo	4 ^a de Ponta Grossa
70. Juíza Ana Cláudia Ribas	2 ^a de Ponta Grossa
71. Juíza Luciane Rosenau Aragon	Telêmaco Borba
72. Juiz Maurício Mazur	2 ^a de Apucarana
73. Juíza Edilaine Stinglin Caetano	Wenceslau Braz
74. Juiz James Josef Szpatowski	Santo Antônio da Platina
75. Juíza Rosângela Vidal	Palmas
76. Juiz Carlos Augusto Penteado Conte	Porecatu
77. Juíza Flávia Teixeira de Meiroz Grilo	3 ^a de Cascavel
78. Juíza Angélica Candido Nogara Slomp	3 ^a de Foz do Iguaçu
79. Juiz Antonio Marcos Garbuio	Ivaiporã
80. Patrícia Benetti Cravo	Bandeirantes
81. Érica Yumi Okimura	1 ^a de Foz do Iguaçu
82. Nancy Mahra de Medeiros Nicolas Oliveira	2 ^a de Foz do Iguaçu
83. Fabrício Sartori	Toledo

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

EXERCÍCIO

01. Juíza Anelore Rothenberger Coelho	17.03.1998
02. Juíza Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira	13.10.1998
03. Juíza Sandra Cristina Zanoni Cembraneli Correia	04.10.1999
04. Juíza Silvana Aparecida Giuste	12.02.2001
05. Juíza Graziella Carola Orgis	24.05.2002
06. Juiz Marcos Vinícius Nenevê	24.05.2002
07. Juíza Ana Maria São João Moura	24.05.2002
08. Juiz José Márcio Mantovani	24.05.2002
09. Juiz Luzivaldo Luiz Ferreira	23.09.2002
10. Juiz Julio Ricardo de Paula Amaral	14.10.2002
11. Juiz Cícero Ciro Simonini Júnior	21.10.2002
12. Juíza Gabriela Macedo Outeiro	22.11.2002
13. Juiz Pedro Celso Carmona	22.11.2002
14. Juíza Ariana Camata	13.06.2003
15. Juíza Cynthia Okamoto Gushi	07.07.2003
16. Juiz Silvio Claudio Bueno	03.11.2003
17. Juiz Luciano Augusto de Toledo Coelho	06.08.2004
18. Juiz Daniel Roberto de Oliveira	06.08.2004
19. Juiz Rafael Gustavo Palumbo	06.08.2004
20. Juiz Felipe Augusto de Magalhães Calvet	01.02.2005
21. Juíza Mariele Moya Munhoz	15.02.2005
22. Juiz Marcos Blanco	21.03.2005
23. Juiz Lourival Barão Marques Filho	28.03.2005
24. Juiz José Vinicius de Sousa Rocha	01.04.2005
25. Juiz Sandro Augusto de Souza	07.02.2006
26. Juiz Ronaldo Piazzalunga	10.02.2006
27. Juiz Alexandre Augusto Campana Pinheiro	13.09.2006
28. Juiz Kassius Stocco	13.09.2006
29. Juíza Tatiane Raquel Bastos Buquera	14.12.2006
30. Juíza Adriana Ortiz Mazzaro Vasco	27.02.2007
31. Juíza Vanessa Karam de Chueiri Sanches	03.04.2007
32. Juíza Flávia Daniele Gomes	03.04.2007
33. Juíza Karina Amariz Pires	03.04.2007
34. Juíza Kerly Cristina Nave dos Santos	03.04.2007
35. Juíza Ingrid Müzel Castellano Ayres Barreiros	03.04.2007
36. Juiz Humberto Eduardo Schimitz	03.04.2007
37. Juíza Cristiane Sloboda	03.04.2007
38. Juíza Luciene Cristina Bascheira Sakuma	03.04.2007
39. Juíza Paula Regina Rodrigues Matheus Wandelli	03.04.2007
40. Juíza Karla Grace Mesquita Izídio	01.06.2007
41. Juiz Daniel Corrêa Polak	23.10.2007
42. Juiz Fábio Alessandro Palagano Francisco	18.01.2008

43. Juíza Fernanda Hilzendeger Marcon	18.04.2008
44. Juiz José Alexandre Barra Valente	18.04.2008
45. Juiz Giancarlo Ribeiro Mroczek	18.04.2008
46. Juíza Camila Campos de Almeida	18.04.2008
47. Juiz Fábio Adriano de Freitas	18.04.2008
48. Juiz Leonardo Gomes de Castro Pereira	18.04.2008
49. Juiz Sidnei Claudio Bueno	18.04.2008
50. Juiz Márcio Antonio de Paula	18.04.2008
51. Juíza Yumi Saruwatari Yamaki	14.07.2008
52. Juiz Everton Gonçalves Dutra	22.08.2008
53. Juíza Michele Lermen Scottá	22.08.2008
54. Juíza Célia Regina Marcon Leindorf	19.09.2008
55. Juiz Ariel Szymanek	06.10.2008
56. Juiz Marlos Augusto Melek	18.12.2008
57. Juiz Roberto Joaquim de Souza	24.04.2009
58. Juíza Jocelia Mara Martins Samaha	26.06.2009
59. Juíza Edinéia Carla Poganski Broch	17.07.2009
60. Juíza Patrícia Tostes Poli	17.07.2009
61. Juíza Camila Gabriela Greber Caldas.	25.09.2009
62. Juiz Sandro Antonio dos Santos	25.09.2009
63. Juiz Roberto Dala Barba Filho	25.09.2009
64. Juíza Samanta Alves Roder	25.09.2009
65. Juiz Cláudio Salgado	03.03.2010
66. Juiz Ricardo José Fernandes de Campos	10.03.2010
67. Juiz Rodrigo da Costa Claser	08.11.2010
68. Juíza Éster Alves de Lima	07.12.2010
69. Juiz Paulo Possebom de Freitas	07.12.2010
70. Juíza Izabel Maria Bueno Amorim	07.12.2010
71. Juiz Edson Takeshi Assahide	07.12.2010
72. Juiz Paulo José Oliveira de Nadai	24.05.2011
73. Juiz Moacir Antonio Olivo	11.07.2011
74. Juíza Isabella Braga Alves	01.08.2011
75. Sibebe Rosi Moleta	12.03.2012
76. Fabiano Gomes de Oliveira	28.03.2012
77. Jeronimo Borges Pundeck	02.05.2012
78. Lecir Maria Scalassara Alencar	08.05.2012
79. Lorena de Mello Rezende Colnago	29.04.2013
80. Hamilton Hourneaux Pompeu	29.04.2013
81. Michele Fernanda Bortolin	29.04.2013
82. Osmar Rodrigues Brandão	29.04.2013
83. Ilina Maria Jurema Maracajá Coutinho	29.04.2013
84. Bárbara Fagundes	29.04.2013

Fonte: maio/2013 - http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=5&pagina=INICIAL

SUMÁRIO

A EXECUÇÃO TRABALHISTA NÃO SE SUBMETE AO PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO MENOS GRAVOSA: UM OLHAR COM OLHAR CONTEMPORÂNEO PARA A EXECUÇÃO TRABALHISTA EFETIVA Ben-Hur Silveira Claus	335
A INEVITABILIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO Enoque Ribeiro dos Santos / Bernardo Cunha Farina	359
A INSERÇÃO DA FOTOGRAFIA DIGITAL E DO VÍDEO DIGITAL NO MUNDO JURÍDICO Cláudio Luís Yuki Fuzino	411
O PROBLEMA DO SIGILO NA OBRA “O PROCESSO” DE KAFKA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS Luiz Eduardo Gunther	421
FOTOGRAFIA DIGITAL COMO PROVA NO PROCESSO - ASPECTOS TECNOLÓGICOS Juliana Cristina Busnardo Augusto de Araujo.....	439
SOCIOLOGIA E DIREITO: OS AGENTES DA JUSTIÇA BRASILEIRA EM FOCO Juliana Grael Artigosso Franco	457
DIREITO A CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli / Chayene Tayze Maculia Oliveira / Silvana Souza Netto Mandalozzo	469

“SUICÍDIO ASSISTIDO: A NOVA “PENA DE MORTE” INDUZIDA PELA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA? UMA ANÁLISE NA FRONTEIRA ENTRE DIREITO E PSICANÁLISE” Silvane Maria MARCHESINI.....	495
<i>DIES A QUO</i> PARA A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC E MULTA: UMA LEITURA CONSTITUCIONAL Tereza Aparecida Asta Gemignani	521

**A EXECUÇÃO TRABALHISTA NÃO SE SUBMETE AO
PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO MENOS GRAVOSA:
UM OLHAR COM OLHAR CONTEMPORÂNEO PARA A
EXECUÇÃO TRABALHISTA EFETIVA**

**THE LABOR EXECUTION IS SUBJECT TO THE PRINCIPLE
OF LESS ONEROUS EXECUTION: A CONTEMPORARY LOOK
FOR EFFECTIVE LABOR EXECUTION**

Ben-Hur Silveira Claus¹

“...prevalece até hoje, herdado do processo civil, o devedor, que comprovadamente não tem dinheiro (tanto assim que foi condenado) em detrimento de quem, reconhecidamente, está amparado por ele”.

Wagner D. Giglio

RESUMO

O presente artigo fundamenta a proposição teórica de inaplicabilidade subsidiária do princípio da execução menos gravosa do processo do trabalho. Trata-se de uma proposta de superação do paradigma teórico civil de que a execução deve ser realizada pelo modo menos oneroso para o executado, condição de possibilidade para a efetividade da execução trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE

Efetividade da jurisdição. Execução trabalhista. Execução efetiva. Princípio da execução mais eficaz. Princípio da execução menos gravosa. Processo de resultado.

¹ Juiz do Trabalho da Vara do Trabalho de Carazinho-RS, 4ª Região. Mestre em Direito pela Unisinos

ABSTRACT

This paper substantiates the theoretical proposition of subsidiary inapplicability of the principle of less onerous execution in the labor process. This is a proposal to overcome the theoretical paradigm than civil execution should be performed by a less onerous way to the executed, condition of possibility for the effectiveness of labor execution.

KEYWORDS

Effectiveness of jurisdiction. Labor execution. Effective execution. Principle of more efficient execution. Principle of less onerous execution. Process result.

INTRODUÇÃO

Uma das mais nocivas influências do direito processual civil no direito processual do trabalho decorre da aplicação do princípio da execução menos gravosa no âmbito da execução trabalhista.

A invocação desse princípio tem servido para justificar diversas restrições que costumam ser opostas ao cumprimento das decisões judiciais; como se as decisões judiciais pudessem ter o seu cumprimento adiado por sucessivos argumentos vinculados ao invocado direito a uma execução menos onerosa para o devedor. Um estudo consequente sobre o déficit de efetividade na execução não pode ser realizado senão mediante o reconhecimento das deformações que esse princípio acarreta à cultura jurídica da execução da sentença, em especial no processo do trabalho, mas também no processo civil.

Essa questão estava presente nas cogitações de *Wagner D. Giglio* (2003, p. 146) quando, em 2003, o autor identificava as causas da falta de efetividade da execução trabalhista. Depois referir que *Luigi de Litala* já alertava, no início da década de 1940, que o processo de execução era feito mais para a tutela do devedor do que do credor, o processualismo paulista constata que o princípio da execução menos onerosa é uma herança do processo civil que compromete a eficácia do processo do trabalho: “[...]”

protege-se o devedor, que comprovadamente não tem direito (tanto assim que foi condenado), em detrimento de quem, reconhecidamente, está amparado por ele”.

Na afirmação de que a execução trabalhista não se submete ao princípio da menor gravosidade prevista no art. 620 do CPC está pressuposta uma doutrina comprometida com a efetividade da execução trabalhista, sob inspiração da garantia constitucional da jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV) e da garantia constitucional da duração razoável do processo do trabalho (CF, art. 5º, LXXVIII), ambas qualificadas pelo conteúdo ético que o princípio da proteção irradia para o direito material do trabalho numa sociedade marcada por severa desigualdade social.

Não se trata de uma postulação teórica original.

Se diversos doutrinadores sustentam seja mitigada a aplicação do princípio da execução menos onerosa, vários juristas já passaram asustentar a inaplicabilidade do art. 620 do CPC à execução trabalhista. Essa última doutrina encontra-se, por exemplo, na obra de *José Augusto Rodrigues Pinto* (2003, p. 213). Ao lado do jurista baiano, estão juristas de expressão: *Antônio Álvares da Silva*, *Sérgio Pinto Martins*, *Carlos Henrique Bezerra Leite*, *Cláudio Armando Couce de Menezes* e *José Carlos Külzer*, entre outros.

O presente artigo constitui um modesto aporte teórico para que façamos a execução trabalhista de forma mais eficaz. Essa preocupação sempre motivou a obra de *Wagner D. Giglio* (2003, p. 147): “Uma reforma ideal do processo trabalhista abandonaria o dogma da igualdade das partes e adotaria, na execução, o princípio da execução mais eficaz, em substituição ao da execução menos onerosa”.

A preocupação de *Wagner D. Giglio* é a nossa inspiração.

1. A execução perdeu eficácia quando passou a ser patrimonial

A execução humanizou-se quando deixou de ser corporal e passou a ser patrimonial. A legislação viria a consagrar a exigência da nova consciência jurídica que se formara sob a inspiração do cristianismo: já não era mais possível admitir a crueldade da execução corporal do executado,

que permitia aos credores escravizar o executado, repartir seu corpo e até exigir a morte do devedor. A *Lex Poetelia*² é um símbolo dessa viragem hermenêutica humanizadora.

Contudo, é inegável que a eficácia da execução diminuiu com o advento de seu novo perfil, de natureza patrimonial. Isso por que o êxito da execução passou a depender da existência de patrimônio do executado. Porém, não só da existência de patrimônio, mas também do registro desse patrimônio em nome do executado e da própria localização dos respectivos bens. Se era a ocultação da pessoa de executado à época da execução corporal, bem mais fácil tornar-se-ia a ocultação de patrimônio com o advento da execução patrimonial, dando ensejo a simulações e fraudes, que ainda hoje caracterizam a execução, sobretudo nos países de sistema jurídico de *civil law*. Aliás, quando se trata de efetividade da jurisdição, é inevitável dirigir o olhar à experiência dos países do sistema de *common law* no que respeita à eficácia lá alcançada no cumprimento das decisões judiciais.³

É fácil perceber que determinada perda de eficácia seria inevitável com o advento da execução de natureza patrimonial. As execuções mais eficazes sempre foram aquelas que autorizam a prisão do executado, como é o caso clássico da execução da obrigação de prestar alimentos devidos em face do direito de família. A cultura que se criou na sociedade é a de que não se pode dever alimentos. É por isso que o executado dá um jeito de pagar: para evitar a persuasiva sanção da prisão civil.

É a natureza corporal da sanção que confere eficácia à execução de alimentos. Nesses casos, a iminência da prisão civil do obrigado opera como fator de eficaz persuasão. O mesmo ocorria no caso de depositário infiel até

² Antes da *Lex Poetelia* (século V), a Lei das XII Tábuas autorizava o credor a escravizar e até matar o devedor.

³ “Convém salientar a extraordinária e temível eficácia das decisões da justiça inglesa que não podem ser ridicularizadas, não havendo nenhuma exceção a esse princípio. Os tribunais recorrem para a execução das suas decisões a verdadeiras *ordens* que, se não são respeitadas, são passíveis de sanções muito severas (*contempto f court*), podendo chegar até a prisão”. (SÉROUSSI, 2006, p.24, grifo nosso).

o advento da Súmula Vinculante nº 25 do STF⁴. A referida súmula veio a fragilizar a autoridade na relação com o depósito que desrespeita o encargo de direito público que, para permanecer na posse do bem penhorado, assume perante o Poder Judiciário ao ser nomeado depositário.⁵ Se faltava argumento para remover de imediato o bem penhorado ao leiloeiro judicial, a Súmula Vinculante nº 25 do STF tornou indubitosa a necessidade da remoção do bem penhorado, sob pena de placitar-se a conduta ilícita do depositário infiel que não apresenta o bem penhorado ao juízo.

A crueldade com a qual o credor podia tratar o devedor não encontra qualquer possibilidade de repristinação diante da consagração dos direitos fundamentais. Contudo, uma reflexão consequente acerca da baixa efetividade da execução passa pelo reconhecimento de que o potencial de coerção na execução aumenta quando se combina a execução de natureza patrimonial, com aquela de natureza pessoal, em determinadas situações, caracterizadas quando o crédito goza de privilégio jurídico especial, como é o caso da pensão de alimentícia do direito de família e como parece deva ser também o caso do crédito trabalhista, cuja natureza alimentar é reconhecida de forma pacífica (CF, art. 100, § 1º).⁶

⁴ Súmula Vinculante nº 25 do STF: “É ILÍCITA A PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DO DEPÓSITO”.

⁵ Entre os enunciados propositivos da Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho realizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho - Anamatra, em novembro de 2010, em Cuiabá - MT está a proposta de revisão parcial da Súmula Vinculante nº 25 do STF, nos seguintes termos: PRISÃO POR ‘CONTEMPT OF COURT’ NO PROCESSO DO TRABALHO. PRISÃO DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL ECONOMICAMENTE CAPAZ. POSSIBILIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE REVISÃO PARCIAL DA SÚMULA VINCULANTE Nº 25 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). A prisão civil do depósito judicial economicamente capaz, por estar autorizada pela norma do art. 5º, LXVI, parte final, da Constituição Federal, não se resume à mera ‘prisão civil por dívida’. Tem natureza bifronte, consubstanciando também medida de defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário, à maneira de ‘contempt of court’, o que não está vedado pelo Pacto de San José de Costa Rica”.

⁶ CF, “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estadual, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§1º. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais

Neste particular, a sempre corajosa doutrina de *Ovídio A. Baptista da Silva* deve ser trazida à colação. Ao criticar a monetarização das sentenças mandamentais através da multa como único instrumento de persuasão para induzir o obrigado ao cumprimento de sua obrigação, o processualista propõe o resgate da *categoria dos deveres* como forma de recuperação da autoridade de nosso sistema judiciário, identificado na ameaça de prisão do obrigado um meio próprio para exigir o cumprimento da obrigação mandamental: “A sociedade humana em que a ameaça de prisão perde a condição de meio coercitivo, capaz de induzir ao cumprimento da ordem contida na sentença, obrigando a que se recorra à multa, como único instrumento capaz de dobrar a resistência de obrigado, é uma comunidade humana individualista e mercantilizada que perdeu o respeito pelos valores mais fundamentais da convivência social, como o autorespeito e a pessoal, transformada, afinal na ‘grande sociedade’, em que o único dispositivo capaz de assegurar a observância das regras jurídicas é a sua monetarização. Submeter-se à prisão poderá, quem sabe, ser até um fato jornalístico que acabará glorificando o gesto de heroísmo e rebeldia” (2004, p.200)

Nada obstante o tema do presente artigo seja a inaplicabilidade do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho, a reflexão agora proposta serve de aporte crítico para o debate que se propõe, porquanto a aplicação do princípio da execução menos onerosa ao processo do trabalho tem contribuído para o enfraquecimento da execução trabalhista, quando o resgate da efetividade da execução reclama crescente poder de coerção jurisdicional na exigência do cumprimento das decisões judiciais trabalhistas.

2. Um princípio sob questionamento no próprio processo civil

O princípio da execução menos gravosa encontra-se sob interrogação no próprio processo civil, tamanhos são os prejuízos que causa

débitos, exceto aqueles referentes no § 2º deste artigo.”

à efetividade. Neste particular, a eloquente crítica que *Cândido Rangel Dinamarco* desenvolve acerca das distorções que a aplicação do art. 620 do CPC provoca na execução civil faz lembrar a afirmação do magistrado trabalhista *Marcelo Neves Fava* (2009, p. 156) no sentido de que o art. 620 do CPC não pode ser lido como uma carta aberta de alforria. Não pode, mas tem sido assim, especialmente no processo civil, mas muitas vezes também no processo do trabalho.

O ilustre processualismo civil, escrevendo após mais de trinta anos de vigência do CPC Buzaid e sob o peso da ineficácia da maior obra da Escola Processual Paulista, reconhece os prejuízos que a referida norma do art. 620 do CPC tem causado à efetividade da execução civil, postulando a revisão da forma abusiva com que se tem invocado, compreendido e aplicado o princípio da execução menos gravosa no processo civil.

[...] as generosidades em face do executado não devem mascarar um descaso em relação ao dever de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver um direito insatisfeito, sob pena de afrouxamento do sistema executivo. É preciso distinguir entre o *devedor infeliz e de boa-fé*, que vai ao desastre patrimonial em razão de involuntárias circunstâncias da vida ou dos negócios (Rubens Requião), e o caloteiro *chicanista*, que se vale das formas do processo executivo e da benevolência dos juízes como instrumento a serviço de suas falcatruas. Infelizmente, essas práticas são cada vez mais frequentes nos dias de hoje, quando raramente se vê uma execução civil chegar ao fim, com a satisfação do credor (DINAMARCO, 2009, p.063)

Dinamarco (2009, p. 63) é enfático quanto à necessidade de alterar a cultura de descumprimento das decisões judiciais no processo civil, propondo que se utilize o método mais eficaz para realizar a execução. Isso sob pena de inviabilizar-se o próprio sistema judiciário e de frustrar

o compromisso constitucional de acesso à jurisdição efetiva - porquanto jurisdição efetiva pressupõe execução efetiva:

Quando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos. A regra do art. 620 não pode ser manipulada como um escudo a serviço dos maus pagadores nem como um modo de renunciar o Estado-Juiz a cumprir seu dever de oferecer tutelas jurisdicionais adequadas e integrais sempre que possível. A triste realidade da execução burocrática e condescendente, que ao longo dos tempos se apresenta como um verdadeiro paraíso dos maus pagadores, impõe que o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil seja interpretado à luz da garantia do acesso à justiça, sob pena de fadar o sistema à ineficiência e por em risco a efetividade dessa solene promessa constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV).

Porém, é preciso compreender que a ineficácia da execução é herdeira da congênita baixa eficácia a que o sistema jurídico nacional tem relegado a sentença condenatória. A pesquisa de *Paulo Henrique Conti* (2010, p. 77) tem a virtude de trazer luz a essa questão, permitindo identificar um antecedente histórico fundamental para a compreensão desse problema central do sistema jurídico brasileiro:

A resistência do devedor tornou-se regra, e não exceção! Na prática forense, a presunção que prevalece não é a de que a sentença deve ser cumprida pronta e imediatamente após proferida, em toda sua extensão, mas sim de que as obrigações nela contida devem ser satisfeitas apenas após sua 'lapidação' pelas vias de resistência do devedor, incidentais ou endoexecutivas, típicas ou atípicas.

O autor identifica no CPC de 1973 uma das fontes do enfraquecimento da autoridade da sentença. É que o CPC de 1973, a pretexto de conferir tratamento uniforme às execuções - tanto àquelas fundadas em sentença, quanto àquelas fundadas em títulos extrajudiciais -, acabou retirando eficácia da sentença condenatória, rebaixando o grau de certeza do título executivo judicial ao nível inferior de certeza reconhecido aos títulos extrajudiciais. Esse quadro de desprestígio à sentença condenatória no processo civil é confirmado pela decisiva circunstância de que a regra no processo civil é o duplo efeito conferido ao recurso de apelação (CPC, art. 520, caput, primeira parte). Neste contexto, o dever de colaboração das partes na execução é uma quimera, sobretudo no que diz respeito ao executado, que costuma resistir por todos os meios ao cumprimento da decisão judicial.⁷

As reais distorções que a aplicação do art. 620 do CPC tem causado ao direito processual do trabalho foram objeto da reflexão científica de um dos juristas que mais tem se notabilizado pela preocupação com a efetividade da jurisdição trabalhista. *Antônio Álvares da Silva* (2007, p. 65-66) observa que

[...] o art. 620 do CPC não pode ser uma porta aberta à fraude e à ineficácia do comando sentencial. A lei fala que, na hipótese de existência de ‘vários modos’ pelos quais o credor possa executar a sentença, o juiz escolherá o menos gravoso. Mas é necessário que existam estes ‘vários modos’ e que eles não importem na diminuição de nenhuma medida prevista em lei para a entrega da prestação jurisdicional. Por exemplo, se a penhora tem uma ordem preferencial, e o credor deseja a penhora em

⁷ Pondera o autor (FAVA, 2009, p.156): “No plano da principiologia, mais comum do que os deveres de cooperação do executado, faz-se presente a evocação do art. 620 do Código de Processo Civil, que dá ao devedor o direito de ter contra si a execução *menos gravosa*. Ora, o advérbio de comparação - menos tem ppor pressuposto a existência de dois modos igualmente suficientes e eficazes para a realização concreta do título executivo”.

dinheiro cuja existência ficou comprovada, não se há de romper com a preferência legal, porque o executado alega prejuízo pessoal, comercial ou de qualquer espécie. Ao aplicar o regra do art. 620, há que se considerar o que dispõe a regra do art. 612, de que 'a execução se realização no interesse do credor'. Este é que é o verdadeiro norte da execução e vale como orientação geral dos atos que nela se devam praticar. Quem ganhou deve executar com êxito.

Ao lado de *Antônio Álvares da Silva*, alinha-se a doutrina *Francisco Antonio de Oliveira*. Para o jurista paulista, a reflexão que se impõe é pensar sobre os efeitos deletérios que o art. 620 do CPC produziu no âmbito do processo civil:

O Processo civil extrapolou em cuidados, exigindo que a execução seja feita da forma menos gravosa, quando a execução puder ser feita por vários meios (art. 620, CPC), princípio que vem sendo deturpado por interpretações incoerentes, desmerecendo o credor (Oliveira, 2007, p. 40).

3. Compreendendo o princípio da execução menos gravosa no âmbito do processo civil

Quando se examina o tema da execução menos gravosa para o executado no âmbito do processo civil, a primeira questão que se impõe examinar diz respeito à hierarquia dos princípios reitores da execução.

Para o objetivo do presente estudo, trata-se de cotejar o princípio da execução mais eficaz com o princípio da execução menos gravosa. Neste particular, é preciso resgatar a consideração básica de que o princípio da execução menos gravosa. Essa consideração decorre tanto de fundamento lógico quanto de fundamento axiológico. O fundamento lógico está em

que a execução forçada constitui o sucedâneo do não-cumprimento espontâneo da sentença: a execução forçada somente se faz necessária porque o executado não cumpre sua obrigação espontaneamente; citado para pagar, o executado omite-se. O fundamento axiológico está em que o equilíbrio da ordem jurídica somente se restaura mediante a reparação do direito violado pelo cumprimento da obrigação estabelecida na sentença; cumprimento coercitivo, regra geral.

A superioridade hierárquica do princípio da execução mais eficaz sobre o princípio da execução menos gravosa, além de decorrer de fundamento lógico e axiológico, encontra confirmação na dimensão topológico-sistemática do ordenamento jurídico, porquanto as fontes normativas desses princípios estão localizadas em dispositivos legais hierárquicos em uma determinada estrutura normativo-sistemática, típica das codificações. Examinemos esse aspecto topológico-sistemático.

Enquanto o princípio da execução mais eficaz está implícito no preceito do art. 612 do CPC, que fixa a diretriz de que a execução realiza-se no interesse do credor, o princípio da execução menos onerosa está previsto no art. 620 do CPC. Ambos os preceitos estão localizados no capítulo que trata das disposições gerais sobre a execução. Porém, o art. 612 *precede* ao art. 620. Essa precedência tópica expressa a preeminência que o sistema normativo outorga ao credor na execução, ao estabelecer que “...realiza-se a execução no interesse do credor” (CPC, art. 612). Além disso, o art. 612 *abre* o respectivo capítulo do CPC, fixando a *regra geral* da execução realiza-se no interesse do credor.⁸ Já o art. 620 do CPC *encerra* o capítulo, estabelecendo uma *exceção* àquela regra geral: a execução será feita pelo modo menos gravoso para o devedor, *quando* por vários meios o credor puder promover a execução.

A natureza excepcional da regra do art. 620 do CPC torna-se ainda mais evidente quando se atenta à diretriz hermenêutica de que o preceito

⁸ É intuitivo que a regra geral de que a execução realiza-se no interesse do credor deve ganhar maior densidade em se tratando de execução de título executivo judicial.

exceptivo deve ser examinado à luz da regra geral. Em segundo lugar, o advérbio de tempo *quando* indica que a regra de exceção terá cabimento somente em determinada situação específica (e em concreto), o que exige exame casuístico para aferir a configuração da hipótese exceptiva. É preciso que seja possível, no caso concreto, realizar a execução por vários modos. E isso constitui exceção na prática, pois geralmente a execução não pode ser realizada por vários meios. Mas também é necessário que a execução seja igualmente eficaz pelos diversos modos viáveis para a sua realização, a fim de que tenha incidência o preceito excepcional do art. 620 do CPC. E isso constitui exceção na prática; é que a adoção de um determinado meio costuma tornar a execução mais eficaz. O art. 612 do CPC recomenda que se opte por esse meio eficaz de concretizar a execução.

Vale dizer, a incidência da regra excepcional do art. 620 do CPC tem por pressuposto a observância à regra geral da execução mais eficaz. Não se trata, portanto, de uma norma para neutralizar a regra geral da execução mais eficaz: a exceção confirma a regra, não podendo sobrepujá-la. Trata-se de uma regra que, desde que esteja assegurada a execução mais eficaz, permite que a execução seja feita por modo que seja menos gravoso para o executado no caso concreto. De acordo com a doutrina de *Francisco Antonio de Oliveira*, é necessário compreender que a execução trabalhista deve ser realizada no interesse do credor no interesse do devedor. O jurista paulista explica:

Menos gravoso não significa que, houve duas possibilidades de cumprimento da obrigação que satisfaçam da mesma forma o credor, escolher-se-á aquela mais benéfica ao devedor. Se existirem duas formas de cumprimento, mas uma delas prejudica o credor, escolher-se-á aquela que beneficia o credor (Oliveira, 2007, p. 93)

Se houver vários modos de promover a execução e todos forem eficazes na mesma medida, somente estão a execução deve ser realizada pelo modo menos gravoso para o executado. Contudo, se a execução for mais eficaz quando realizada pelo modo mais gravoso para o executado, tem aplicação a regra geral do art. 612 do CPC: adota-se a execução desse modo, não porque seja o mais gravoso, mas porque é o mais eficaz no caso concreto. Da mesma forma, adota-se o modo menos gravoso quando for ele o mais eficaz para a execução, não porque seja o menos gravoso, mas por ser o mais eficaz no caso concreto.

4. A interpretação restritiva do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho: a evolução da doutrina justralhista

A baixa eficácia da execução atenta contra a garantia constitucional da jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Daí a doutrina ter evoluído para postular uma nova interpretação para o princípio da execução menos gravosa. Isso porque a aplicação do art. 620 do CPC dificulta o êxito das execuções, quadro que coloca em questão a própria eficiência do Poder Judiciário.⁹

No processo civil, a execução tem o executado em inferioridade econômica em relação ao exequente, ao passo que, no processo do trabalho, é o exequente a parte que se encontra em situação de hipossuficiência em relação ao executado. A situação inverte-se. E a hermenêutica não pode desconhecer os fatos em relação aos quais o direito será aplicado (LICC, art. 5º). A parte hipossuficiente não tem condições econômicas para resistir à demora processual. Vai se tornando cada vez mais vulnerável a acordos prejudiciais.

Sendo o executado a parte hipossuficiente no processo civil, compreende-se que o princípio da menor gravosidade possa socorrer-lhe

⁹ CF: “Art. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

eventualmente (CPC, art. 620). Porém, mesmo aí esse socorro somente se faz viável depois de assegurada a prevalência do princípio de que a execução realiza-se no interesse do credor (CPC, art. 612). Vale dizer, esse socorro está condicionado à preeminência da eficácia da execução. Nesse particular, a execução civil será realizada da forma menos gravosa somente depois de garantida a maior eficácia na sua consumação. Em outras palavras, mesmo no processo civil, sobretudo depois das referidas minirreformas legislativas, a execução realiza-se pela forma mais eficaz, independentemente de ser a forma mais ou menos gravosa. Não é a maior ou a menor gravosidade que define o modo pelo qual a execução civil realizar-se-á. A execução civil realizar-se-apelo modo mais eficaz. Essa é a interpretação que se impõe à leitura do art. 620 do CPC após as minirreformas legislativas realizadas no processo civil. Isso porque as minirreformas legislativas reforçaram o compromisso com a efetividade da execução, o que realça a ideia de que o preceito exceptivo do art. 620 do CPC subordina-se ao princípio geral do art. 612 do CPC. A execução civil realiza-se no interesse do credor. Esse princípio preside a execução. De modo que, para a consecução da execução, o magistrado orientar-se-á pela maior eficácia do procedimento executivo.

A não aplicação do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho decorre de um fundamento sócio-econômico específico à relação jurídica de direito material do trabalho. Trata-se da natureza alimentar do crédito trabalhista. Esse elemento é decisivo, pois se cuida da tutela jurídica da própria subsistência da pessoa do trabalhador. Não se precisa sequer recordar que o interesse econômico do empregador subordina-se ao interesse de sobrevivência digna do trabalhador. Basta pensar que a execução trabalhista visa recompor, e “a posteriori”, o equilíbrio decorrente do descumprimento da legislação do trabalho já ocorrida há muito tempo. Se no processo civil, o executado costuma ostentar situação econômica de inferioridade em relação ao exequente, no processo do trabalho a situação é oposta - o exequente é a parte hipossuficiente. Daí a necessidade de tutela jurídica efetiva, sem demora.

5. É o resultado social negativo que muda o paradigma teórico

Os modelos teóricos não costumam progredir por força de *insights* dos cientistas. Se a aplicação de determinado modelo teórico produz resultados social negativo, aí então o paradigma ingressa num ambiente de questionamento teórico, com vistas à produção de um resultado social aceitável. Em outras palavras, é o resultado social alcançado pelo modelo teórico adotado que interroga o paradigma científico. *Boaventura de Sousa Santos* (1990, p. 170) sintetiza assim a influência decisiva que o resultado social tem na ruptura do paradigma científico: “Só a concepção pragmática da ciência permite romper a circularidade da teoria”.¹⁰

A aplicação do princípio da execução menos onerosa para o devedor é um dos fundamentos que entravam a execução trabalhista. Vale dizer, o resultado social da aplicação deste princípio tem sido manifestadamente negativa para a efetividade da execução na Justiça do Trabalho. Isso porque o referido princípio tem sido invocado para justificar as principais medidas de resistência à execução trabalhista e tem sido muitas vezes acolhido em detrimento ao princípio da execução mais eficaz. O prejuízo à efetividade da jurisdição trabalhista é evidente (CLT, art. 765). Como lembra *Hermann de Araújo Hackrad* (2002, p. 24).

[...] nenhum dano se torna maior do que o próprio desvirtuamento do conceito de Justiça Social através de um procedimento ineficaz e demorado, principalmente quando se tem em contraposição uma correlação de forças absolutamente desigual.

¹⁰ “A concepção pragmática da ciência e, portanto, da verdade do conhecimento científico parte da prática científica enquanto processo intersubjetivo que tem específica de se justificar teórica e sociologicamente pelas consequências que produz na comunidade e na sociedade em geral. Por isso, existe uma pertença mútua estrutural entre a verdade epistemológica e a verdade sociológica da ciência e as duas não podem ser obtidas, ou sequer pensadas, em separado. Porque só são aferíveis pela sua eficácia produtiva, são indiretas e prospectivas. Só a concepção pragmática da ciência permite romper com a circularidade da teoria” (SANTOS, 1990, P170)

Esse aspecto não escapou à percepção de *Leonardo Dias Borges*. Examinando os efeitos nocivos decorrentes da aplicação do princípio da execução menos gravosa no âmbito da execução trabalhista, o jurista identifica no art. 620 do CPC uma das causas da ineficácia da jurisdição trabalhista:

Procrastinar desnecessariamente o processo, sob o falacioso argumento da ampla defesa e dos demais institutos que norteiam a execução civil, por vezes incompatíveis, em sua totalidade, com a execução trabalhista, é desumanizar o direito, bem como desconhecer-lhe a origem e a finalidade (BORGES, 1997, p. 80)

Também *Carlos Eduardo Oliveira Dias e Ana Paula Alvarenga Martins* (2001, p. 182) perceberam os concretos efeitos que a aplicação do art. 620 do CPC no processo do trabalho tem causado à efetividade da execução trabalhista, conforme revela a realista observação respectiva: “[...] o objetivo principal da execução é a satisfação do crédito, não podendo ser invocado o art. 620 do CPC como forma de suprimir a verdadeira efetividade do processo, transformando a execução, que seria direito do credor, em um verdadeiro suplício”. A distorcida cultura criada a partir do art. 620 do CPC tem deturpado a idéia de respeito às decisões judiciais, justificando infundados atos de resistência ao cumprimento das sentenças, de modo que resistir ao cumprimento da sentença tem se tornado um rito necessário, capaz de legitimar inúmeros incidentes - a maioria, protelatórios - destinados a eternizar as demandas. *Francisco Antonio de Oliveira* (2007, p. 133), sempre atento às consequências práticas da aplicação da legislação, observa que atualmente, na vigência do art. 620 do CPC,

[...] em vez de hourar a obrigação, a empresa procrastina a execução com o uso de inúmeros expedientes processuais e aplicação o dinheiro em seu capital de giro,

cujo rendimento servirá para saldar a execução de forma vantajosa. Isso quando não vence o exequente pela demora e acaba por fazer um acordo vantajoso, com o pagamento de valor irrisório, depois de ganhar a ação e esperar vários anos.

Assim compreendida a questão, a não aplicação do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho é uma condição científica e social para a realização das garantias constitucionais da efetividade da jurisdição e da duração razoável do processo. Essa conclusão se torna ainda mais consistente diante da doutrina processual contemporânea que extrai da ordem constitucional a existência de uma garantia fundamental à tutela executiva efetiva (*Marinoni*)

Mas haveria fundamento para acolher tal conclusão? Diversos juristas vem afirmando que sim.

6. A doutrina pela não aplicação do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho

Se alguns juristas limitam-se a mitigar a aplicação do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho, outros juristas são categóricos em sustentar a inaplicabilidade desse princípio na execução trabalhista.

Enquanto *Francisco Meton Marques de Lima* (2004, p. 142) pondera que a execução “[...] deve ser econômica, da forma menos gravosa para o executado, desde que satisfaça, de maneira mais efetiva possível, o direito do exequente”, *Carlos Henrique Bezerra Leite* (2010, p.977) faz um resgate autêntico da autonomia do direito processual do trabalho e propõe “[...] inverter a regra do art. 620 do CPC para constituir uma base própria e específica do processo laboral: a execução deve ser processada de maneira menos gravosa ao credor”.

A posição de *Cláudio Armando Couce de Menezes* é semelhante àquela defendida por *Carlos Henrique Bezerra Leite*. Depois de fundamentar

seu posicionamento na condição de inferioridade econômica do trabalhador, *Couce de Menezes* (2003, p. 171) sustenta que

[...] não cabe perquirir se a execução pode ser feita de forma menos onerosa ao empregador executado. Mas, sim, como fazê-lo de maneira a torna-la mais rápida, célere e efetiva, evitando manobras de devedor destinadas a impedir ou protelar a satisfação do crédito obreiro.

Para *José Augusto Rodrigues Pinto* a aplicação do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho não passa pelo crivo do art. 769 da CLT. Entende o jurista que não se faz presente no caso o requisito da compatibilidade do art. 620 do CPC com os princípios do direito processual do trabalho.

A consistência da fundamentação justifica a reprodução integral do argumento:

Refleta-se imediatamente sobre o pressuposto da *compatibilidade*, fixado no art. 769 da CLT para autorizar a aplicação supletiva da norma de processo comum ao sistema processual trabalhista. O art. 620 do CPC é, evidentemente, *tutelar do interesse do devedor*, exposto à violência da constrição. A tutela é bastante compreensível dentro de um sistema processual que navega em águas de interesse processuais caracteristicamente privados, porque oriundo de relação de direito material subordinada à ideia da *igualdade jurídica e da autonomia da vontade*. O sistema processual trabalhista flutua num universo dominado pela prevalência da *tutela do hipossuficiente econômico*, que se apresenta como *credor da execução trabalhista*. Em face da evidente *oposição de pressupostos*, sustentamos que, *em princípio*, o art. 620 do CPC não pode

suprir a omissão legal trabalhista, por ser incompatível com a filosofia tutelar do economicamente fraco, que lhe dá caráter. Sua aplicação coloca em confronto a proteção do interesse econômico do devedor (a empresa) e o direito alimentar do credor (o empregado), a cujo respeito não pode haver hesitação de posicionamento do juiz do trabalho ao lado do empregado (PINTO, 2006, p. 213).

A incompatibilidade do art. 620 do CPC com o direito processual do trabalho também é identificado por *José Carlos Külzer*. Para o autor, o princípio da proteção deve ser aplicado também na fase de execução,

[...] não podendo assim ser transposta para o Processo do Trabalho, pura e simplesmente, a recomendação do art. 620 do Código de Processo Civil de que a execução de processo pelo modo menos gravoso ao devedor, sem ser considerado que tal regra tem como pressuposto a igualdade das partes na fase de conhecimento, o que não acontece, no entanto, no Direito do Trabalho (KÜLZER, 2008, p. 39-40).

O aperfeiçoamento do processo do trabalho postulado por *Wagner D. Giglio* tem em *Sérgio Pinto Martins* (2011, p. 74) um de seus mais lúcidos defensores: “Na execução trabalhista deveria ser abandonado o princípio da execução menos onerosa para o devedor (art. 620 do CPC), para a mais eficiente e rápida, mas sempre prestigiando o contraditório e a ampla defesa”.

CONCLUSÃO

Uma adequada hermenêutica para a execução trabalhista tem como primeira fonte de direito a Constituição Federal. Mais precisamente, o ponto de partida está na garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), aqui compreendida como a concreta garantia de alcançar o pagamento do crédito trabalhista previsto na sentença. Além disso, tal pagamento deve ser realizado em prazo razoável (CF, art. 5º, LXXVIII). A imperatividade desses comandos constitucionais ganha ainda maior densidade sob o influxo do princípio jurídico da proteção, que inspira o direito material do trabalho, mas também se comunica ao direito processual do trabalho, porquanto se trata de execução de crédito de natureza alimentar a que a ordem legal confere privilégio de créditos de outra natureza jurídica (CTN, art. 186); mais do que isso, se trata de crédito representativo de direito fundamental (CF, art. 7º).

No esforço hermenêutico desenvolvido para dotar a jurisdição trabalhista de maior efetividade, a jurisprudência trabalhista evoluiu para afirmar que a previsão legal de que a arrematação realizar-se-á pelo maior lance (CLT, art. 888, § 1º) é suficiente para afastar a aplicação subsidiária do conceito de preço vil previsto no art. 692 do CPC na execução trabalhista, por inexistência de omissão do processo trabalhista (CLT, art. 769).

Assim como a execução trabalhista ganhou efetividade ao rejeitar a aplicação subsidiária do art. 692 do CPC, é chegado o momento de evoluir para, por incompatibilidade (CLT, art. 769), rejeitar a aplicação subsidiária do art. 620 do CPC na execução trabalhista, para o resgate da vocação do processo do trabalho como processo de resultado.

A propósito de efetividade d execução, é interessante recordar a consideração com a qual *Wagner D. Giglio* (2003, p. 146) inicia o texto - histórico - que fornece a epígrafe do presente artigo:

Um hipotético observador, nos últimos anos deste século, provavelmente consideraria nosso atual processo,

em geral, e o trabalhista, em particular, com o espanto e a incredulidade que, hoje, nos despertam os ‘juízes de Deus’ e a Justiça Medieval. E perguntaria a si mesmo como teriam os jurisdicionados de nossos dias suportado o suplício de aguardar a solução de sua demanda por anos e anos, sem desespero ou revolta.

O recente anteprojeto de lei apresentado pelo TST ao Congresso Nacional, para aperfeiçoar a execução trabalhista, parece ter buscado inspiração na doutrina de *Wagner D. Giglio*. Conforme inicialmente mencionado, o erudito processualista paulista afirma: “Uma reforma ideal do processo trabalhista abandonaria o dogma da igualdade das partes e adotaria, na execução, o princípio da execução mais eficaz, em substituição ao da execução menos onerosa” (GIGLIO, 2003, p. 147). Desde então passaram quase dez anos. Nesse período, sobreveio a Emenda Constitucional nº 45/2004, que eleva a duração razoável do processo à condição de garantia funcional do cidadão. O CPC foi dinamizado, para recuperar efetividade. O art. 878-D do anteprojeto do TST propõe: “Art. 878-D. Havendo mais de uma forma de cumprimento da sentença ou da execução do título extrajudicial, o juiz adotará sempre a que atenda à especificidade da tutela, à duração razoável do processo e ao interesse do credor”¹¹

São ventos benfazejos.

¹¹ O anteprojeto de lei do TST foi concluído em maio de 2011. Prevê alterações na CLT, com a finalidade de dotar a execução trabalhista de maior efetividade e celeridade.

REFERÊNCIAS

- BORGES**, Leonardo Dias. *O moderno processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.
- CONTI**, Paulo Henrique. A nova sentença condenatória: uma abordagem ideológica. In: **SANTOS**, José Aparecido dos (Coord.). *Execução Trabalhista: Amatra X*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DIAS**, Carlos Eduardo Oliveira; **MARTINS**, Ana Paula Alvarenga. *Os abusos do devedor na execução trabalhista: estudos de processo de execução*. São Paulo: LTr, 2001,
- FAVA**, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.
- GIGLIO**, Wagner D. Efetividade da execução trabalhista. *Síntese trabalhista*. Porto Alegre, n. 172, p. 146-152, out. 2003.
- HACKRADT**, Hermann de Araújo. Princípio da execução e o art. 620 do CPC. In: **CASTRO**, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley (Coord.). *Processo de execução: homenagem ao Ministro Francisco Fausto*. São Paulo: LTr, 2002. P. 183-190.
- KÜLZER**, José Carlos. *A contribuição dos princípios para a efetividade do processo de execução na Justiça do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2008.
- LEITE**, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. Ed. São Paulo: LTr., 2010.
- LIMA**, Francisco Meton Marques de. *Manual sintético de processo e execução do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

- MARTINS**, Sergio Pinto Martins. Novos rumos do processo do trabalho. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v.28, n.325, p. 69-75, jan.2011.
- MENEZES**, Cláudio Armando Couce de. *Teoria geral do processo e a execução trabalhista*. São Paulo: LTr, 2003.
- OLIVEIRA**, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*.6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PINTO**, José Rodrigues. *Execução trabalhista*. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2006.
- SANTOS**, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 2.ed. Porto: Afrontamento, 1990.
- SÉROUSSI**, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2006.
- SILVA**, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.
- SILVA**, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

A INEVITABILIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO

Enoque Ribeiro dos Santos¹

Bernardo Cunha Farina²

1. INTRODUÇÃO

Em face dos recentes desdobramentos das greves de várias categorias de servidores públicos, que, por meio dos sindicatos representativos se acamparam em Brasília, no final do ano passado, reivindicando direitos de seus representados, o que culminou com a celebração de acordos coletivos de trabalho com o Estado, por meio do Ministério do Planejamento e pôs fim ao movimento paredista, com a aceitação do reajuste salarial de 15,8% proposto pelo Executivo, descortinaram-se novos horizontes para o revigoramento do instituto da negociação no setor público.

Em relação à participação do Estado como contratante de trabalhadores, na última década, o setor público se agigantou e hoje sem dúvida, a Administração Pública se apresenta como a maior empregadora. De uma força de trabalho nacional que se aproxima de cem milhões de pessoas, certamente a Administração Pública emprega direta e indiretamente, segundos dados do IBGE, um contingente superior a treze milhões de trabalhadores, daí sua relevância social e jurídica.

A negociação coletiva de trabalho, considerada uma das formas mais eficazes de pacificação dos conflitos coletivos, instituto moderno do direito coletivo do trabalho, deverá ser fomentada no âmbito da

¹ Associado da Faculdade de Direito da USP. Livre Docente e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho (PRT 2ª. Região São Paulo Capital).

² Advogado. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UDC (União Dinâmica de Faculdades Cataratas). Mestrando do curso de pós-graduação stricto sensu em sociedade, cultura e fronteiras da UNIOESTE (Universidade Estadual do Oeste do Paraná).

Administração Pública, na medida em que seu alcance transcende os meros interesses individuais dos servidores públicos para atingir toda a sociedade.

E é justamente sobre esta importante temática e enorme desafio que nos propusemos a examinar nas próximas linhas, tendo em vista contribuir, minimamente que seja, para o debate acadêmico e parlamentar no que tange à necessidade de pleno desenvolvimento da negociação coletiva no setor público.

A concepção de que as condições de trabalho no setor público, especialmente no que diz respeito aos subsídios e a manutenção de seu poder nominal, somente poderiam ser fixadas unilateralmente pelo Poder Executivo recua à concepção de Estado como ente englobador da sociedade, autoritário, arbitrário, ou seja, remonta aos princípios do Direito Administrativo, não em uma perspectiva de impor limites ao poder do Estado, mas sim num cenário de manutenção de privilégios mediante a criação de um espaço antagônico à atuação do particular e a dos Poderes Legislativo e Judiciário, o que impediu por muito tempo a sindicalização dos servidores públicos.

O direito à liberdade sindical, já consagrado pela Convenção n. 87 da OIT, é direito humano fundamental, portanto, preexistente ao direito positivo que somente pode reconhecê-lo ou declarar sua existência, do qual emanam os direitos à negociação coletiva e à greve, considerados os pilares do Direito Coletivo, indissociáveis numa relação tridimensional que perderia todo o sentido sem qualquer um desses seus três elementos constitutivos.

Nesta direção, se a Constituição Federal de 1988 garante ao servidor público o direito à livre associação sindical e à greve, o caminho estava aberto ao reconhecimento do direito ao exercício da negociação coletiva no setor público, como corolário lógico, o que a ratificação da Convenção nº 151 da OIT somente veio a cancelar.

Neste quadro social e jurídico, passamos a analisar a complexidade da negociação coletiva de trabalho no setor público brasileiro.

2. A SOCIEDADE, O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 CONCEITO DE ESTADO E SUA ATUAL RELAÇÃO COM A SOCIEDADE

Em razão do tema do presente artigo ser a negociação coletiva de trabalho no setor público, forçoso é explanar, mesmo que perfunctoriamente, sobre Estado, Administração Pública e Sociedade, evidentes que são as imbricações existentes que muitas vezes chega à sobreposição.

Por ser o Estado uma criação jurídica, artificial, de situação de fato que foi se construindo e modificando-se ao longo da história, sua conformação, compreensão, relação entre seus elementos constitutivos, poderes e seu vínculo com a sociedade, decorrem mais de posição ideológica do observador, que propriamente do direito, ou seja, provém fundamentalmente de como o jurista vê a democracia, a sociedade, o Estado, e o papel deste naquelas³.

Oportuno trazer à consideração que o conceito de sociedade é polissêmico, admitindo diversas acepções e que, de acordo com Norberto Bobbio⁴, durante séculos, a expressão sociedade civil foi usada para designar o conjunto de instituições e de normas que hoje constituem exatamente o que se chama de Estado.

Para aquele autor foi a partir de Marx e Hegel que foi instalada a dicotomia sociedade civil *versus* Estado, mas indaga se atualmente a distinção entre sociedade civil e Estado ainda tem alguma razão de ser, pois afirma que ao processo de emancipação da sociedade em relação ao Estado totalitário seguiu-se o processo inverso de reapropriação do Estado à sociedade, dando surgimento ao Estado Social de Direito.

³ RESENDE, Renato de Sousa. *Negociação coletiva de servidor público*. São Paulo: LTr, 2012, p. 38 a 48.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 1ª ed. - 18ª reimpressão - São Paulo: Paz e Terra, 2012, p. 49 a 52.

Ainda segundo Bobbio, trata-se “não só do Estado que permeou a sociedade, mas também do Estado permeado pela sociedade.” Contudo, alerta que a contraposição entre sociedade civil e Estado ainda persiste, numa convivência contraditória, dialética, não suscetível de conclusão, pois “sociedade e estado atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas interdependentes, do sistema social em sua complexidade e em sua articulação interna.”

Conforme se observa, em sua contínua construção e reconstrução histórica, o Estado, seu papel e sua relação com a sociedade vêm se modificando num processo dinâmico imbricado com o pensamento político vigente, desde os Estados totalitários, autocráticos, despóticos, até o Estado Democrático de Direito.

Segundo Lenio Streck e Bolzan de Moraes⁵, a Democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, aberta ao tempo, às transformações e ao novo, onde indivíduos e grupos organizam-se em associações, em movimentos sociais e populares, trabalhadores se organizam em sindicatos, criando um contrapoder social que limita os poderes institucionais do Estado, além de fundar-se em outros pressupostos essenciais, tais como liberdade de informação e de expressão, autonomia para as associações e eleições livres. Tais pressupostos trazem em germe a soberania popular.

Ademais, para os mesmos autores, a fim de conhecer o Estado Contemporâneo ainda é necessário visualizá-lo a partir de seus elementos constitutivos, numa concepção clássica, quais sejam território, povo e poder com soberania e finalidade, ou seja, seus elementos materiais, formais e teleológicos.

Tal concepção de Estado deixa claro que a sociedade é um de seus elementos constitutivos sem o qual aquele não existe, perde a razão de ser.

Neste sentido, dois de seus pilares fundamentais são: todo o poder emanar do povo, que o exerce diretamente ou por meio do voto; a sociedade

⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7ª. ed. 2ª. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 109 a 111.

ser a destinatária e a razão de ser do Estado, princípios consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º⁶.

Neste contexto democrático, seria um equívoco confundir a Administração Pública com o Estado. Aquela é essencial para administrar o Estado, mas não se confunde com este.

Por outro lado, o poder soberano do Estado, aqui entendido em seu conjunto (território, povo e poder com finalidade) é exercido frente a outros Estados, no plano internacional. Já no plano interno do Estado, o poder soberano é da sociedade, nos termos do art. 1º, e seu parágrafo único, e art. 14⁷, da Constituição Federal.

Por conseguinte, não se pode pensar em Estado dissociado do povo soberano sobre este, pois todo poder emana do povo que é um de seus elementos constitutivos essenciais sem o qual o Estado não existe.

Neste particular, importante a opinião de Norberto Bobbio⁸, para quem o papel assumido pelo Estado na atualidade é o de dar respostas às demandas sociais, ou seja, “nos últimos anos, o ponto de vista que acabou por prevalecer na representação do Estado foi o sistêmico”, ou seja, “a função das instituições políticas é a de dar respostas às demandas provenientes do ambiente social.”

Saliente-se, ademais, que o Estado Democrático de Direito representa a participação pública no processo de construção da sociedade, através do modelo democrático e a vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica. Portanto, a ação estatal deve voltar-se ao cumprimento dos objetivos constitucionais.

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania, III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁷ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 1ª ed. - 18ª reimpressão - São Paulo: Paz e Terra, 2012.

Parte-se dessa concepção de Estado no desenvolvimento do presente trabalho, ou seja, um subsistema do sistema sociopolítico, submetido ao ordenamento jurídico, sujeito de direitos e deveres, que tem como papel primordial dar respostas às demandas provenientes da sociedade. Neste paradigma, toda a sociedade é responsável pela materialidade e eficácia da Constituição, pois todos são sujeitos e canais para sua concretização.

No caso do processo de organização e estruturação do Estado brasileiro, adotou-se a forma de Estado Federativo, com Governo Republicano e o sistema de Governo Presidencialista. Desse modo, na República Federativa do Brasil vigora a indissolubilidade do vínculo federativo entre os Entes Políticos da Federação (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal) que possuem competências constitucionalmente estabelecidas, capacidade de auto-organização, capacidade de autogoverno e capacidade legislativa, com Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁹.

2.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.2.1. A organização político-administrativa brasileira

A República Federativa do Brasil é composta pela união indissociável dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, todos autônomos em relação aos demais, nos termos do artigo 18 da Constituição. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, nos termos do artigo 2º da Constituição.

Contudo, a tripartição dos poderes não atinge o Município que não possui o Poder Judiciário, mas possui o Legislativo e Executivo. Por outro lado, compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, nos termos do artigo 22, I¹⁰, da Constituição Federal.

⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. - 11. ed. ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

A função administrativa é exercida predominantemente Pelo Poder Executivo, mas não exclusivamente, pois o Legislativo e Judiciário também fazem parte da Administração Pública.

A organização político-administrativa é resultado do conjunto formado por “decisão política” e “normas jurídicas”, que regem a estrutura do Estado, a competência, a hierarquia, a situação jurídica, as formas de atuação dos órgãos e das pessoas no exercício da função administrativa, atuando por meio de seus órgãos, agentes e pessoas jurídicas. Desse modo, os servidores e agentes públicos estão inseridos por toda a estrutura da Administração Pública.

2.2.3 A administração pública direta e a indireta

A Administração Pública Direta e a Indireta, com cada um de seus componentes, serão abordadas de maneira geral, sem aprofundamento neste particular, haja vista não ser o objetivo primordial do presente trabalho, mas objetiva apenas possibilitar maior clareza do contexto em que está inserida a negociação coletiva de trabalho no setor público, este sim, o tema central em estudo.

Com o advento do Decreto-lei nº 200/1967 Administração Pública federal passou a ser classificada em direta e indireta, além de ter indicado seus componentes.

Tanto o Decreto-lei nº 200/67 quanto a Constituição Federal usam a expressão Administração Indireta no mesmo **sentido subjetivo**, ou seja, para designar o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por lei, para desempenhar atividades estatais, seja como serviço público, seja a título de intervenção na atividade econômica.

Assim, nos termos daquele decreto, Administração Direta se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, no âmbito federal.

Administração Indireta passou a integrar todo o conjunto de órgãos que integram os entes federados, com competência para o exercício centralizado das atividades administrativas do Estado, passando a

representar o conjunto de entidades que, ligadas à Administração Direta, prestam serviços públicos ou de interesse público. Na realidade, trata-se do próprio Estado realizando algumas de suas funções de forma descentralizada.

O Ato Institucional nº 8, de 1969¹¹ atribuiu competência ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para realizar por decreto a respectiva reforma administrativa, nos termos e diretrizes do Decreto-lei nº 200/67.

Compõem a Administração Pública Indireta as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo poder público (Decreto-lei nº 200/1967), além do consórcio público (Lei 11.107/2006).

As modalidades e natureza jurídica das entidades da Administração Indireta são¹²: autarquias, empresas públicas, fundações públicas, sociedades de economia mista, agências reguladoras e consórcios públicos.

Cabe destacar que, com a exigência do regime jurídico único, instituído pelo art. 39 da CRFB¹³, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente podem contratar servidores regidos pelo regime estatutário para a Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas. Tal obrigatoriedade havia sido extinta com a Emenda Constitucional nº 19/1998¹⁴.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 02/08/2007 (ADIN nº 2.135-4)¹⁵, concedeu liminar, com efeito *ex nunc*,

¹¹ Disponível in <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=8&tipo_norma=AIT&data=19690402&link=s> Último acesso em 28/10/12, às 23h00.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. - 22. ed. - São Paulo: Atlas, 2009, p. 425 e 426.

¹³ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (Vide ADIN nº 2.135-4)

¹⁴ Art. 5º O art. 39 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

¹⁵ Disponível in <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11299>> Último acesso em 28/10/12, às 23h00.

para suspender a vigência do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, em sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Portanto, voltou a prevalecer o regime jurídico único para contratação de servidores na Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2.3 AGENTES PÚBLICOS E A NATUREZA JURÍDICA QUE OS VINCULA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não se pode deixar de destacar com absoluta clareza que o servidor público é um trabalhador, apesar das peculiaridades do serviço público e, como tal possui direitos e deveres conforme o regime jurídico a que estiver subordinado, além de direitos sociais inerentes a todos os trabalhadores.

Todavia, é inegável que as relações entre trabalhadores e Administração Pública possuem problemas específicos que envolvem desde questões legais e econômicas, até sociais e políticas, por vezes, diversas das existentes na iniciativa privada, além da imposição de limitações constitucionais e advindas do Direito Administrativo¹⁶.

Conforme Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁷, a Constituição da República Federativa do Brasil emprega a expressão “servidores públicos” tanto para designar as pessoas que prestam serviços à Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas, quanto à Administração Indireta, o que inclui as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado, do que se conclui que a Carta Magna emprega a expressão servidor público em sentido amplo e em sentido restrito.

Além disso, também existem preceitos aplicáveis a outras pessoas que exercem função pública em funções legislativa e jurisdicional, tratadas em capítulos próprios da Constituição Federal, da mesma forma que existem pessoas que exercem função pública sem vínculo empregatício com o Estado.

¹⁶ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O empregado público**. - 3ª. ed. - São Paulo: LTr, 2012, p. 410.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. - 22. ed. - São Paulo: Atlas, 2009, p. 509 a 516.

Decorrência lógica do retro mencionado é a necessidade da adoção de outro vocábulo em sentido ainda mais amplo, que englobe todos os sentidos, problema a partir do qual os doutrinadores passaram a adotar a expressão **agente público**.

Dessa forma, **agente público** passou a ser designado pela doutrina, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, toda pessoa física que presta serviços à Administração Pública Direta e a todas as pessoas jurídicas da Administração Indireta, com ou sem remuneração. Expressão que se adota no presente trabalho.

Quanto aos militares, parte da doutrina, a exemplo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende que após o advento da Emenda Constitucional nº 18 de 1998, estariam englobados genericamente na categoria de agentes públicos, sujeitos a regime jurídico próprio, seja nas Forças Armadas ou nos Estados. A Constituição Federal veda aos militares o direito à sindicalização e à greve, nos termos do artigo 142, § 3º, IV, razão pela qual não são abrangidos no presente trabalho, pois a negociação coletiva decorre fundamentalmente do direito à sindicalização.

Por conseguinte, perante a atual Constituição da República Federativa do Brasil, pode-se dizer que **são quatro as categorias de agentes públicos: agentes políticos; servidores públicos; militares e particulares em colaboração com o Poder Público**, que se passa a tratar a seguir:

Agentes Políticos. Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores em relação à conceituação de agente político. Quando são conceituados em sentido amplo, são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Nesta categoria, se inclui os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual, municipal, seus auxiliares diretos, os membros do Poder Legislativo, os membros da Magistratura, Ministério Público, Tribunais de Contas, representantes diplomáticos e demais autoridades que atuam com autonomia funcional no desempenho de suas atividades, estranhas aos quadros dos servidores públicos.

Quando os agentes políticos são conceituados em sentido restrito, são tidos exclusivamente como aqueles que exercem típica atividade de governo e exercem mandato para o qual são eleitos, referindo-se apenas aos Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, Ministros, Secretários de Estado, Senadores, Deputados e Vereadores. Nesta concepção mais restritiva de agentes políticos, a forma de investidura é a eleição, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do chefe do Executivo.

Quanto ao vínculo com o Poder Público, sua natureza é política e não profissional, razão pela qual não serão abrangidos no presente trabalho.

Servidores Públicos. Em sentido amplo, os servidores públicos são todas as pessoas físicas que prestam serviços profissionais remunerados à Administração Pública Direta e à Indireta. Compreendem os servidores públicos estatutários, os empregados públicos e os servidores temporários:

a) os servidores públicos estatutários: o vínculo jurídico é o estatutário e ocupantes de cargo público (outrora chamados de funcionários públicos). A relação jurídica que os vincula à Administração Pública é institucional, por meio de contratos de natureza administrativa, cujo estatuto é criado em lei específica em cada uma das unidades da Federação.

b) os empregados públicos: são contratados sob o regime do sistema jurídico trabalhista federal (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, normas constitucionais e infraconstitucionais trabalhistas), ocupantes de emprego público. A natureza do vínculo é contratual, sob o regime trabalhista. No entanto, além das normas do sistema jurídico trabalhista, há submissão às normas constitucionais concernentes à exigência de lei para criação de empregos, exigência de concurso público, investidura, vencimentos, dentre outras previstas na Constituição Federal referentes à Administração Pública.

c) os servidores temporários: são aqueles contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do artigo 37, IX, da CRFB. Eles exercem função sem estarem vinculados a cargo ou emprego público. No âmbito federal, a contratação temporária de excepcional interesse público está

disciplinada pela Lei 8.745/1993 e suas alterações posteriores, que apontam inúmeras situações, tais como: calamidade pública, emergências em saúde pública, admissão de professor estrangeiro, demarcações de terra etc.

Entretanto, apesar de todas as especificidades do setor, nada altera a realidade de que o servidor público engaja-se num processo político dinâmico, no qual o que era considerado inegociável pode tornar-se negociável, o que era considerado discricionário pode deixar de ser. Nesta dinâmica sociojurídica, cada vez mais se aproximam princípios do direito do trabalho com princípios de direito administrativo e, até mesmo, as normas que regem as relações de emprego dos trabalhadores da esfera particular se aproximam dos trabalhadores da esfera pública¹⁸.

3. NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

3.1 AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

Importante abordar a autonomia privada coletiva antes de adentrar ao tema da negociação coletiva de trabalho, pois esta decorre daquela. Ademais, conforme já alertava este autor¹⁹, a denominação correta do instituto é “negociação coletiva de trabalho”, haja vista que também temos em nosso ordenamento jurídico a “negociação coletiva de consumo”, regulamentada no artigo 107 da Lei 8.078/1990²⁰, Código de Defesa do Consumidor (CDC).

¹⁸ STOLL, Luciana Bullamah. *Negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LT, 2007, p. 46.

¹⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microsistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista*. São Paulo: LT, 2012, p. 183.

²⁰ Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. § 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos. § 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.

Inicialmente, surgiu a autonomia privada individual, reconhecida pelo Estado, principalmente a partir da Revolução Francesa. Tratava-se da capacidade de autorregramento das vontades dos indivíduos, por meio de contrato privado no qual prevalece o princípio *pacta sunt servanda*. É o poder de autorregulamentação, poder de autogovernar os próprios interesses e pressupõem a existência de um sistema de normas que o reconhece.

Neste caso, o ordenamento jurídico reconhece aos particulares o poder de se conferirem normas e, ao mesmo tempo, reconhece tais normas, de modo que todo o ordenamento jurídico está aparelhado para conferir-lhes eficácia e validade²¹.

Conforme esclareceu este autor²², após a Revolução Francesa, a primeira Revolução Industrial, vem trazer em seu bojo o fortalecimento da autonomia privada e da liberdade para contratar, de modo que a autonomia passa a assumir grande importância, tornando-se essencial no ordenamento jurídico capitalista, evoluindo para a autonomia privada coletiva, também denominada autonomia sindical.

A autonomia privada coletiva, ou autonomia sindical, diz respeito à autonomia do sindicato quanto à sua criação, elaboração de seus estatutos, registro sindical, autonomia e garantias constitucionais contra a ingerência governamental, assim como a autonomia do sindicato estabelecer normas, culminando nos Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) e Convenções Coletivas de Trabalho (CCT).

Contudo, neste processo histórico, no surgimento das primeiras organizações sindicais, a coalizão de trabalhadores, e até mesmo de empregadores, era proibida, chegando a ser considerada um movimento criminoso punido com prisão. Os primeiros países que passaram a permitir coalizões de trabalhadores e empregadores foram Inglaterra (1824), Alemanha (1869) e Itália (1889)²³.

²¹ STOLL, Luciana Bullamah. *Negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2007, p. 18.

²² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004, p. 64 a 68.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. - 6. ed. - São Paulo: LTr, 2009, p. 70.

Posteriormente, a partir do reconhecimento dos sindicatos como legítimos representantes dos trabalhadores, passaram a exercer atividade delegada do poder público, pois eram considerados órgãos ou corporações do Estado. Este modelo prevaleceu na Itália e no Brasil, onde a Administração Pública detinha absoluto controle sobre os sindicatos, interferindo desde sua criação, até nomeação de seus dirigentes²⁴.

Entretanto, mesmo antes da permissão legal, o movimento sindical atuava em busca de condições de trabalho mais dignas. Tratava-se de sindicalismo autêntico e forte existente nos países industrializados, fruto da práxis laboral, verdadeira pedra angular da negociação coletiva, o melhor meio da solução de conflitos por ser autocompositivo, direto, rápido e eficiente.

Já no caso da América Latina, os legisladores perceberam sua utilidade prática e jurídica e, com base na experiência europeia e estadunidense, a adotaram nas legislações.

Conforme se depreende, nas Nações que atingiram níveis elevados de industrialização a negociação coletiva de trabalho surgiu da prática do ambiente laboral, como uma das formas mais eficazes de pacificação de conflitos. Por outro lado, no caso dos países que demoraram a atingir níveis satisfatórios de industrialização, a negociação coletiva de trabalho surgiu de cima para baixo, ou seja, das leis para os fatos, o que acabou por enfraquecê-la inicialmente, mas não nos dias atuais.

3.2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, PRINCÍPIOS E FUNÇÕES

3.2.1 Conceito de negociação coletiva de trabalho

Consoante a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o artigo 2º da Convenção nº 154 define a convenção coletiva do trabalho como o processo que compreende todas as negociações que tenham lugar

²⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004, p. 68.

entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores; d) ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

De acordo com este autor²⁵, a negociação coletiva de trabalho pode ser conceituada como um processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas, ou seus representantes, debatem uma agenda de direitos e deveres, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes às relações entre trabalho e capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar diretamente da negociação coletiva de trabalho em vários de seus dispositivos, reconhecendo-a como direito dos trabalhadores (artigos 7º, inciso XXVI e 8º, inciso VI).

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, a negociação coletiva de trabalho foi instituída pelo Decreto nº 21.761, de 23 de agosto de 1932, cujo tema foi posteriormente tratado pelo Decreto-lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939, que regulamentou a Justiça do Trabalho e, finalmente, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, que a regulou de modo mais amplo em seus artigos de nº 611 a 625, cujos excertos dos dispositivos legais supracitados²⁶ são transcritos na nota abaixo.

²⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2004, p. 90.

²⁶ Decreto nº 21.761, de 23 de agosto de 1932, "Institui a convenção colectiva de trabalho. Art. 1º. Entende-se por convenção colectiva de trabalho o ajuste relativo ás condições do trabalho, concluído entre um ou varios empregadores e seus empregados, ou entre sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores e sindicatos, ou qualquer outro agrupamento de empregados". Decreto-lei nº 1.237, de 2 de maio de 1939. Art. 28. Compete aos Conselhos Regionais: d) estender a toda categoria, nos casos previstos em lei, os contratos coletivos de trabalho; CLT, Art. 616. Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais

É importante destacar que, para ser autêntica e legítima, a negociação coletiva de trabalho pressupõe a igualdade como um de seus princípios fundamentais, pois mitiga a desigualdade das partes e a relação de poder entre capital e trabalho que prevalece no contrato individual, para dar lugar ao negociado entre dois seres coletivos, os sindicatos de trabalhadores e empregadores ou o sindicato de trabalhadores e empresa, cuja natureza jurídica passa-se a analisar no tópico seguinte.

3.2.2 Natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho

Analisar a natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho, e dos instrumentos que dela resultam, é determinar sua essência, substância, sua razão de ser e de onde provém, bem como suas características nucleares. Em outras palavras, trata-se de buscar a inteligência criadora do instituto e seu enquadramento no mundo jurídico.

Várias teorias tentam explicar a natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho. A maioria delas tenta enquadrá-la dentro dos princípios da concepção contratualista, com clara influência do direito civil. Outras ainda sustentam seu caráter obrigacional como resultado da autonomia privada coletiva. Contudo, apesar de não se poder negar um caráter contratualista, pois os pactuantes assumem obrigações entre si, como, por exemplo, de não deflagrar greve na vigência da convenção, sua natureza jurídica não se esgota no âmbito contratual, pois na convenção coletiva de trabalho são ajustadas normas em abstrato para reger relações de trabalho atuais e futuras.

Neste sentido, em oposição aos contratualistas, os normativistas sustentam que os instrumentos resultantes da negociação coletiva não são contratos, mas fontes criadoras de normas jurídicas, que estabelecem uma

e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). CRFB, Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; CRFB, Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

delimitação convencional da liberdade de contratar porque traça limites para os futuros contratos, o que lhe dá um caráter predominantemente normativo.

Para Arnaldo Süssekind²⁷, os instrumentos da negociação coletiva de trabalho contêm cláusulas que configuram sua normatividade abstrata, ao lado de outras de cunho contratual, que estipulam obrigações concretas entre as partes, mas, sem dúvida, as cláusulas normativas constituem o principal objetivo da negociação coletiva. Correspondem a fontes formais de direito, incorporando-se aos contratos individuais de trabalho, presentes e futuros.

Independente da natureza contratual, a convenção coletiva de trabalho é uma norma derivada de outra fonte diferente do Poder Legislativo, mas oriunda de setores da sociedade, num evidente exercício de solidariedade e pluralismo jurídico.

Para Luciana Bullamah Stoll, as normas coletivas, quer dizer, o produto da negociação coletiva de trabalho, possuem natureza jurídica dúplex, normativa e ao mesmo tempo contratual, em que a um só tempo estipulam regras aplicáveis aos contratos individuais de trabalho presentes e futuros, na vigência da convenção ou acordo coletivo de trabalho, com efeito *erga omnes* (aos associados e não associados), ao mesmo tempo que também celebram normas aos convenientes, ou seja, aos sindicatos ou aos sindicatos e empresas²⁸.

Importante chamar a atenção para o fato que ao analisar a natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho muitos se utilizam da expressão “convenção coletiva”. Na realidade, convenção ou acordo coletivo são instrumentos normativos resultantes do processo de negociação coletiva de trabalho bem sucedida. Esse fato pode explicar alguma confusão feita sobre o tema.

²⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4ª. ed. (ampl. e atual.) - Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 455 a 456.

²⁸ STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público**. São Paulo: LTr, 2007, p. 31.

Neste aspecto, o autor elucida a questão da natureza jurídica da negociação coletiva de trabalho e seus instrumentos, dentre os quais a convenção coletiva de trabalho, afirmando ter natureza dialética, pois o ato jurídico é um só, mas não é só contrato, nem ato-regra, mas sim uma figura *sui generis*, tanto normativa quanto contratual, que não se enquadra nas antigas fórmulas, pois trata-se de negócio jurídico que inovou profundamente as fontes do Direito²⁹.

3.3 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar diretamente da negociação coletiva de trabalho em vários de seus dispositivos, reconhecendo-a como direito dos trabalhadores. Destacando os artigos 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, 8º, inciso VI, e 114, §§ 1º e 2º, é possível concluir que o legislador constituinte deu ênfase e preferência à negociação coletiva de trabalho na solução dos conflitos coletivos de trabalho, que, inclusive se sobrepõe à solução jurisdicional dos conflitos³⁰.

Neste contexto, os sindicatos tiveram reconhecida a total liberdade e independência, além da Constituição ter assegurado: liberdade de associação sindical; vedação de interferência do Poder Público na atividade do sindicato; reconhecimento do sindicato como legítimo representante dos trabalhadores na defesa de seus interesses individuais e coletivos (judicial ou extrajudicialmente); obrigatoriedade da participação dos sindicatos na negociação coletiva; assegurou ainda o direito de greve; assegurou a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam

²⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004, p. 96 a 106.

³⁰ CRFB, Art. 114, § 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

discutidos; assegurou a eleição de um representante dos trabalhadores, nas empresas com mais de duzentos empregados, para promover o diálogo com os empregadores; assegurou o direito de greve e o reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos de trabalho, nos termos dos artigos³¹ transcritos na nota respectiva.

No caso dos servidores públicos, a Constituição Federal de 1988 derogou o art. 566 da CLT, *caput*³², que vedava a sindicalização dos servidores públicos, ao reconhecer seu direito à livre associação sindical, nos termos do art. 37, VI, da mesma.

No atinente à negociação coletiva de trabalho dos servidores públicos, a Constituição Federal deixou uma grande lacuna, pelo fato do art. 39, § 3º³³ não fazer referência ao art. 7º, XXVI³⁴, ou seja, nada afirmou sobre o reconhecimento da negociação coletiva de trabalho dos servidores públicos, o que será analisado mais adiante neste artigo.

³¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

³² CLT, art. 566 - Não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais.

³³ CRFB, art. 39, § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

³⁴ CRFB, art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

3.3.1 Os limites constitucionais e infraconstitucionais da negociação coletiva de trabalho

Como regra geral, as condições mínimas de trabalho previstas na Constituição da República Federativa do Brasil são inderrogáveis pela vontade das partes, mesmo na esfera da autonomia privada coletiva. Assim, o primeiro limite constitucional à negociação coletiva de trabalho é o art. 7º, que dispõe sobre os direitos mínimos dos trabalhadores em geral.

Entretanto, a Constituição abriu uma exceção ao **permitir a flexibilização** das condições de trabalho no art. 7º, incisos VI (“irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”), XIII (“duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”) e XIV (“jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”).

Na primeira hipótese, o constituinte aludiu à convenção e acordo coletivo; na segunda, a acordo ou convenção coletiva; e na terceira, a negociação coletiva. Contudo, como a convenção e o acordo coletivo são os instrumentos da negociação coletiva, pode-se afirmar, como regra geral, que a flexibilização decorre da negociação coletiva e se exterioriza (ganha contornos jurídicos ou se instrumentaliza) em acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Outra limitação à negociação coletiva de trabalho é proveniente do art. 624 da CLT, que condiciona a possibilidade de cláusula de aumento ou reajuste salarial, que implique elevação de tarifas ou de preços sujeitos à fixação por autoridade pública ou repartição governamental, à prévia e expressa autorização da autoridade pública no tocante à possibilidade de elevação da tarifa ou do preço e quanto ao valor dessa elevação. Neste sentido é a Súmula 375³⁵ do TST.

³⁵ Súmula nº 375 do TST. REAJUSTES SALARIAIS PREVISTOS EM NORMA COLETIVA. PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO DE POLÍTICA SALARIAL (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 69 da SBDI-1 e

No mais, a questão que costuma dividir opiniões dos doutrinadores é se a **flexibilização** prevista na Constituição Federal está restrita às questões salariais (art. 7º, inciso VI) e da jornada de trabalho (art. 7º, incisos XIII e XIV), ou se pode atingir outros direitos trabalhistas.

4. OS DESDOBRAMENTOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

4.1 INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE DEFLUEM DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO BEM SUCEDIDA

De acordo com o *nomem juris* adotado pela legislação brasileira, a negociação coletiva de trabalho, quando bem sucedida, se concretiza por meio da Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) ou Acordo Coletivo de Trabalho (ACT), ou ainda o contrato coletivo dos portuários (Lei n. 8630/93).

Dessa forma os instrumentos normativos decorrentes da negociação coletiva de trabalho são produtos jurídicos de uma negociação bem sucedida, de acordo com a doutrina e legislação brasileiras, a convenção coletiva é mais ampla e o acordo coletivo tem campo de abrangência mais restrito.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 611, define a Convenção Coletiva de Trabalho como o “acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

Por outro lado, o mesmo dispositivo define o acordo coletivo como sendo aquele celebrado pelos sindicatos profissionais com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições

da Orientação Jurisprudencial nº 40 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial. (ex-OJs nºs 69 da SBDI-1 - inserida em 14.03.1994 - e 40 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

Caso não haja sindicatos profissionais ou econômicos da categoria, as convenções coletivas de trabalho poderão ser celebradas pelas Federações e, na falta delas, pelas Confederações das categorias a elas vinculadas.

4.1.1 Validade, coercibilidade, vigência e prorrogação da CCT e do ACT

Tanto a convenção quanto o acordo coletivo de trabalho tem efeito jurídico vinculante e coercitivo sobre os convenientes, contudo, desde que respeite suas exigências de validade subjetiva, formal e material, assim como se no processo de constituição da norma foram respeitados seus princípios norteadores.

A legitimidade subjetiva para a sua celebração exige a participação do sindicato profissional, respeitada a sua base territorial de representação, conforme a ordem constitucional vigente (CRFB, artigo 8º, II e VI)³⁶. Portanto, além de ser obrigatória a participação do sindicato profissional, é necessário que seja o legítimo representante da categoria profissional dentro da base territorial respectiva.

Quanto à validade formal, diz respeito ao atendimento do devido processo de instituição das normas, incluindo-se aqui a legitimidade representativa dos sindicatos convenientes. **Já a validade material**, diz respeito ao conteúdo da norma, se está em conformidade com os limites materiais autorizados pelo próprio ordenamento jurídico.

Nos termos dos dispositivos da CLT que regem as convenções coletivas de trabalho (artigos 611 a 625), para produzirem efeitos coercitivos, devem seguir o *iter juris* que se descreve a seguir.

³⁶ CRFB/1988, art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...) II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

(...) VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

Os Sindicatos só poderão celebrar Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, por deliberação de Assembleia Geral especialmente convocada para tal finalidade, consoante o disposto nos respectivos Estatutos Sociais, dependendo a validade da mesma do comparecimento dos associados e votação em assembleia.

No caso da convenção coletiva de trabalho, exige-se comparecimento de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade sindical em primeira convocação ou, no caso do acordo coletivo, 2/3 (dois terços) dos interessados. Em segunda convocação, exige-se o comparecimento de 1/3 (um terço), seja em caso de convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 612 da CLT).

Em relação à forma, as convenções e os acordos coletivos de trabalho serão celebrados por escrito, sem emendas nem rasuras, em tantas vias quantos forem os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes, além de uma destinada a registro (art. 613, § único, da CLT), que deve ser providenciado dentro de 8 (oito) dias da assinatura dos referidos instrumentos, no Ministério do Trabalho e Emprego (art. 614, caput, da CLT).

As convenções e os acordos deverão conter obrigatoriamente o disposto no art. 613³⁷ da CLT.

Contudo, não poderão ter cláusula que contrarie, direta ou indiretamente, proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente, sendo nula de pleno direito, não produzindo quaisquer efeitos (Art. 623 da CLT e Súmula 375 do TST).

Respeitados os requisitos de validade, as convenções e acordos coletivos passam a ter força coercitiva entre as partes, nos limites de seu instrumento normativo e nos a seguir expostos.

³⁷ I - designação dos Sindicatos convenientes ou dos sindicatos e empresas acordantes; II - prazo de vigência; III - categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelos respectivos dispositivos; IV - condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência; V - normas para a conciliação das divergências sugeridas entre os convenientes por motivos da aplicação de seus dispositivos; VI - disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos; VII - direitos e deveres dos empregados e empresas; VIII - penalidades para os sindicatos convenientes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos.

Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de convenção ou acordo coletivo de trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito (Art. 619 da CLT), além dos empregados e as empresas serem passíveis da multa neles fixada (Art. 622 da CLT).

As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo (Art. 620 da CLT).

As Convenções e os Acordos poderão incluir entre suas cláusulas disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, assim como a participação nos lucros da empresa (Art. 621 da CLT).

Em relação ao início da vigência, as convenções e os acordos entrarão em vigor três dias após a data da entrega dos mesmos para o respectivo registro, sendo que duas cópias autênticas das convenções e dos acordos deverão ser afixados de modo visível, pelos sindicatos convenientes, nas respectivas sedes e nos estabelecimentos das empresas compreendidas no seu campo de aplicação, dentro de 5 (cinco) dias da data do depósito (art. 614, §§ 1º e 2º, da CLT).

Em relação ao prazo, não é permitido estipular duração de convenção ou acordo superior a dois anos (art. 614, § 3º, da CLT) e o processo de prorrogação, revisão, denúncia ou revogação total ou parcial de convenção ou acordo ficará subordinado, em qualquer caso, à aprovação de Assembleia Geral dos sindicatos convenientes ou partes acordantes, com observância do quórum previsto art. 612 da CLT (art. 613 da CLT).

A respeito da ultratividade das convenções e acordos coletivos de trabalho, a recente alteração da Súmula 277 do TST veio por fim a antiga divergência doutrinária.

Para alguns doutrinadores, as normas fixadas em acordos e convenções coletivas de trabalho se incorporavam aos contratos individuais de trabalho, e somente poderiam ser modificadas ou suprimidas por nova negociação coletiva de trabalho. Para esta corrente, mesmo com a norma coletiva estabelecendo período de vigência de um ou dois anos, as normas se

incorporavam aos contratos individuais, mesmo após o termo da vigência, até que nova convenção fosse realizada. Outra corrente doutrinária defendia que, com o fim do prazo da convenção, os contratos individuais voltavam ao estado anterior.

A atual redação da Súmula nº 277 do TST, alterada em 14/09/2012, representa nova posição daquela Corte. Transcrevemos em notas as redações (antiga³⁸ e atual³⁹) da referida súmula. De nossa parte, já defendíamos o cancelamento desta Súmula, na redação antiga, pela total incompatibilidade com os dizeres do parágrafo 2º do art. 114 da Constituição Federal.

Portanto, de acordo com a nova posição do TST, as normas coletivas estão incorporadas aos contratos individuais de trabalho, devendo ser respeitadas e aplicadas mesmo depois do término da vigência da convenção ou contrato coletivo de trabalho, e somente com novo acordo ou convenção coletiva poderão ser modificadas ou suprimidas, mesmo assim com obediência aos princípios fundantes do Direito do Trabalho, neste caso, em especial o princípio da irrenunciabilidade.

4.2 EFEITOS JURÍDICOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO MAL SUCEDIDA

Da negociação coletiva de trabalho mal sucedida, ou quando ocorrer recusa por parte dos atores sociais à negociação, poderá defluir a arbitragem (regulada pela Lei 9.307/1996 e art. 114, § 1º da Constituição Federal), a greve (regulada pela Lei 7.783/1989) ou o dissídio coletivo.

³⁸ Súmula nº 277 do TST (ANTIGA REDAÇÃO, de 16.11.2009). SENTENÇA NORMATIVA. CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO. I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

³⁹ Súmula nº 277 do TST (NOVA REDAÇÃO, de 14.09.2012). CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

4.2.1 Direito à sindicalização, à negociação coletiva de trabalho e à greve

Os direitos à sindicalização, à negociação coletiva e à greve são considerados os pilares, ou tripé, do direito coletivo, pois os dois últimos são desdobramentos do direito à sindicalização. Ou seja, pensar em direito à sindicalização sem a possibilidade de utilização de seus instrumentos, negociação coletiva e greve, seria o mesmo que admitir o direito à sindicalização sem qualquer possibilidade do sindicato atuar na defesa dos interesses de seus membros.

Conforme esclarece este autor⁴⁰, a representação triangular do Direito Coletivo do Trabalho foi proposta por Mário de la Cueva, ao defender que este poderia ser representado por um triângulo equilátero (idênticos ângulos em graduação), cujos ângulos seriam o sindicato, a negociação coletiva e a greve, de tal maneira que nenhuma das três figuras da trilogia poderia faltar porque desapareceria o triângulo, o que elucida bem a importância do direito à negociação coletiva. Posteriormente, tal representação triangular do direito coletivo do trabalho foi seguida por inúmeros autores, com diferentes denominações, tais como pilares ou fundamentos.

Importante destacar que o direito de greve é um dos direitos fundamentais dos trabalhadores e dos sindicatos. Constitui meio de defesa dos interesses econômicos e sociais dos trabalhadores e legítimo instrumento para contrabalançar com o poder econômico em sua permanente dialética, ou tensão, com o trabalho.

Entretanto, no caso específico dos servidores públicos, a Constituição Federal faz previsão expressa de que os termos e limites do exercício do direito de greve serão definidos em lei específica, conforme o art. 37, VII⁴¹.

⁴⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004, p.85.

⁴¹ A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Conforme os dizeres deste autor⁴², por esta razão, doutrina e jurisprudência se dividiam em duas correntes, uma que defendia ter este dispositivo constitucional eficácia limitada e outra que defendia ter eficácia contida. Para os que defendiam a eficácia limitada do art. 37, VII da Constituição Federal, enquanto não houvesse a “lei específica” prevista no dispositivo, este não poderia ser aplicado.

Para os doutrinadores que defendiam a interpretação do art. 37, VII, da Constituição Federal, como norma de eficácia contida, e entre eles nos filiávamos, tal direito deveria ser plenamente exercitável até que lei superveniente posterior viesse a fixar-lhe limites e termos para seu exercício. Os partidários desta corrente defendiam o pleno exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, desde que respeitados outros dispositivos legais, tais como o art. 9º, § 1º da Constituição Federal de 1988⁴³, que dispõe sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, bem como o dever de respeitar o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, definidos na Lei nº 7.783/1989 (Lei de Greve), aplicada na falta de lei específica.

O Supremo Tribunal Federal pôs fim à celeuma, decidindo em 25/10/2007 que o art. 37, VII da CRFB é norma de eficácia contida, de modo que nas greves envolvendo servidores públicos estatutários, deverá ser aplicada a Lei nº 7.783/1989 até que advenha, entre nós, a novidade jurídica que irá regular a matéria. Naquela ocasião, o STF⁴⁴ concluiu o julgamento de três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo - SINDIPOL,

(...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁴² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microsistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista*. São Paulo: LTz, 2012, p. 204 a 208.

⁴³ CRFB, art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

⁴⁴ Fonte: Informativo nº 485 do STF, disponível in <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo485.htm>> Último acesso em 01/12/2012, às 08h30min.

pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal, quando, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

A decisão do STF foi a mais acertada e condizente com o princípio do não retrocesso social, pois, em se tratando de direitos fundamentais, como o é o direito de greve, a interpretação da norma deve ser moldada por uma práxis jurídica comprometida a concretizar e ampliar os direitos fundamentais e jamais restringi-los.

Entretanto, vale salientar que a greve no setor público não é tão eficaz como instrumento de pressão, pois afeta mais a população do que a Administração Pública propriamente dita, diferentemente do setor privado, no qual a greve produz efeitos mais deletérios em face dos maiores prejuízos que poderá proporcionar aos empregadores, como paralisação da produção, do faturamento interno e externo, não cumprimento de contratos comerciais etc. De forma diversa, quem paga a conta na greve dos servidores públicos sempre é a população mais carente, que necessita dos serviços públicos essenciais, como transporte, segurança, educação e saúde. Não obstante, não podemos deixar de destacar que a greve é direito humano fundamental de todos os trabalhadores, e em muitos casos é o último e único recurso que lhes restam para postular seus legítimos direitos.

4.2.2 Dissídio coletivo de trabalho

O dissídio coletivo de trabalho já vem previsto na CLT de 1943, o que demonstra a preocupação do legislador em colocar à disposição dos atores sociais um instrumento jurídico de tutela dos direitos coletivos de trabalho.

O dissídio coletivo de trabalho pode ser definido como uma ação por meio da qual, os atores sociais, sindicatos das categorias profissional e econômica, discutem uma pauta de reivindicações, envolvendo direitos e interesses abstratos e gerais da categoria, com objetivo de criar, modificar ou extinguir condições de trabalho e de remuneração, com base no princípio da autonomia privada coletiva⁴⁵.

Este instrumento jurídico, de natureza coletiva, que emana da negociação coletiva de trabalho mal sucedida, de grande utilização no setor privado da economia brasileira, encontra-se disposto nos arts. 856 e seguintes da CLT, bem como no art. 114, § 2º⁴⁶ da Constituição Federal, fruto da manutenção do poder normativo dos Tribunais do Trabalho, pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Considerando a grande controvérsia que envolve este tema e o objeto deste trabalho, relacionado mais ao setor público, estaremos analisando este tópico mais adiante.

4.2.5 Vantagens da negociação coletiva de trabalho

Conforme salienta este autor⁴⁷, a negociação coletiva de trabalho é uma das formas mais eficazes de pacificação de conflitos coletivos, além de ser a função mais nobre que as organizações sindicais podem exercer, e estão intrinsecamente ligadas ao fortalecimento dos sindicatos.

A vantagem da negociação coletiva de trabalho se faz sentir na economia privada nacional, já de longa data pacificada, e operando em relativa harmonia e paz social, graças ao seu exercício ano a ano, que culmina com a celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho,

⁴⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microsistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista*. São Paulo: LT, 2012, p. 178.

⁴⁶ § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

⁴⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microsistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista*. São Paulo: LT, 2012, p. 183.

pelos respectivos seres coletivos. A pacificação social se faz presente e é observada na prática, na medida em que os sindicatos profissionais, nos últimos anos, têm conseguido êxito não apenas na reposição salarial dos índices inflacionários, bem como agregar valores relacionados à produtividade de várias categorias profissionais.

Em outras palavras, a partir da desindexação da economia e da inexistência de política salarial para o setor privado, o Estado passou a estabelecer apenas o valor do salário mínimo nacional, e não restou outra alternativa ao setor privado da economia, a não ser o exercício da negociação coletiva para resolver suas controvérsias. Dessa forma, a pacificação social na iniciativa privada é exercida a partir da aproximação das datas bases das categorias, por intermédio do processo negocial e autocompositivo.

No presente cenário percebe-se que há relativa paz social no setor privado da economia, na medida em que de certa forma os trabalhadores estão relativamente satisfeitos, pois além de uma situação próxima ao pleno emprego estão cientes que na data base da categoria conseguirão repor, pelo menos, suas perdas inflacionárias, enquanto que no setor público da economia - no qual os reajustamentos salariais somente podem decorrer de lei⁴⁸ - existe uma insatisfação ou descontentamento geral, pois o Poder Executivo além de não atender o dispositivo constitucional retromencionado, resolveu aplicar, em nome do princípio da reserva do possível (orçamento) e da crise no cenário internacional, um índice aleatório de reposição salarial ao funcionalismo e, especialmente, sem levar em conta o efetivo índice de defasagem salarial na órbita pública, com efeitos diferidos no tempo, com a manutenção de expressiva defasagem, pelo fato de não ter havido reposição da inflação dos últimos quatro anos.

⁴⁸ X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do artigo 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998, DOU 05.06.1998)

Daí, a nossa defesa incontestada dos benefícios de uma política de imediata negociação coletiva de trabalho, em caráter permanente, contínuo, a nível federal (e também estadual e municipal) entre o Ministério do Planejamento ou órgãos delegados do Poder Executivo e os sindicatos profissionais de servidores públicos ou associações de agentes políticos.

Entre as inúmeras vantagens da negociação coletiva, na pacificação de conflitos coletivos, podemos ainda destacar:

a) Celeridade na elaboração de seus instrumentos jurídicos (acordo, convenção coletiva ou contrato coletivo⁴⁹). No caso dos servidores públicos estatutários, vislumbramos somente a possibilidade de acordos coletivos de trabalho;

b) Maior adaptação ao caso concreto, levando-se em conta as peculiaridades de cada empresa, órgão público, ramo de atividade, força de trabalho, competitividade, produtividade, custos de produção etc.;

c) Propensão a maior estabilidade social e a um menor nível de conflituosidade, em razão das novas condições terem sido acordadas pelas próprias partes;

d) Melhor compatibilidade às necessidades e exigências do mercado e da produção, dos serviços prestados, especialmente pelo fato de muitas empresas operarem num mercado globalizado, sem fronteiras na linha de produção, onde nem sempre a jurisdição alcança.

e) Maior grau de integração e solidariedade entre empregadores e empregados e servidores públicos envolvidos,

f) Fortalecimento do sindicato e de outras formas de organização dos trabalhadores no local de trabalho.

⁴⁹ Os contratos coletivos, aplicados no caso dos portuários, são regidos pela Lei 8.630/1993, Art. 18, parágrafo único. No caso de vir a ser celebrado contrato, acordo, ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, este precederá o órgão gestor a que se refere o caput deste artigo e dispensará a sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto.

5. NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO NO SETOR PÚBLICO

A despeito das complexidades da Administração Pública, além das múltiplas formas pelas quais o Estado de faz presente na sociedade, assim como a inegável especificidade das relações entre servidores com os entes públicos, não se pode esquecer que toda a estrutura da Administração Pública, assim como todas as suas atividades, não prescindem das pessoas que as realizam, pois todo o trabalho que se presta a um ente público é sempre um trabalho humano⁵⁰.

Ademais, a concepção de que as condições de trabalho no setor público somente poderiam ser fixadas unilateralmente pela Administração Pública remontam à concepção de Estado como ente englobador da sociedade, autoritário, não numa perspectiva de impor limites ao poder do Estado, mas sim numa perspectiva de “manutenção de privilégios mediante a criação de um espaço infenso à atuação do particular e a dos Poderes Legislativo e Judiciário”⁵¹. Tal concepção impediu por muito tempo a sindicalização dos servidores públicos.

Conforme já foi analisado no item 4.2.1 deste trabalho, os direitos à sindicalização, à negociação coletiva e à greve são considerados os pilares do direito coletivo, indissociáveis numa relação tridimensional que perderia todo o sentido sem qualquer um desses seus três elementos constitutivos. Visto de outro ângulo, os direitos à negociação coletiva e à greve são desdobramentos do direito à sindicalização, este último, mais amplo.

Neste sentido, destaca-se o pensamento de Arnaldo Süssekind a respeito, para quem “o direito à liberdade sindical, enquanto direito humano fundamental, é preexistente ao direito positivo interno: este

⁵⁰ CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. - 3ª. ed. - São Paulo: LTr, 2012, p. 447.

⁵¹ RESENDE, Renato de Sousa. *Negociação coletiva de servidor público*. São Paulo: LTr, 2012, p. 66.

somente pode reconhecê-lo ou declarar sua existência, mas não concedê-lo, nem criá-lo.”⁵²

É certo que a Constituição Federal de 1988 garante ao servidor público o direito à livre associação sindical, nos termos do art. 37, VI, corolário do direito de associação estabelecido no art. 5º, XVII da mesma Constituição. Adicionando-se a tais preceitos constitucionais a decisão do STF, de 25/10/2007, favorável ao exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos estatutários, o caminho estava aberto ao reconhecimento do direito ao exercício da negociação coletiva no setor público, por desdobramento lógico, o que a ratificação da Convenção nº 151 da OIT somente veio a cancelar.

5.1 AS TEORIAS DESFAVORÁVEIS E AS FAVORÁVEIS À ADMISSIBILIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO

Apesar de a liberdade sindical ser amplamente reconhecida como direito humano fundamental, da qual decorrem os direitos à negociação coletiva e à greve, no caso recente do Brasil, afigurava-se um problema quando entrava em cena a discussão sobre a admissibilidade da negociação coletiva de trabalho dos servidores públicos estatutários. Neste campo, doutrina e jurisprudência se apresentavam em duas correntes, uma que defendia sua total impossibilidade jurídica, enquanto que outra defendia sua possibilidade, desde que respeitadas certas condições.

Para a corrente contrária à possibilidade da negociação coletiva de trabalho no setor público, a argumentação buscava fundamentos nos princípios da Administração Pública, em especial o da legalidade, assim como o fato do art. 39, § 3º da Constituição Federal⁵³, que trata dos direitos

⁵² SÜSSEKIND, Amaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4ª. ed. (ampl. e atual.) - Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 360.

⁵³ CRFB, art. 39, § 3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

sociais dos servidores públicos, silenciar a respeito do inciso XXVI do art. 7º, que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho.

Ademais, a Súmula 679 do STF declara que: “A *fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva*”.

Outro aspecto da argumentação contrária à negociação coletiva dos servidores públicos dizia respeito ao sistema de controle dos gastos públicos, que impunha óbice à negociação de reajustamento de salários. Nesta esteira:

a) É de iniciativa exclusiva do Presidente da república a proposta de leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração (art. 61, § 1º, II, a da CF/88), que deve ser submetida ao Congresso Nacional (art. 49, X da CF/88);

b) As despesas com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderão exceder os limites estabelecidos em lei complementar (art. 169, caput, da CF/88);

c) A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, só poderão ser feitas, se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista (art. 169, § 1º, I e II);

d) Por sua vez, a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal), fixa as despesas com pessoal da União a 50% e para os Estados e Municípios em 60% das respectivas receitas correntes líquidas (arts. 18 e 19);

Acrescente-se que em relação à Lei 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, o STF declarou inconstitucional as alíneas “d” e “e” do art. 240, que havia assegurado ao servidor público civil o direito à negociação coletiva e fixado a competência da Justiça do Trabalho para dirimir controvérsias individuais e coletivas (ADI 492-1,

Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 21-10-1992, Plenário, DJ de 12-3-1993.)⁵⁴.

Para a corrente que defendia a possibilidade de negociação coletiva no setor público, dentro de determinadas condições, a omissão do art. 39, § 3º da Constituição Federal, que silenciou a respeito do inciso XXVI do art. 7º, não era motivo suficiente para a não fruição desse direito pelos servidores públicos, pois a omissão ao aludido dispositivo não constituía óbice de natureza constitucional.

Importante destacar o papel do Estado na concepção atual, conforme defendida por Norberto Bobbio⁵⁵, como um subsistema do sistema sociopolítico, submetido ao ordenamento jurídico, sujeito de direitos e deveres, que tem como papel primordial dar respostas às demandas provenientes do ambiente social. De outra parte, no plano interno, o poder soberano é do povo, elemento constitutivo e fundamental do Estado, sem o qual este não existe legitimamente.

Portanto, o Estado Democrático de Direito representa a participação pública no processo de construção da sociedade, através do modelo democrático e a vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica.

Ainda se não bastassem os argumentos acima, seria totalmente incoerente reconhecer os direitos à sindicalização e à greve sem o direito à negociação coletiva. Ora, se a greve é uma decorrência lógica da negociação coletiva de trabalho mal sucedida, total incoerência é reconhecer os seus efeitos, ou seja, o resultado, sem que se reconheça a causa, ou o processo, no caso a negociação coletiva.

Para esta última corrente, a qual nos filiamos, os instrumentos jurídicos que defluem da negociação coletiva (no caso apenas os acordos)⁵⁶

⁵⁴ Disponível in <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>> Último acesso em 10/12/2012, às 22h01min.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 1ª ed. - 18ª reimpressão - São Paulo: Paz e Terra, 2012.

⁵⁶ Não existe possibilidade jurídica de se firmar convenção coletiva de trabalho no âmbito da Administração

coletivos de trabalho) teriam um caráter político e ético por meio do qual as partes (sindicato profissional e Ministério do Planejamento, a nível federal e estadual ou municipal) firmariam um compromisso estabelecendo os direitos contemplados, que, posteriormente, seria transformado em Projeto de Lei pelas autoridades competentes, nos termos pactuados, para dar cumprimento ao convencionado. Dessa maneira, estariam conciliados os princípios da Administração Pública com o direito à negociação coletiva.

5.1.1 A recente alteração da OJ nº 5 da SDC do TST

Com a redação anterior da OJ nº 5 da SDC do TST, a jurisprudência do TST não reconhecia o direito ao dissídio coletivo⁵⁷ no setor público.

A mudança de orientação do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, alterando radicalmente a redação desta OJ⁵⁸, em 14/09/2012, colocou uma pá de cal na cizânia jurisprudencial, passando a admitir, de uma vez por todas, a possibilidade de dissídio coletivo no setor público, envolvendo empregados públicos, regidos pela CLT, fruto da influência da ratificação da Convenção n. 151, da OIT, pelo Brasil.

Ora, se se permite o dissídio coletivo de natureza social, não econômico, em face dos óbices constitucionais mencionados, que decorre da existência da negociação coletiva de trabalho mal sucedida, com

Pública Direta, pelo fato de inexistir sindicato patronal público, eis que o núcleo conceitual da convenção coletiva estabelece, nos dizeres do art. 611 da CLT: “Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”. Além disso, a Administração Pública não se apresenta jamais como representativa de uma categoria econômica.

⁵⁷ OJ nº 5 da SDC do TST. DISSÍDIO COLETIVO CONTRA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. Aos servidores públicos não foi assegurado o direito ao reconhecimento de acordos e convenções coletivos de trabalho, pelo que, por conseguinte, também não lhes é facultada a via do dissídio coletivo, à falta de previsão legal.

⁵⁸ OJ nº 5 da SDC do TST. DISSÍDIO COLETIVO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CLÁUSULA DE NATUREZA SOCIAL (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012). Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Inteligência da Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010.

muito mais certeza podemos afirmar a eficácia deste processo negocial de pacificação coletiva nas contendas envolvendo a reposição de subsídios dos servidores públicos.

Em que pese a posição do TST, que ainda impõe limites ao dissídio coletivo de natureza econômica envolvendo os servidores públicos estatutários, ou mesmo agentes políticos do Estado, a controvérsia pode ser superada por meio da negociação coletiva de trabalho entre os sindicatos ou associações respectivas e o Poder Executivo.

Quando não se tratar de dissídios de natureza econômica, ou seja, que envolvam dotação orçamentária, pode ocorrer até mesmo o dissídio coletivo, corolário da negociação coletiva de trabalho mal sucedida, tendo por objeto tão somente condições de trabalho sem reflexos econômicos, tais como meio ambiente de trabalho e jornada de trabalho.

Indissociável para este debate é o fato de que a Constituição Federal, no já aludido art. 39, § 3º, faz menção expressa ao **inciso XIII⁵⁹ do art. 7º**, admitindo a compensação e horários e a redução de jornada **mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho**, o que se aplica aos servidores públicos. Portanto, conforme esclarece Luciana Bullamah Stoll, **“a referência ao inciso XIII do art. 7º da Carta Magna implica na admissão da negociação coletiva para os servidores ocupantes de cargo público”** ⁶⁰.

Pelas razões acima expostas é mais lógico e condizente com o Estado Democrático de Direito a posição da corrente doutrinária que defende a possibilidade de **negociação coletiva de trabalho no setor público**, que, ademais, é **integrante do rol dos direitos humanos fundamentais, na categoria de direito social fundamental**, que jamais poderia ser negado a essa categoria de trabalhadores.

⁵⁹ CRFB, art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, **mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho**; (...)

⁶⁰ STOLL, Luciana Bullamah. *Negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2007, p. 109.

5.2 NORMAS INTERNACIONAIS QUE APOIAM A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO NO SETOR PÚBLICO

5.2.1 Convenções e recomendações da OIT

A negociação coletiva de trabalho foi erigida a **direito fundamental social dos trabalhadores**, estando, pois inserta no texto constitucional brasileiro, além de ter recebido especial destaque na **Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 19/06/1998**, que declara em seu artigo 2 que todos os Estados Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções, têm compromisso derivado do simples fato de pertencerem à OIT de respeitar, promover e tornar realidade os princípios relativos aos direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como a **liberdade sindical e o direito de negociação coletiva de trabalho**⁶¹.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a negociação coletiva de trabalho vem sendo indicada como o melhor meio de solucionar conflitos de interesses e de se conseguir melhores condições de trabalho e melhores salários, gradativamente, desde sua fundação em 1919, ora integrando parcialmente os instrumentos jurídicos daquela organização que tratam de outros temas específicos, ora sendo objeto integral de suas Convenções e Recomendações, cujas principais, que tratam do tema da negociação coletiva de trabalho, passa-se a analisar^{62, 63}.

Convenção nº 98 da OIT, de 1949, ratificada pelo Brasil em 1952, foi adotada para aplicação dos princípios do direito de sindicalização e de negociação coletiva, contudo, sem abranger os servidores públicos estatutários.

⁶¹ Artigo 2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;

⁶² STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público**. São Paulo: LTr, 2007, p. 41 a 44.

⁶³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Convenções da OIT**. São Paulo: Atlas, 2009.

Estatui que os trabalhadores devam gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego, devendo as organizações de trabalhadores e de empregadores gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência, quer seja de umas contra as outras, quer seja por parte da Administração Pública, em sua formação, funcionamento e administração.

Deverão ser tomadas medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de **negociação voluntária** entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de **regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego**, trazendo a ressalva de não ser aplicada à situação dos funcionários públicos a serviço do Estado e de que não deverá ser interpretada, de modo algum, em prejuízo dos seus direitos ou de seus estatutos.

Convenção nº 154 da OIT, de 1981, ratificada pelo Brasil em 1992, foi adotada para fomentar a negociação coletiva de trabalho, aplicando-se a todos os ramos da atividade econômica, **podendo a legislação ou a prática nacionais fixar** a aplicação desta Convenção no que se refere à **Administração Pública**.

Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de fixar as condições de trabalho e emprego, assim como regular as relações entre empregadores e trabalhadores, além das relações entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores.

Prevê que sejam adotadas medidas de estímulo à negociação coletiva, que devem prover sua ampla possibilidade de aplicação, que seja progressivamente estendida a todas as matérias, cujas medidas de estímulo adotadas pelas autoridades públicas deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores.

A **Recomendação nº 163 da OIT, de 1981**, sobre a promoção da negociação coletiva, assinala que medidas devem ser tomadas para facilitar o estabelecimento e desenvolvimento, em base voluntária, de organizações livres, independentes e representativas de empregadores e de trabalhadores, além de que tais organizações sejam reconhecidas para fins de negociação coletiva.

Ademais, a negociação coletiva deve ser possível em qualquer nível, seja ao da empresa, do ramo de atividade, da indústria, ou nos níveis regional ou nacional, podendo as autoridades públicas oferecer, a pedido das partes interessadas, assistência em treinamento para o pleno desenvolvimento de todo o processo da negociação coletiva.

As partes da negociação coletiva devem prover seus respectivos negociadores do necessário mandato para conduzir e concluir as negociações, sujeitos a disposições de consultas a suas respectivas organizações.

Outro ponto importante diz respeito à liberdade de informação necessária ao processo de negociação coletiva de trabalho, pois esta Recomendação da OIT assinala que as partes devem ter acesso à informação necessária às negociações, inclusive por parte de empregadores públicos e privados, que devem pôr à disposição informações sobre a situação econômica e social da unidade negociadora e da empresa em geral, se necessárias para negociações, devendo tais informações serem tratadas com confidencialidade, quando necessário.

Convenção nº 87 da OIT, de 1948, foi adotada para defender e fomentar a liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização, ainda **não ratificada pelo Brasil**, tendo em vista os obstáculos constitucionais relativos à unicidade sindical e aos demais ranços corporativista ainda presentes em nosso texto constitucional.

Apesar de não tratar diretamente da negociação coletiva de trabalho, entende-se que o fez implicitamente ao afirmar e defender a liberdade sindical, que em seu bojo traz indissociavelmente o direito à negociação coletiva e à greve.

Finalmente, passa-se a expor a **Convenção nº 151 da OIT e a**

Recomendação nº 159, ambas aprovadas pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em sua sexagésima quarta reunião, realizada em 07/06/1978 e, recentemente, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010 que, por sua importância, serão analisadas em tópico próprio, a seguir.

5.2.2 As recentes aprovações da Convenção nº 151 e da Recomendação nº 159 da OIT

O Decreto Legislativo nº 206, de 07/04/2010, aprovou os textos da Convenção nº 151 e da Recomendação nº 159 da OIT, ambas de 1978. A aprovação e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da Convenção nº 151 da OIT foi solicitada ao Congresso Nacional em 14 de fevereiro de 2008, em mensagem da Presidência da República⁶⁴.

De acordo com a solicitação do Executivo, a Convenção estabelece princípios que asseguram a proteção dos trabalhadores da Administração Pública no exercício de seus direitos sindicais, e a independência das entidades, assim como a realização de negociações coletivas da categoria com o Poder Executivo para questões como, por exemplo, reajustes salariais.

Outro acontecimento que contribuiu decisivamente para o momento político favorável à aprovação da Convenção nº 151 e da Recomendação nº 159 da OIT foi a deliberação pelo Supremo Tribunal Federal que, em 25/10/2007, decidiu ser o art. 37, VII da Constituição Federal norma de eficácia contida, de modo que nas greves envolvendo servidores públicos estatutários, deverá ser aplicada a Lei nº 7.783/1989 até que seja aplicada a lei específica, ou seja, decidiu pela legalidade do exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos estatutários, o que certamente pavimentou o caminho rumo à aprovação da aludida Convenção nº 151 da OIT, que se passa a analisar.

⁶⁴ Fonte: Secretaria-Geral da Presidência da República. Disponível in <http://www.secretariageral.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2008/02/not_130220082> Último acesso em 09/12/12, às 16h52min.

O Decreto Legislativo nº 206, de 07/04/2010, traz duas ressalvas. A primeira, que, no caso brasileiro, a expressão “pessoas empregadas pelas autoridades públicas” abrange tanto os empregados públicos, regidos pela CLT, quanto os servidores públicos estatutários, todos ingressos na Administração Pública mediante concurso público. A segunda ressalva diz que são consideradas organizações de trabalhadores, abrangidas pela Convenção, apenas aquelas constituídas nos termos do art. 8º da Constituição Federal, ou seja, as entidades sindicais.

A **Convenção nº 151 da OIT** deverá ser aplicada a todas as pessoas empregadas pela administração pública, na medida em que não lhes forem aplicáveis disposições mais favoráveis de outras Convenções Internacionais do Trabalho, com a ressalva que cada país poderá determinar até que ponto as garantias previstas na presente Convenção se aplicam aos empregados de alto nível⁶⁵ que, por suas funções, possuam poder decisório ou desempenhem cargos de direção ou aos empregados cujas obrigações são de natureza altamente confidencial.

Os empregados e servidores públicos gozarão de proteção adequada contra todo ato de discriminação sindical em relação com seu emprego, seja contra ato que objetive subordinar o empregado público, despedir ou prejudicá-lo devido à sua filiação sindical.

Os sindicatos e empregados públicos gozarão de completa independência a respeito das autoridades públicas, de adequada proteção contra todo ato de ingerência de uma autoridade pública na sua constituição, funcionamento ou administração.

Serão considerados atos de ingerência, principalmente, os destinados a fomentar a constituição de sindicatos de empregados públicos dominadas pela autoridade pública, ou sustentados economicamente por

⁶⁵ Entendemos que tais servidores constituem os agentes políticos, que, por serem altos representantes da Administração Pública, em suas respectivas áreas de atuação, se confundem com esta. São eles, os titulares do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores de Estado, Prefeitos Municipais), ministros de Estado, parlamentares (deputados e senadores), ministros dos Tribunais Superiores, desembargadores, magistrados, membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

esta, ou qualquer outra forma que tenha o objetivo de colocar os sindicatos sob o controle da autoridade pública.

Deverão ser concedidas aos representantes dos sindicatos facilidades para permitir-lhes o desempenho rápido e eficaz de suas funções, durante suas horas de trabalho ou fora delas, sem que fique prejudicado o funcionamento eficaz da Administração Pública.

Deverão ser adotadas medidas adequadas para estimular e fomentar o pleno desenvolvimento e utilização **de procedimentos de negociação** entre as autoridades públicas competentes e os sindicatos de empregados públicos sobre as condições de emprego, ou de quaisquer outros métodos que permitam aos representantes dos empregados públicos participarem na determinação de tais condições.

A solução dos conflitos que se apresentem por motivo das condições de emprego serão **tratadas por meio da negociação entre as partes ou mediante procedimentos independentes e imparciais, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem**, estabelecidos de modo que inspirem a confiança dos interessados.

A **Recomendação nº 159 da OIT**, aprovada na mesma Assembleia em que fora aprovada a Convenção nº 151, também foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 206, de 07/04/2012, tratando dos procedimentos para a definição das condições de emprego no serviço público.

Trata de recomendações complementares à Convenção nº 151, destacando a importância da legitimidade dos sindicatos, de critérios objetivos para sua constituição e representatividade da categoria profissional, assim como de definições legais, ou por outros meios, da representatividade da Administração Pública nas negociações coletivas de trabalho.

Também recomenda critérios objetivos de procedimentos na negociação, estabelecimento de prazos de vigência dos acordos bem sucedidos e critérios de revisão e renovação.

Para José Carlos Arouca, “não basta a incorporação da Convenção nº 151 ao nosso ordenamento jurídico, dependente de regulamentação precisa que defina os agentes da Administração legitimados a negociar e

os limites da própria negociação, quando o atendimento das reivindicações dependerem de aprovação por lei.”

Com a ratificação da Convenção nº 151 da OIT cremos que não remanesce dúvidas que ficou definitivamente permitida a negociação coletiva de trabalho para dirimir os conflitos coletivos trabalhistas no setor público brasileiro. Nesta esteira, no âmbito da União, foi editado o Decreto nº 7.674/2012, que disciplina o processo de negociação nos conflitos coletivos de trabalho, no caso dos servidores públicos federais da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

5.3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Existem várias experiências de negociação coletiva no setor público, no Brasil, mesmo antes da ratificação da Convenção 151 da OIT. Em outras palavras, a falta de previsão legal não impediu a realização de acordos coletivos em vários Municípios brasileiros, por meio de Secretarias e os respectivos sindicatos de servidores públicos⁶⁶, com estipulação de condições de trabalho e de remuneração de servidores estatutários.

Observe-se que estas negociações são fruto das reivindicações e greves dos sindicatos dos servidores públicos que acabaram por enfraquecer a resistência da Administração Pública em negociar democraticamente melhores condições de trabalho e salários.

Em âmbito federal⁶⁷ foi criada Mesa Nacional de Negociação

⁶⁶ O Município de Foz do Iguaçu e o sindicato municipal de servidores públicos realizaram vários acordos coletivos de trabalho, que resultaram em projetos de lei que proveram eficácia aos instrumentos firmados.

⁶⁷ CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - DIRETO SINDICAL - MINISTRA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO - SECRETARIA DE RELAÇÕES DE TRABALHO NO SERVIÇO PÚBLICO - PRELIMINARES REJEITADAS - MESA NACIONAL DE NEGOCIAÇÃO PERMANENTE - PRETENSÃO DE REPRESENTAÇÃO DIRETA POR SINDICATO LOCAL - INCABÍVEL - PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL - 1- Cuida-se de writ impetrado por sindicato local de servidores contra ato coator omissivo da Ministra de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Secretário de Relações de Trabalho no Serviço Público, consubstanciado na negativa em permitir a participação plena na Mesa Nacional de Negociação Permanente, referente aos interesses da categoria que representa. 2- O sindicato impetrante possui legitimidade ativa para postular a sua participação em quaisquer atividades pertinentes à representação dos interesses dos seus representados. Preliminar rejeitada. 3- A Ministra de Estado possui legitimidade passiva ad causam já que as reuniões da Mesa Nacional de Negociação Permanente são realizadas

Permanente, em 2002, com o intuito de instituir um Sistema de Negociação Permanente em âmbito federal, integrante do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, criado pelo Decreto nº 67.326/1970.

Podemos citar as seguintes experiências exitosas de negociação coletiva de trabalho no setor público⁶⁸:

a) a criação da Mesa Nacional de Negociação Permanente, em 2002, e dez mesas setoriais implantadas em dez Ministérios, com os seguintes resultados expressivos: 47 negociações concluídas, 5 planos especiais de cargos criados e 112 tabelas remuneratórias estruturadas;

b) criação, em 2002, do Sistema de Negociação Permanente para a Eficiência na Prestação dos Serviços Públicos Municipais de São Paulo (SINP), composto por representantes do Governo Municipal, dos servidores públicos, da Câmara Municipal, do DIEESE, além de 31 associações de classe;

c) instituição da Mesa Nacional de Negociação Permanente do Sistema Único de Saúde, em 1993;

d) ainda é possível citar resultados exitosos em negociações coletivas, inclusive envolvendo aumento de salários, nos casos dos servidores do Poder Judiciário do Estado de São Paulo (reposição salarial de 14%), no

sob a coordenação central daquele Ministério e, principalmente, porque encampou a defesa dos atos da Secretaria de Relações do Trabalho no Serviço Público. Precedente: MS 13.947/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 2.6.2011. Preliminar rejeitada. 4- As informações da autoridade dão conta de que o ato reputado como coator existe, pois alega que “a experiência tem revelado que a negociação é mais eficaz quando realizada com um número limitado de sindicatos, evitando a proliferação. Preliminar rejeitada. 4- As informações da autoridade dão conta de que o ato reputado como coator existe, pois alega que “a experiência tem revelado que a negociação é mais eficaz quando realizada com um número limitado de sindicatos, evitando a proliferação de entidades sem nenhuma representatividade e incentivando aquelas de fato representativas” (fl. 68). Preliminar rejeitada. 5- Resta comprovado que o sindicato impetrante tem representatividade local (fl. 26) e possui liberdade de atuação nos limites que são fixados pelo art. 8º, incisos III e VI, da Constituição Federal; No caso concreto, não há conflito de representação, uma vez que a base territorial do sindicato local está englobada ao direito e dever de representação de sindicato nacional, em plena conformidade com o princípio da unicidade sindical. 6- Como já atestou o Excelso Pretório, “o princípio da unicidade sindical, previsto no art. 8º, II, da Constituição Federal, é a mais importante das limitações constitucionais à liberdade sindical.” (AgRg no RE 310.811, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, publicado no DJe em 5.6.2009); Assim, o entendimento contrário estabeleceria uma concorrência entre entidades locais e nacional, que não é cabível no sistema produzido pelo Poder Constituinte originário. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado. (STJ - MS 18.121 - (2012/0020932-5) - 1ª S. - Rel. Min. Humberto Martins - DJe 30.05.2012 - p. 465)v96

⁶⁸ AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. - 3. ed. - São Paulo: LTr, 2012, p. 176 a 177.

caso dos servidores do Ministério do Planejamento (reajuste escalonado de 10,79%), etc.

Assim a embora tardia aprovação da Convenção nº 151 da OIT simplesmente legalizou a prática corrente, ou seja, reivindicações, negociações coletivas de trabalho, greves e pacificação de conflitos na seara pública, à imagem do que ocorre na atividade privada.

Contudo, muito ainda precisa ser feito quanto ao respeito do exercício do direito de negociação coletiva e greve, no setor público, haja vista a recente reclamação apresentada à OIT, em 08/08/2012, pela Central Única de Trabalhadores (CUT) e mais seis entidades sindicais, contra a República Federativa do Brasil, em razão da edição do Decreto nº 7.777, de 24 de julho de 2012 e de desconto de salários dos servidores em greve.

O aludido decreto dispõe sobre medidas a serem tomadas durante a ocorrência de greves na Administração Pública Federal, que afrontam a Convenção 151 da OIT, na medida em que propicia insegurança jurídica aos servidores envolvidos, pelo fato de permitir a substituição de trabalhadores em greve por servidores de outras esferas (estadual e municipal), o que também colide com a Lei 7.783/1989. Por tais fundamentos, as entidades sindicais requerem à OIT a aplicação de sanções à República Federativa do Brasil.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo discutir e apresentar uma vertente positiva sobre a negociação coletiva de trabalho no setor público, considerando a últimas novidades jurídicas, no campo jurisprudencial e doutrinário, a realidade e a experiência brasileira, a recente ratificação de convenções da OIT alusivas ao tema, e, especialmente, o clamor das ruas, ou seja, a movimentação de servidores públicos, desde meados do ano passado lutando, por meio de seus sindicatos, pela recomposição de seus subsídios em face do Estado.

Paralelamente, enquanto assistimos a uma situação de relativa calma e pacificação social no setor privado da economia, graças à prática constante e reiterada da negociação coletiva de trabalho, por meio da qual os seres coletivos vêm celebrando, ano após ano, acordos e convenções coletivas e contemplando as categorias profissionais com reajustes salariais, em vários casos superiores aos índices inflacionários oficiais, ao revés, no setor público, nos deparamos com um quadro de insatisfação e de sentimento de desvalorização das categorias, pela ausência de diálogo social e da prática da negociação coletiva em seus vários níveis.

Em grande parte, esse sentimento de desconforto disseminado no âmbito da Administração Pública brasileira foi motivado pela ausência de qualquer forma de diálogo perene ou negociação coletiva de trabalho, estabelecimento e implementação de planos de evolução nas carreiras, ou de valorização profissional, e, em especial, pela recalitrância do Poder Executivo em atender ao mandamento constitucional do art. 37, inciso X, da Carta Magna. A exceção é o Poder Legislativo, especialmente o federal, na medida em que os parlamentares votaram e conseguiram ajustar os seus próprios vencimentos de forma equivalente aos dos ministros do STF.

Foi isto justamente o que aconteceu no segundo semestre de 2012. Vários sindicatos profissionais representativos de servidores públicos estatutários inicialmente deflagraram uma greve, que durou meses, e posteriormente, com o aceno do Poder Executivo na concessão de um reajustamento salarial de 15,8%, em três parcelas anuais, com efeitos diferidos, aceitaram negociar coletivamente com o Ministério do Planejamento, o que culminou com a assinatura de vários acordos coletivos de trabalho, posteriormente incluídos no orçamento nacional pelo Congresso Nacional. Todavia, remanesce certa defasagem nos subsídios que poderá induzir os sindicatos de servidores públicos a futuras movimentações sociais.

Caso permaneça o presente estado de coisas, a insatisfação no setor público deverá reverberar até que as partes cheguem à conclusão que a melhor solução para a pacificação dos conflitos coletivos se encontra

há muito tempo à sua disposição. Em outras palavras, é dialogando (ou negociando) que as partes se entendem. E isto se aplica para todos os setores, inclusive para os servidores públicos, embora para estes a negociação coletiva seja mais complexa em face de suas peculiaridades e influências (orçamento, arrecadação, cenário internacional etc.).

A ideia de que as condições de trabalho no setor público só poderiam ser fixadas unilateralmente remontam à concepção de Estado como ente englobador da sociedade, autoritário, arbitrário, antidemocrático, num espaço infenso aos demais poderes, que por muito tempo impediu a sindicalização no setor público. Hodiernamente, os tempos são outros. Os poderes devem ser harmônicos entre si e não pode haver a preponderância de um Poder sobre os demais em um Estado Democrático.

Em que pese a liberdade sindical ser amplamente reconhecida como direito humano fundamental, da qual decorrem os direitos à negociação coletiva e à greve, no caso brasileiro recente, se apresentaram duas posições sobre a admissibilidade da negociação coletiva de trabalho no setor público.

Para a corrente positiva, à qual nos filiamos, a omissão do art. 39, § 3º da Constituição Federal, que silenciou a respeito do inciso XXVI do art. 7º, que trata do reconhecimento pelo Estado dos acordos e convenções coletivas, não é motivo suficiente para a não fruição desse direito pelos servidores públicos estatutários, pois não existe vedação constitucional expressa. A diferença em relação ao setor privado, é que a negociação coletiva no setor público, envolvendo estatutários, somente poderá ser realizada por meio de acordo coletivo, e não convenção coletiva de trabalho, pela inexistência de sindicatos patronais na Administração Pública.

Para robustecer esta posição doutrinária, o Brasil além de ratificar a Convenção nº 151 da OIT, contou com a alteração, pelo Colendo TST, da OJ nº 5 da SDC do TST, ocorrida em 14/09/2012, por meio da qual aquela Corte passou a se posicionar, no sentido de permitir o dissídio coletivo de natureza social no setor público, envolvendo empregados públicos, regidos pela CLT. Observe que o óbice aqui envolve justamente o princípio da legalidade, o que pode ser superado pela negociação coletiva por meio de

acordos coletivos, posteriormente com trâmite nos demais poderes por meio de projetos de lei, ao envolver matéria econômica.

Na mesma esteira, existem no Brasil várias experiências bem sucedidas de negociação coletiva no setor público, mesmo antes da ratificação da Convenção 151 da OIT. Em outras palavras, a falta de previsão legal não impediu a celebração de acordos coletivos de trabalho, que foram capazes de por fim às reivindicações e greves dos sindicatos dos servidores públicos.

Por serem inegáveis os benefícios da negociação coletiva de trabalho na solução dos conflitos trabalhistas e considerando ainda que a corrente negativista à negociação coletiva de trabalho no setor público no presente momento não mais se sustenta, pois todas as suas argumentações são amplamente superadas, nos posicionamos pela inevitabilidade do diálogo e da negociação no setor público para que se amplie a todo o tecido social, no qual os servidores públicos se incluem, em definitivo, a garantia ao direito humano fundamental à negociação coletiva de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. - 11. ed. ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2007.

AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. - 3. ed. - São Paulo: LTr, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. 1ª ed. - 18ª reimpressão - São Paulo: Paz e Terra, 2012.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O empregado público**. - 3ª. ed. - São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** - 9. ed. - São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho.** - 3. ed. - São Paulo: LTr, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** - 22. ed. - São Paulo: Atlas, 2009.

DIEESE. **A Situação do trabalho no Brasil na primeira década dos anos 2000.** São Paulo: DIEESE, 2012.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 1.0,** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho.** Volume: I: Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Convenções da OIT.** São Paulo: Atlas, 2009.

MELO, Raimundo Simão de. **Processo coletivo do trabalho: dissídio coletivo, ação de cumprimento, ação anulatória.** - 2. ed. - São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical.** - 6. ed. - São Paulo: LTr, 2009.

RESENDE, Renato de Sousa. **Negociação coletiva de servidor público.** São Paulo: LTr, 2012.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial.** São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Direito coletivo moderno:** da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **O microsistema de tutela coletiva:** parcerização trabalhista. São Paulo: LTr, 2012.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; MALLETT, Estevão; organizadores. **Tutela processual coletiva trabalhista:** temas. São Paulo: LTr, 2010.

STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público.** São Paulo: LTr, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado.** 7ª. ed. 2ª. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** 4ª. ed. (ampl. e atual.) - Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

A INSERÇÃO DA FOTOGRAFIA DIGITAL E DO VÍDEO DIGITAL NO MUNDO JURÍDICO

Cláudio Luís Yuki Fuzino¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Importância do tema; 2. O armazenamento digital de imagens estáticas; 3. O armazenamento digital de imagens em movimento; 4. Tratamento legal; 5. A inserção da fotografia digital e do vídeo digital no mundo jurídico; Conclusão.

INTRODUÇÃO

“Veja se ficou boa”. Esta frase, hoje comumente dita após uma fotografia ser tirada, soaria estranha se pronunciada há 15 anos. Afinal, naquela época, para uma pessoa verificar se havia obtido uma boa fotografia, era necessário, antes, esgotar todo filme negativo, tirando mais fotos (caso não se quisesse desperdiçar o restante do filme). Depois, dirigir-se a um estabelecimento especializado para fazer a revelação do filme, realizar a reprodução e ampliação da imagem em papel fotográfico, para somente então obter a primeira visualização daquele momento eternizado em papel. Além de demorado e tecnicamente complicado, tratava-se de um processo relativamente caro.

A rápida popularização das máquinas fotográficas digitais, decorrente do barateamento dos equipamentos, ampliou exponencialmente os registros de imagens, as quais, em alguns casos, repercutem no mundo jurídico por sua relevância. Este breve estudo pretende averiguar a inserção da fotografia digital e do vídeo digital no mundo jurídico, notadamente no âmbito processual, como prova documental.

¹ Assessor Assistente do Desembargador Federal do Trabalho Luiz Eduardo Gunther no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região/PR, Pós-Graduado em Direito Público pela UNIBRASIL

1. IMPORTÂNCIA DO TEMA

Há cinco anos, escrevi um artigo denominado “A Fotografia Digital Como Meio de Prova” (publicado no *Juris Síntese* nº 57 - Jan/Fev de 2006). O principal motivo para a elaboração daquele estudo, à época, era a escassez de artigos doutrinários que abordassem objetivamente o tema. Por isso foi com grande regozijo que recebi a notícia de que o Desembargador Luiz Eduardo Gunther pretendia organizar uma obra específica que incluiria o tema fotografia digital.

Naquele artigo, mencionava que o mercado de câmeras fotográficas digitais estava apenas engatinhando, mas que havia perspectivas de crescimento em ritmo muito acelerado. O tempo confirmou aquelas expectativas. Hoje, é inimaginável que uma pessoa, ao comprar uma câmera fotográfica, não opte por um equipamento digital. A sensação é a de que sempre tivemos à disposição tal tecnologia, que se tornou barata e rapidamente se popularizou. Os equipamentos melhoraram de qualidade permitindo imagens com maior resolução, bem como a realização de filmagens em vídeo. As câmeras fotográficas e filmadoras estão cada vez menores e mais leves, com baterias recarregáveis de maior duração.

Outro fenômeno que não se pode deixar de mencionar foi a popularização dos telefones celulares. Em novembro do ano passado (2010), segundo levantamento da ANATEL, constatou-se que no Brasil existem mais telefones celulares do que habitantes. Os celulares cada vez mais agregam facilidades, o que fez surgir um novo segmento, o dos *smartphones* (“telefones inteligentes”, numa tradução livre). Além de realizarem ligações telefônicas, os *smartphones* possibilitam o recebimento de *e-mails* em tempo real, permitem acessar a *internet*, ouvir músicas e assistir filmes. Há, ainda, a possibilidade de instalação de programas, como jogos, utilitários e outros aplicativos. Isto sem esquecer a possibilidade de tirar fotografias e efetuar filmagens, facilidades que a maioria dos celulares já incorporaram.

Diante desta popularização e barateamento dos equipamentos que invariavelmente sempre estão à mão dos usuários, prontos para registrar

algum evento, emerge a importância do tema da fotografia digital e também das gravações em vídeo digital e sua inserção no mundo jurídico, pois muitas imagens e filmagens captadas acabam sendo oferecidas como provas em processos judiciais.

2. O ARMAZENAMENTO DIGITAL DE IMAGENS ESTÁTICAS

O funcionamento óptico de uma câmera fotográfica digital não difere daquele utilizado em uma câmera comum, que utiliza o filme fotográfico. Um sistema óptico de lentes encarrega-se de capturar e focalizar a imagem que é projetada em um anteparo sensível à luz, onde a imagem pode ser armazenada para a posteridade. É no armazenamento da imagem que reside a diferença entre as duas tecnologias.

Na câmera fotográfica comum, a armazenagem ocorre em uma película quimicamente tratada (filme) com cristais de prata, sensíveis à luz. Após ter sido revelado, o filme torna-se uma película semi-transparente com as imagens registradas. A partir de filmes positivos (*slides*) pode-se fazer projeções. Os filmes negativos destinam-se à elaboração de fotografias.

Na câmera fotográfica digital, existe um dispositivo eletrônico denominado *charge-coupled device* (CCD - o nome deriva do processo de movimento das cargas elétricas, variáveis de acordo com a luz), composto por milhões de pontos sensíveis à luz (denominados *pixels*) e que converte as diferentes intensidades de luz em valores digitais possíveis de serem armazenados, na forma de *bits* e *bytes*, geralmente, em cartões de memória.

Quanto maior o número de *pixels*, melhor a qualidade da imagem, cujo arquivo pode ser transferido para o *hard disk* (HD ou *winchester*) de um computador e, posteriormente, ser gravado em qualquer outro meio físico (CD, DVD, cartão de memória, *pen drive* ou disquete).

3. O ARMAZENAMENTO DIGITAL DE IMAGENS EM MOVIMENTO

A parte óptica de uma filmadora não difere de uma câmera fotográfica. O mesmo sistema óptico de lentes encarrega-se de capturar e focalizar a imagem. Por isso é comum que as câmeras fotográficas digitais também permitam filmagens e as filmadoras digitais possibilitem que fotografias sejam tiradas.

O armazenamento de imagens em movimento nada mais é do que o armazenamento de diversas imagens estáticas (denominadas fotogramas), as quais vistas em sequência trazem a sensação de movimento ao cérebro humano.

O cinema (do grego *kinema* = movimento) foi a primeira técnica que permitiu o armazenamento de imagens em movimento, em filmes semelhantes àqueles utilizados nas máquinas fotográficas, os quais, após revelados, podiam ter suas imagens projetadas contra uma tela branca. O cinema iniciou com imagens em preto e branco e, posteriormente, a técnica avançou para também trazer imagens coloridas e os sons, que eram gravados magneticamente numa trilha específica (trilha sonora), no mesmo meio físico (filme), de forma sincronizada com as imagens.

Em razão de o cinema utilizar-se de filmes para o armazenamento de imagens, foi incorporado ao vocabulário o termo “filmagem”, para designar a captação de imagens em movimento, termo que continuou a ser usado, mesmo quando o armazenamento passou a ser feito por outros meios.

Posteriormente, surgiu a técnica do vídeo tape consistente no armazenamento magnético de imagens numa fita de material plástico coberta por uma finíssima película de partículas magnéticas, as quais, ordenadas por um processo eletromagnético, são capazes de registrar as imagens e os sons captados por câmeras e microfones. Trata-se de um armazenamento analógico, entretanto, que não utiliza a linguagem binária dos computadores (tecnologia digital). A técnica foi largamente utilizada nos já vetustos videocassetes ou VCR (*video cassette recorders*), bem como nos gravadores de áudio (que utilizavam as popularmente conhecidas “fitas K-7”).

Nas filmadoras digitais (assim como nas câmeras fotográficas digitais com recurso de filmagem), a imagem é captada pelo mesmo dispositivo eletrônico CCD, que converte as diferentes intensidades de luz em valores digitais possíveis de serem armazenados. Isto é feito para cada fotograma e incontáveis vezes. No processo de filmagem são gerados aproximadamente 24 fotogramas por segundo. O áudio captado também é convertido em valores digitais e gravado de forma sincronizada com as imagens filmadas, num mesmo arquivo digital.

4. TRATAMENTO LEGAL

A fotografia é uma espécie de prova documental. Submete-se aos preceitos da Seção V (Da Prova Documental) do Capítulo VI (Das Provas) do Título VIII (Do Procedimento Ordinário) do Livro I (Do Processo de Conhecimento) do Código de Processo Civil.

O CPC faz expressa referência ao uso de fotografias como meio de prova no art. 385 e respectivos parágrafos:

“Art. 385. A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original.

§ 1º Quando se tratar de fotografia, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo.

§ 2º Se a prova for uma fotografia publicada em jornal, exigir-se-ão o original e o negativo.”

Tratando-se de uma espécie de prova documental, a fotografia pode ser objeto de incidente de falsidade, nos termos do art. 390 e seguintes do CPC. Pode, portanto, submeter-se a exame pericial, nos termos do art. 392 do CPC. Por ser objeto passível de perícia, o legislador determinou que a

fotografia fosse acompanhada do seu respectivo negativo.

Tal determinação se justifica porque, embora um eventual exame sobre uma fotografia possa denunciar alguma falsidade, a detecção desta é mais eficaz se o exame for feito sobre o seu negativo.

O filme negativo, de plano, exclui a possibilidade de falsificações grosseiras como, por exemplo, a sobreposição de negativos e permite o exame minucioso da imagem fotografada, que pode ser ampliada para verificar a existência de montagens, adulterações e sobreposições de imagens.

O artigo 383 do Código de Processo Civil prevê que qualquer reprodução fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.

Não obstante a regra do § 1º do art. 385 do CPC, observa-se que é comum as partes juntarem fotografias desacompanhadas dos respectivos negativos. Na prática, portanto, o dispositivo legal não é seguido à risca, o que, contudo, não retira o valor probatório das fotografias juntadas sem os respectivos negativos. Nesse sentido, o seguinte a resto:

“DANO MORAL - ATRASO DE VÔO INTERNACIONAL - PERNOITE EM AEROPORTO - CONSTRANGIMENTOS E DESCASO POR PARTE DA EMPRESA AÉREA - CULPA DEMONSTRADA - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - CÓDIGO DO CONSUMIDOR - PROVA - FOTOGRAFIA - FALTA DE NEGATIVO - ART. 385, § 1º, DO CPC - 1. [...] 3. O fato de não ter sido juntado aos autos o negativo da fotografia não impede que seja utilizada como prova, ainda mais, se não impugnada pela parte contrária. 4. [...]” (TJDF - AC 1998.01.1.009066-5 - 5ª T.Cív. - Relª Desª SANDRA DE SANTIS - DJU 19.06.2002 - p. 61).

Tal entendimento é aplicável desde que a fotografia não seja impugnada pela parte adversa. Ou seja, se não for impugnada no momento processual oportuno, opera-se a preclusão e o julgador deverá, segundo o princípio da livre convicção (art. 131 do CPC), apreciá-la livremente considerando as demais provas produzidas nos autos.

Se for impugnada, contudo, deverá ser observado o art. 390 e seguintes do CPC e, nesse caso, será imprescindível a juntada do negativo da fotografia. A não juntada acarretará conseqüências negativas que recairão sobre a parte que tinha o ônus de fazê-lo.

Logo, o ideal é que a fotografia seja juntada com o respectivo negativo até para que o juiz tenha ciência que se trata de uma fotografia comum e não de uma fotografia digital. Igualmente, evitam-se questionamentos sobre a autenticidade da imagem retratada na fotografia juntada.

Há algum tempo, quando se tratava de uma gravação de áudio ou de vídeo para fins de prova judicial, bastava a juntada dos cassetes respectivos (art. 383 do CPC), comumente chamados de “fitas K-7” e “fitas VHS”. Estes poderiam conter uma cópia ou ser a própria gravação original. De qualquer forma, se aquela contra quem foi produzida a referida prova não lhe admitisse a conformidade, a gravação também poderia ser objeto de um incidente de falsidade, nos termos do art. 390 e seguintes do CPC, podendo também ser submetida a um exame pericial, conforme preceituado no art. 392 do CPC.

5. A INSERÇÃO DA FOTOGRAFIA DIGITAL E DO VÍDEO DIGITAL NO MUNDO JURÍDICO

Sob a justificativa que as máquinas fotográficas digitais estavam substituindo as analógicas, o então Deputado Federal Cláudio Rorato (PMDB-PR) apresentou na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 6676/2006, que permitiria a utilização de fotografias digitais como provas em processos judiciais, mediante alteração do *caput* e do parágrafo único do artigo 383,

bem como do § 1º do artigo 385 do Código de Processo Civil, que passariam, segundo a proposta legislativa, a ter a seguinte redação:

“Art. 383 - Qualquer reprodução mecânica ou digital, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade.

Parágrafo único - Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica ou digital, o juiz ordenará a realização de exame pericial.

“Art. 385 -

§ 1º - Quando se tratar de fotografia mecânica, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo; tratando-se de imagem digitalizada, deverá ser acompanhada de disquete ou disco compacto (CD), contendo o respectivo arquivo.

§ 2º -”

O projeto de lei, no entanto, foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados no ano seguinte (2007).

Embora a legislação não traga previsão expressa de utilização de fotografias e vídeos digitais como prova em processos judiciais, nada impede que sejam usados para tal fim. O referido projeto de lei apenas formalizaria uma tendência que o avanço da tecnologia impõe ao Judiciário, ou seja, a de utilização de fotografias digitais como prova. O arquivamento do referido projeto de lei, portanto, não significa a impossibilidade de utilização da fotografia digital como prova documental.

As fotografias digitais e as filmagens de vídeos digitais, como já destacado alhures, nada mais são do que arquivos de dados, que podem ser modificados utilizando-se programas (*softwares*) específicos e adequados a tal fim.

As próprias câmeras digitais (fotográficas ou filmadoras) já trazem

recursos que permitem a modificação da imagem nos próprios equipamentos, tais como a alteração do brilho, luminosidade, tamanho e controle de cores. No entanto, tais alterações são limitadas e, geralmente, não possibilitam a modificação substancial da imagem fotografada ou filmada.

Os programas (*softwares*) para manusear imagens fotográficas digitais são de fácil operação e permitem o manuseio total do conteúdo fotografado, possibilitando a alteração e até a supressão de algum objeto específico (coisa ou pessoa) que compoñha a imagem fotografada.

Embora demande mais trabalho e conhecimento técnico, exigindo *softwares* mais avançados, a adulteração de vídeos digitais também é perfeitamente possível e traz resultados surpreendentes para olhos leigos.

Não obstante a possibilidade de manipulação e adulteração, não há razão para que as fotografias e os vídeos digitais sejam expurgados como meios de prova no âmbito judicial. Isto porque, assim como ocorre com as fotografias e filmagens comuns, as adulterações em arquivos digitais também podem ser detectadas por exames periciais.

A exemplo do filme negativo, que traz a fonte da imagem fotográfica, os arquivos de dados, fontes da fotografia digital ou da filmagem digital, também devem ser juntados aos autos. Ou seja, deve ser juntado o meio físico (*media* ou *mídia*) que os contém (disquete, CD, DVD, cartão de memória ou *pen drive*), o que permitirá a realização de uma perícia sobre a imagem ou filmagem, em conformidade com o art. 392 do CPC.

Assim, a partir dos respectivos arquivos, a fotografia digital e a filmagem digital poderão ser analisados em minúcia, com os mesmos recursos que poderiam permitir sua adulteração, denunciando a eventual existência de alguma manipulação, com a ajuda do olho clínico de um perito.

Podemos considerar, portanto, a fotografia digital e o vídeo digital como espécies de prova documental. Logo, podem ser objetos de incidente de falsidade, nos termos do art. 390 e seguintes do CPC, passíveis de serem submetidos a um exame pericial, nos termos do art. 392 do CPC.

CONCLUSÃO

As fotografias e os vídeos digitais podem ser utilizados como provas documentais em processos judiciais, não obstante a inexistência de expressa previsão legal. Como espécies de prova documental podem ser objeto de incidente de falsidade, nos termos do art. 390 e seguintes do CPC, passíveis de serem submetidos a um exame pericial, na forma do art. 392 do CPC. Para tanto, a mídia (disquete, CD, DVD, cartão de memória ou *pen drive*) que contém o respectivo arquivo de dados deverá ser juntada aos autos com a finalidade processual de conferir a autenticidade das imagens ou das filmagens.

**O PROBLEMA DO SIGILO NA OBRA “O PROCESSO”
DE KAFKA E OS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS**

**THE PROBLEM OF SECRECY IN KAFKA’S BOOK “THE TRIAL”
AND THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES**

Luiz Eduardo Gunther¹

Sumário: 1 Justificativa; 2 A Inviolabilidade de Domicílio; 3 O Devido Processo Legal; 4 O Princípio da Publicidade; 5 A Presunção de Inocência; 6 O Sigilo Processual; 7 O Processo Justo; 8 Considerações Finais: 8.1 Justificativa; 8.2 A inviolabilidade de domicílio; 8.3 O devido processo legal; 8.4 O princípio da publicidade; 8.5 A presunção de inocência; 8.6 O sigilo processual; 8.7 O processo justo; 9 Referências.

Resumo: O presente artigo objetiva a análise do sigilo na obra “O Processo” de Kafka à luz dos princípios constitucionais brasileiros da inviolabilidade domiciliar, do devido processo legal, da publicidade, da presunção de inocência, do sigilo processual e do processo justo.

Palavras-chave: Sigilo - “O Processo” - de Kafka - Princípios constitucionais brasileiros.

Abstract: This article aims to analyze secrecy in Kafka’s book “The Trial” under the lights of brazilian constitutional principles, like the inviolability of home, the due process of law, the publicness principle, the presumption of innocence, the procedural secrecy and the fair trial.

Keywords: Secrecy - “The Trial” - Kafka - Brazilian constitutional principles.

¹ Desembargador Federal do Trabalho; Coordenador do Núcleo de Conciliação do TRT da 9ª Região; Professor do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA; Doutor em Direito do Estado pela UFPR; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Centro de Letras do Paraná e do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná.

1. JUSTIFICATIVA

O livro *O Processo* de Franz Kafka poderia, em princípio, ser interpretado sob cinco ângulos: a) o da responsabilidade e identidade pessoal; b) o da significação psicológica; c) o da significação teológica; d) o da significação política; e) o da significação jurídica². Todos esses aspectos poderiam merecer uma análise, não fosse a obrigação de síntese desse texto.

De forma mais lacônica, poderia a obra ser interpretada sob o viés teológico-existencial, pelo ângulo da realidade ou da ficção. Na linha teológica-existencial pode-se ver no romance a representação da culpa do homem contemporâneo, uma vez que o livro não examina um processo criminal desenrolado diante de uma corte de justiça convencional. Outra corrente afirma, com base na História, que nada é mais real (ou realista) que *O Processo*, pois o entrecho reflete a desumanização burocrática da Monarquia do Danúbio. Outros, porém, da terceira linha, argumentam que a administração austro-húngara nada tenha em comum com as imagens de *O Processo*, além do que a avaliação da burocracia, feita pelo Kafka funcionário público, não era de um súdito impotente diante de uma máquina impessoal e aniquiladora³.

Pelo menos dois outros ângulos podem ser verificados. A concepção de *O Processo* como uma profecia do terror nazista, em que a detenção imotivada, os comandos de espancamento, as decisões incontrastáveis das esferas de poder e o assassinio brutal faziam parte do cotidiano. E também outras análises que percebem no romance o esforço de mapear por dentro a alienação encoberta do dia-a-dia através das peripécias de K. pelas instâncias reificadas do mundo administrado⁴.

² CORREIA, Victor. *Direito e Literatura: O Processo de Kafka*. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=307777&idse=84.047&ida...>. Acesso em: 24.09.2011.

³ CARONE, Modesto. *Um dos maiores romances do século*. Posfácio de *O Processo* de Franz Kafka. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003. p. 250.

⁴ CARONE, Modesto. *Op. cit.*, p. 250-251.

Não há uma interpretação definitiva de *O Processo* de Kafka. Ou seja, as questões relativas ao “sentido” da obra continuam em aberto⁵.

Para este capítulo a análise será efetuada do ponto de vista jurídico, levando em conta alguns princípios constitucionais válidos no Brasil.

Há muitos anos atrás, em alguns países, o procedimento judicial era totalmente secreto. Não havia garantias constitucionais do processo.

Só para lembrar uma das muitas situações conhecidas a esse respeito, basta recordar o período da Santa Inquisição, onde se promoviam julgamentos criminais em segredo, obtendo-se confissões por tortura. O livro *O Nome da Rosa*, de Umberto Eco, dentre outros, retrata essa situação, embora sob a forma de romance de mistério⁶.

Mais recentemente, na história da humanidade, as regras processuais passam a ser garantidas, inclusive constitucionalmente, assegurando ao acusado um processo regular, no qual são garantidos o devido processo legal, a publicidade e a presunção de inocência, como exemplos.

Naturalmente, o princípio da inviolabilidade de domicílio é garantido a todos, inclusive aos acusados da prática de algum crime.

A obra *O Processo* de Franz Kafka tornou-se um clássico, entre outras razões, por retratar a prisão, o julgamento e a condenação de um bancário sem o asseguramento de qualquer garantia processual, o que hoje seria tido como inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Franz Kafka é definitivamente uma figura incomum. Nasceu em Praga, em 1883, cidade que então fazia parte do Império Austro-Húngaro (hoje é a capital da República Tcheca). Antecipou em seus livros o absurdo de uma época em que uns poucos são capazes de matar milhões. Advogado, trabalhou no Instituto de Seguros Operários Contra Acidentes, onde costumava ser muito dedicado em processos a favor de trabalhadores mutilados. Autor de clássicos como *A Metamorfose*, *O Processo* e *O*

⁵ CARONE, Modesto. *Op. cit.*, p. 251.

⁶ ECO, Umberto. *O nome da rosa*. Tradução de Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

Castelo, Kafka personificou o pedaço mais sombrio e - por mais paradoxal que seja - brilhante da literatura modernista. Mas o pior é que quase ficamos sem conhecê-lo. Se não fosse por um amigo chamado Max Brod, a obra do escritor, morto por tuberculose em 1924, nunca teria sido publicada, mas destruída⁷.

Seu nome transformou-se em adjetivo (kafkiano), em mais de cem idiomas, inclusive em japonês, o que nem mesmo Shakespeare conseguiu. O termo hoje evoca uma atmosfera de pesadelo, de absurdo, especialmente em um contexto burocrático que escapa a qualquer lógica ou racionalidade⁸.

Escrito durante a Primeira Guerra Mundial, o Processo revela toda a angústia, toda a insensatez e sentimento de absurdo que acompanhariam a guerra. Algo deve ter acontecido para a detenção de Josef K., mas ele não sabe o que fez (nem nós, leitores), do que é acusado, por que o prendem, quem o prende e muito menos quem o julga ou o condena à morte⁹.

O processo traz à tona tudo isso, mais a sensação de insignificância do homem em relação ao mundo e mesmo uma sensação de vazio - seja de ética, moralidade, identidade ou valores. K. é a vítima do sistema¹⁰.

No capítulo 9 do livro O Processo, que tem por título “Na catedral”, encontra-se a famosa parábola sobre o homem que quer se ver diante da lei, mas tem a entrada recusada pelo porteiro. O homem pergunta se poderá entrar mais tarde. “É possível”, diz o porteiro, “mas agora não”, explicando que é apenas o primeiro de uma série de porteiros, cada qual mais forte e temível.

O homem passa horas, dias, anos, sentado à porta, esperando admissão perante a lei. Com seu último suspiro, faz uma pergunta ao guarda: se a lei está aberta a todos, por que ninguém procurou aquela porta

⁷ SARMATZ, Leandro. **Franz Kafka: o mestre do inesperado**. Disponível em: <<http://historia.abril.com.br/cultura/franz-kafka-mestre-inesperado-434582.shtml>>. Acesso em: 22.03.2010.

⁸ LOPES, Sérgio. **Interpretação sobre o processo, de Franz Kafka, vida e obras do autor**. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/humanas/artes-e-literatura/o-processo-de-franz-kafka-vida-e-obras-do-autor-1420/artigo/>>. Acesso em: 30.10.2011.

⁹ PIRES, Lucas. **A sensibilidade moderna e o processo de criação de Franz Kafka**. Disponível em: <<http://www.conjecturas.com.br/edicao02/cerebrar/kafka.htm>>. Acesso em 22.03.2010.

¹⁰ *Idem, ibidem*.

durante todos aqueles anos? O guarda diz: “aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora vou embora e fecho-a”¹¹.

Para se ter uma ideia do valor que se atribui a Kafka ainda hoje, a correspondência que cobre os últimos quinze anos da vida do escritor, de 1909 a 1924, seria leiloadada, em abril de 2011, em Berlim, pelo lance mínimo de quinhentos mil euros (cerca de 1,15 milhões de reais). O Arquivo Acensão de Literatura de Marbach e a Biblioteca Bodleian da Universidade de Oxford, entretanto, anunciaram a compra conjunta do lote de 111 cartas e cartões-postais enviados por Franz Kafka à irmã mais nova, Ottilie, conhecida como Ottla. O valor do negócio não foi divulgado. A compra foi uma forma de evitar que o material fosse parar em mãos privadas, longe do acesso de pesquisadores, como ocorreu com cartas de Kafka à namorada Felice Bauer, leiloadas em 1987 pela Sotheby's¹².

Serão examinados, agora, os princípios constitucionais brasileiros relatados e sua aplicabilidade à obra *O Processo de Kafka*.

2. A INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

O romance se inicia com a seguinte frase: “Alguém certamente havia caluniado Josef K., pois uma manhã ele foi detido sem ter feito mal algum”¹³.

Logo a seguir, o personagem indaga: todas as leis estando em vigor, “quem ousava cair de assalto sobre ele em sua casa?”¹⁴

¹¹ BATUMAN, Elif. O último processo: a disputa jurídica e literária em torno do espólio de Franz Kafka. *Jornal Folha de São Paulo*. Caderno Ilustríssima. 10.10.2010, p. 7.

¹² MENCHEN, Denise. Alemães e ingleses levam cartas de Kafka: entidades anunciam compra conjunta de um lote com correspondências entre escritor e irmã que seria leiloadada. *Jornal Folha de São Paulo* de 05.04.2001. p. E5.

¹³ KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução de Modesto Carone. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003. p. 7.

¹⁴ KAFKA, Franz. *Op. cit.*, p. 10.

O fato é que Josef K. é preso em sua casa sem saber o motivo e sem existir ordem expressa a respeito emitida por uma autoridade competente.

Essa situação não poderia ter ocorrido no Brasil atual por causa do princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio.

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, através de inúmeros incisos do art. 5º, dentre os quais aquele que assegura a inviolabilidade de domicílio:

Inciso XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.¹⁵

Segundo interpretação doutrinária, esse dispositivo constitucional, que protege o domicílio, tem uma preocupação mais ampla do que aquela de natureza civil (domicílio como residência com ânimo definitivo ou o centro das ocupações habituais do indivíduo). O objetivo da Carta Magna é mais amplo: proteger a intimidade e a privacidade dos indivíduos. O domicílio, observando-se o texto constitucional, deve ser considerado “uma projeção espacial da privacidade e da intimidade”¹⁶. Desse modo, “mesmo a residência ocasional, como a casa de praia, é considerada domicílio, enquanto ocupada por seus titulares”¹⁷.

Todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, ainda que sem caráter definitivo ou habitual, também

¹⁵ SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara P. **Constituição Federal**. 5. ed. atual. até EC 64-2010. Curitiba: Juruá, 2010. p. 15.

¹⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. atual. até EC 56-2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 156.

¹⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 156.

é protegido pelo princípio, pois o aspecto principal que o caracteriza é o da exclusividade da ocupação, como explica Dinorá Adelaide Masetti Grotti:

Ocupa-se o lugar, que pode ser a própria residência ou de outrem seja ela fixa ao solo, estabelecimento rodante ou casa flutuante; ou aposento de habitação coletiva, em pensões, hotéis, casas de pousada, e, tratando-se de local não acessível ao público em geral, está caracterizado o domicílio, constitucionalmente falando.¹⁸

Não é, porém, a propriedade que é objeto de tutela, mas o respeito à personalidade, “de que a esfera privativa e íntima é aspecto saliente”¹⁹. Dirige-se, essencialmente, a proteção contra as autoridades, para impedir que estas invadam o lar. Igualmente se dirige, porém, aos particulares, pois “o crime de violação de domicílio tem por objeto tornar eficaz a regra da inviolabilidade do domicílio”²⁰.

A cláusula restritiva durante o dia corresponde a uma determinação explícita do texto constitucional. Desse modo, qualquer ordem judicial, concedendo autorização para violar domicílio, deverá obrigatoriamente ser no período diurno. Justifica-se esse tratamento ante a insegurança gerada nos cidadãos, pois a qualquer hora, inclusive a noite, poderiam ter a esfera íntima de sua vida familiar invadida por autoridades.²¹

Para o conceito de dia, José Afonso da Silva utiliza o princípio de que, para fins judiciais, o dia se estende das 6 às 18 horas²². Mas a matéria

¹⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Masetti. *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 76.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 438.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 438.

²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 8. ed. rev. e atual. até a EC 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 154.

²² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 437.

é polêmica na doutrina, conforme relata André Ramos Tavares²³.

A violação domiciliar sem consentimento do morador só seria permitida durante o dia nas hipóteses seguintes: a) se houver flagrante delito; b) se ocorrer desastre; c) para prestar socorro; d) por determinação judicial²⁴.

A violação do domicílio legal, por outro lado, será permitida durante a noite em algumas situações como: a) flagrante delito; b) existindo desastre; c) para prestar socorro²⁵.

Justificam-se essas exceções, pois, se a autoridade policial está em perseguição direta e constante, sem perder de vista um criminoso: em caso de incêndio, inundação, desabamento, ou qualquer incidente grave, de grandes proporções; ou na hipótese de alguém correr sério risco, não possuindo o indivíduo meios de auto-socorrer-se. Nessas situações logicamente a intromissão “domiciliar é útil e compreensível, porque é em prol da vida humana”²⁶.

Como se pode verificar na obra *O Processo*, houve grave afronta ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio, relativamente à figura central do enredo, tomando-se a nossa Constituição como paradigma.

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição de 1988 contempla, de forma expressa, o princípio do devido processo legal, no inciso LIV, do artigo 5º, da seguinte maneira: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”²⁷.

²³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. atual. até a EC 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 620-621.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 154.

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 154.

²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 154.

²⁷ SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara P. *Op. cit.*, p. 17.

No âmbito processual, o devido processo legal significa a garantia concedida à parte para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Seu conteúdo identifica-se com a existência de “paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa”²⁸. Essa paridade de armas, na verdade, tem como destinatário não apenas o Estado, “mas também a parte contrária. É, em realidade, o próprio contraditório”²⁹.

A plenitude de defesa, a que se refere o conceito do devido processo legal, engloba:

o direito à defesa técnica, à publicidade da decisão, à citação, à produção ampla de provas, ao juiz natural, aos recursos legais e constitucionais, à decisão final imutável, à revisão criminal, ao duplo grau de jurisdição³⁰.

O personagem de *O Processo*, Josef K., como refere o livro, estava em sua casa, pronto para tomar o café da manhã, quando foi detido por policiais, sem ordem da autoridade competente, ou mesmo saber a razão. Aliás, nem o inspetor sabia o motivo, como afirma textualmente: “Não posso absolutamente lhe dizer que é acusado, ou melhor, não sei se o é. O senhor está detido, isso é certo, mais eu não sei”³¹.

Como se vê, Josef K. foi preso sem saber do que estava sendo acusado. A privação de sua liberdade sem o devido processo legal seria inadequada em nosso país, com ferimento a princípio constitucional.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 255.

²⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. atual. até a EC 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 677.

³⁰ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 677.

³¹ KAFKA, Franz. *Op. cit.*, p. 16.

4. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Segundo a nossa Constituição, “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, inciso LX)³².

A regra básica do processo é a transparência, o conhecimento pelo acusado-réu do delito que teria cometido, para que possa se defender. Todos os atos processuais devem ser comunicados aos interessados para que possam manifestar-se. Especialmente os acusados.

Não há processo em segredo, salvo para a defesa da intimidade ou quando o interesse social o exigir.

No caso em tela, o personagem sequer sabe do que lhe acusam, portanto, trata-se de processo sigiloso, em segredo, o que é inadmissível frente ao sistema constitucional-processual no Brasil.

5. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No Brasil, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inciso LVII do art. 5º da CF/88)³³

Esse princípio, da presunção de inocência, não constava de forma expressa das outras constituições do Brasil. A partir da Constituição de 1988, todos são inocentes até existir prova em contrário, porque até o transitar em julgado da sentença condenatória, “o réu terá o direito público subjetivo de não ostentar o status de condenado”³⁴. Significa, na verdade, uma projeção do Estado Democrático, que se conecta com outros corolários, “tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla

³² SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara P. *Op. cit.*, p. 17.

³³ SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara P. *Op. cit.*, p. 17.

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 312.

defesa, o *in dubio pro reu* e o *nulla poena sine culpa*”³⁵.

O inciso LVII, do art. 5º, da CF/88, consagra a presunção de inocência, “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”³⁶. Há necessidade, dessa forma, de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, “que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”.

Essa dimensão do princípio da presunção de inocência não se circunscreve ao âmbito do processo penal, mas alcança, também, no foro criminal, o âmbito extraprocessual, como assevera André Ramos Tavares:

Ao indivíduo é garantido o não-tratamento como criminoso, salvo quando reconhecido pelo sistema jurídico como tal. Portanto, a autoridade policial, carcerária, administrativa e outras não podem considerar culpado aquele que ainda não foi submetido à definitividade da atuação jurisdicional.³⁷

Josef K. não mereceu em seu favor a presunção de inocência, como já se demonstrou. Desse modo, mais um princípio constitucional restou violado, pois foi o personagem considerado culpado previamente.

6. O SIGILO PROCESSUAL

A atmosfera da obra *O Processo de Kafka* é toda nebulosa, fechada, sem esclarecimentos.

³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 312.

³⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24 ed. atual. até EC 57/08. São Paulo: Atlas, 2009. p. 118.

³⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. atual. até EC 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 659.

O acusado não sabe, afinal, que delito cometeu ou do que o acusa. Aqueles que o prendem também não. E todo o resto segue no mesmo sentido, dando ideia de que não se observa principiologia jurídica nenhuma.

Ainda que o acusado queira falar, não pode, por duas razões: a) primeira, porque não sabe a quem se dirigir; b) segunda, porque não há matéria sobre a qual falar, pois tudo é mantido sob sigilo, um sigilo processual³⁸.

O uso da expressão sigilo processual destina-se a significar pelo menos duas situações. O fato de haver sigilo na obra de Kafka e porque o modo de realização do processo judicial de Josef K. é todo ele realizado em sigilo. O sigilo é a ideologia e a prática do enredo, a atmosfera da obra³⁹.

O sigilo pode ocorrer com aquilo que sabemos em relação aos outros. E porque não o revelamos trata-se de assunto sigiloso. Mas também pode acontecer o inverso, os outros terem um sigilo em relação a nós. Nessa última hipótese podem se dar duas situações. Ou o sigilo não constitui matéria grave, não existindo razão para tal. Ou inexistente conteúdo para ser mantido em sigilo, resultando impressão psicológica, atmosfera misteriosa, desconfiança.

A verdade é que quando não se mantém o direito ao sigilo, ingressa-se em espaço totalitário. Mas também o inverso ocorre: o fato de tudo ser realizado em sigilo também significa um espaço totalitário. É o que se dá em O Processo de Kafka⁴⁰.

Desse modo, o sigilo no Processo de Kafka significa, de forma evidente, a ausência de um Estado Democrático de Direito, especialmente dos princípios constitucionais analisados: a) da inviolabilidade de domicílio; b) do devido processo legal; c) da publicidade; e) da presunção de inocência.

³⁸ CORREIA, Victor. *Direito e literatura*. O processo de Kafka. Disponível em: <<http://www.oa.pt/Conteudos/Artigo/Detalle-artigo.aspx?idc=307777&idsc=84047&ida...>>. Acesso em: 24.09.2011.

³⁹ CORREIA, Victor. *Op. cit.*

⁴⁰ CORREIA, Victor. *Op. cit.*

7. O PROCESSO JUSTO

Quando se menciona o princípio de acesso ao direito, e também da garantia da tutela jurisdicional efetiva, está se reconduzindo, fundamentalmente, ao direito a uma solução jurídica de atos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar em prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente:

um correto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de fato e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor e resultado de causas e outras.⁴¹

O direito de acesso aos tribunais, reconhecido por textos constitucionais, internacionais e legislativos, concebe-se em dupla dimensão: a) de um direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes públicos; b) de um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (dever de proteção do Estado e direito do particular de exigir essa proteção)⁴².

No chamado direito de acesso aos tribunais, inclui-se o direito de obter uma decisão fundada no direito. Desse modo, a efetivação de um direito ao processo não equivale obrigatoriamente a uma decisão favorável; “basta uma decisão fundada no direito quer seja favorável quer seja desfavorável às pretensões deduzidas em juízo”⁴³.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 405-406.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 463.

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 466.

Como se pode observar, Josef K. não teve um processo justo, segundo os princípios constitucionais analisados. Sua prisão não foi fundamentada e nem determinada por autoridade competente. Sua defesa não pode ser formulada à luz dos princípios do devido processo legal e da publicidade. Além do mais, em nenhum momento do seu processo observou-se a presunção de sua inocência.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

8.1 Justificativa

Sob a ótica dos princípios constitucionais atualmente válidos no Brasil, o texto propõe uma releitura da obra O Processo de Franz Kafka, que conta a história de um bancário preso e condenado sem saber o motivo - em sigilo. Objetiva o artigo transferir a história de Josef K. para o Brasil atual, indagando: a) se houve atendimento ao princípio da inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI); b) se restou observado o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); c) se o princípio da publicidade foi considerado (CF, art. 5º, LX); d) e, finalmente, se verificado, na história, em algum momento, o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVIII). Permeia o trabalho uma verificação sobre o sentido do sigilo processual e do processo justo.

8.2 A inviolabilidade de domicílio

Indaga o personagem Josef K.: estando todas as leis em vigor, quem ousaria cair de assalto sobre ele em sua casa?

E a pergunta tem toda pertinência, pois “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, inciso XI, da CF/88).

O fato é que Josef K. é preso em sua casa sem saber o motivo e sem existir ordem expressa a respeito emitida por uma autoridade competente.

Essa situação não poderia ter ocorrido no Brasil por causa do princípio constitucional da inviolabilidade do domicílio.

8.3 O devido processo legal

Nossa Constituição garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV do art. 5º).

Ao momento da prisão, o inspetor revela a Josef K. que não sabe dizer se este é acusado, somente sabe que está detido, mais não sabe.

Como se vê, Josef K. foi preso sem sabe do que estava sendo acusado. A privação de sua liberdade sem o devido processo legal seria inadequada em nosso país, com ferimento a princípio constitucional.

8.4 O princípio da publicidade

Segundo a nossa Constituição, “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, inciso LX).

A restrição de publicidade só pode se dar em benefício do acusado e não contra ele.

No caso em tela, o personagem sequer sabe do que lhe acusam. Trata-se, portanto, de processo sigiloso, o que é inadmissível frente ao sistema constitucional-processual brasileiro.

8.5 A presunção de inocência

No Brasil, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inciso LVII, do art. 5º).

Josef K. não teve a presunção de inocência em seu favor, como já se demonstrou. Desse modo, mais um princípio constitucional restou violado, pois foi o personagem considerado culpado previamente.

8.6 O sigilo processual

O uso da expressão sigilo processual destina-se a significar pelo menos duas situações. O fato de haver sigilo na obra de Kafka e porque

o modo de realização do processo judicial de Josef K. é todo realizado em sigilo. O sigilo é a ideologia e a prática do enredo, a atmosfera da obra.

Desse modo, o sigilo no Processo de Kafka significa, de forma evidente, a ausência de um Estado Democrático de Direito, especialmente dos princípios constitucionais analisados: a) da inviolabilidade de domicílio; b) do devido processo legal; c) da publicidade; e) da presunção de inocência.

8.7 O processo justo

O direito de acesso aos tribunais tem dupla dimensão. A primeira delas representada por um direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes públicos. A segunda por um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros.

Como se pode observar, Josef K. não teve um processo justo, segundo os princípios constitucionais analisados. Sua prisão não foi fundamentada e nem determinada por autoridade competente. Sua defesa não pode ser formulada à luz dos princípios do devido processo legal e da publicidade. Além do mais, em nenhum momento do seu processo observou-se a presunção de inocência.

9. REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. atual. até EC 56-2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

BATUMAN, Elif. O último processo: a disputa jurídica e literária em torno do espólio de Franz Kafka. Tradução de Paulo Migliacci. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Ilustríssima. 10.10.2010, p. 6-7.

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 8. ed. rev. e atual. até a EC 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARONE, Modesto. **Um dos maiores romances do século**. Posfácio de O Processo de Franz Kafka. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.
- CORREIA, Victor. **Direito e literatura: o Processo de Kafka**. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=307777&idse=84.047&ida.... Acesso em: 24.09.2011.
- ECO, Umberto. **O nome da rosa**. Aurora Fornoni Bernardini e Homero Freitas de Andrade (Trad.). Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Modesto Carone. Rio de Janeiro: O Globo; São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.
- LOPES, Sérgio. **Interpretação sobre o processo, de Franz Kafka, vida e obra do autor**. Disponível em: <http://www.artigos.com/artigos/humanas/artes-e-literatura/o-processo-de-franz-kafka:-vida-e-obras-do-autor-1420/artigo/>. Acesso em: 30.10.2011.
- MENCHEN, Denise. Alemães e ingleses levam cartas de Kafka: entidades anunciam compra conjunta de um lote com correspondências entre escritor e irmã que seria leiloado. **Jornal Folha de São Paulo** de 05.04.2001. p. E5.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24 ed. atual. até EC 57/08. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PIRES, Lucas. **A sensibilidade moderna e o processo de criação de Franz Kafka**. Disponível em: <<http://www.conjecturas.com.br/edicao02/cerebrar/kafka.htm>>. Acesso em 22.03.2010.

SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara P. **Constituição Federal**. 5. ed. atual. até EC 64-2010. Curitiba: Juruá, 2010.

SARMATZ, Leandro. **Franz Kafka: o mestre do inesperado**. Disponível em: <<http://historia.abril.com.br/cultura/franz-kafka-mestre-inesperado-434582.shtml>>. Acesso em: 22.03.2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. Até EC 48/2005. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. atual. até a EC 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

FOTOGRAFIA DIGITAL COMO PROVA NO PROCESSO - ASPECTOS TECNOLÓGICOS

Juliana Cristina Busnardo Augusto de Araujo¹

Resumo: O presente artigo analisa a impugnação à autenticidade da fotografia digital utilizada como prova documental em um processo e a tecnologia atualmente disponível para a garantia da integridade da imagem digital e para a aferição de possíveis adulterações nela operadas.

Palavras-chave: fotografia digital - autenticidade - prova - processo - tecnologia.

Abstract: This paper analyzes the challenge to the authenticity of digital photography as documentary evidence used in a process and technology currently available for ensuring the integrity of the digital image, and scouting for possible adulteration of it operated. **Keywords:** digital photography - authenticity - evidence - process - technology.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO - DELIMITAÇÃO DO CAMPO DE ESTUDO. 2 FOTOGRAFIA DIGITAL - ACESSO À TECNOLOGIA DE IMAGEM. 3 TECNOLOGIA DOS EQUIPAMENTOS. 4 FOTOGRAFIA DIGITAL COMO PROVA DOCUMENTAL. 5 EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DOCUMENTO ELTRÔNICO. 5.1 TECNOLOGIA PARA A GARANTIA DA INTEGRIDADE DA IMAGEM DIGITAL. 5.2 TECNOLOGIA PARA AFERIÇÃO DE IMAGENS DIGITAIS ADULTERADAS. 6 CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS.

¹ Servidora Pública Federal do TRT da 9ª Região. Graduada em Direito pela PUC-PR. Especialista em Direito Empresarial pelo IBEJ. Integrante do Projeto de Pesquisa Científica do UNICURITIBA “Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial: os Efeitos Limitadores da Prova Judiciária”, sob responsabilidade do Professor Doutor Luiz Eduardo Gunther. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela UNICURITIBA.

1. INTRODUÇÃO - DELIMITAÇÃO DO CAMPO DE ESTUDO

Esse artigo é fruto semeado nos encontros do grupo de estudo relativo ao projeto de pesquisa científica do UNICURITIBA “Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial: os Efeitos Limitadores da Prova Judiciária”, sob responsabilidade do ilustre professor Doutor Luiz Eduardo Gunther.

Diante das controvérsias existentes em torno da admissão em juízo da fotografia digital como prova apta a comprovar fato juridicamente relevante, foi deliberado que o estudo seria dividido entre os pesquisadores, com o fito de tentar elucidar diversos aspectos de suma relevância para a compreensão do tema. Dessa forma, a parte a mim atribuída refere-se à abordagem do tema sob o prisma da tecnologia digital, responsável pela drástica modificação dos paradigmas que norteiam o mundo da fotografia.

O campo desse estudo se localiza, portanto, no momento processual em que os registros das fotos obtidas da câmera digital e gravadas no seu cartão de memória, uma vez levados ao processo como prova, são impugnados em sua autenticidade pela parte contra quem fora produzida, de forma a demandar uma investigação de possíveis adulterações por meio de um exame pericial.

2. FOTOGRAFIA DIGITAL - ACESSO À TECNOLOGIA DE IMAGEM

A nomenclatura fotografia vem do grego *Photos* = Luz / *Graphos* = escrita, portanto, “escrita da luz”². É a fotografia, assim, em um documento não escrito, cuja característica consiste na captura dos elementos visuais

² SALLES, Filipe. *Manual de fotografia e cinematografia básica*. p. 5. Disponível em: <http://www.mnemocine.com.br/download/manual_introd_cap1_hist.pdf>. Acesso em: 24 set. 2010 às 15h43min.

e no registro das impressões sensíveis extraídas dos fatos ou coisas que pretende representar.

Designa-se por fotografia digital³ o registro extraído de uma câmera digital, sendo as informações captadas gravadas em sua memória, na forma de um arquivo digital. A visualização da imagem pode ser feita no ato, através dos recursos da câmera digital (normalmente, uma tela de LCD). O arquivo de imagem pode ser editado, impresso, enviado por e-mail ou armazenado em dispositivos de armazenamento de imagem digital.

Os equipamentos relativos à câmera digital atualmente disponíveis no mercado possuem alta sofisticação em qualidade de imagem e são oferecidos a preços cada vez mais baixos. A facilidade de uso decorrente da simplificação dos processos de captação, armazenagem, impressão e reprodução de imagens proporcionados pelo ambiente digital, bem como a incorporação da câmera fotográfica aos aparelhos de telefonia móvel, tem ampliado significativamente o uso da imagem fotográfica, que passou a integrar por definitivo o cotidiano dos indivíduos:

Fotografia é, essencialmente, a técnica de criação de imagens por meio de exposição luminosa, fixando esta em uma superfície sensível. A primeira fotografia reconhecida remonta ao ano de 1826 e é atribuída ao francês Joseph Nicéphore Niépce. Contudo, a invenção da fotografia não é obra de um só autor, mas um processo de acúmulo de avanços por parte de muitas pessoas, trabalhando juntas ou em paralelo ao longo de muitos anos. Se por um lado os princípios fundamentais da fotografia se estabeleceram há décadas e, desde a introdução do filme fotográfico colorido, quase não sofreram mudanças, por outro, os avanços tecnológicos têm sistematicamente

³ Fotografia digital. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fotografia_digital>. Acesso em: 25 jun. 2010 às 09h33min.

possibilitado melhorias na qualidade das imagens produzidas, agilização das etapas do processo de produção e a redução de custos, popularizando o uso da fotografia⁴.

Entretanto, deve ser diferenciada a terminologia “imagem digital” da “fotografia digital”. Essa é somente um tipo de imagem digital adquirida pela utilização de câmeras fotográficas digitais.

3. TECNOLOGIA DOS EQUIPAMENTOS

O clique da máquina significa que a luz nela adentra e traduz o mundo visto através da lente em um curtíssimo espaço de tempo. A diferença é que antigamente a refração da luz captada pela lente era gravada em um filme por meio de um processo químico e, atualmente, fica ela armazenada em um arquivo digital.

O funcionamento ótico da câmera digital é traduzido em um sensor que transforma a imagem capturada em um grande número de pixels, as minúsculas partes que formam as imagens digitais.

Este sensor, munido de vários condutores de fibra ótica chamados de CCD (*charge-couple device*), foi criado por Charles K. Kao, o qual, juntamente com Willard S. Boyle e George E. Smith, agraciados por inventar o olho da câmera digital, ganharam o prêmio Nobel da Física do ano de 2009⁵.

O condutor CCD está presente em todos os modelos de câmera digital, desde a fotográfica mais simples até o telescópio espacial de suprema velocidade e precisão. Trata-se de uma fibra ótica constituída de várias células fotossensíveis, na qual um feixe luminoso atravessa seu centro (um

⁴ **Imagem digital.** Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Imagem_digital>. Acesso em: 25 jun. 2010 às 14h08min.

⁵ Pais da foto digital e da fibra ótica levam o Nobel. **Jornal Gazeta do Povo.** Caderno Mundo. Edição de 7 de outubro de 2009.

cabo mais fino que um fio de cabelo feito de quartzo ou de silício), a qual permite a propagação da luz seguindo as leis da refração. Este condutor, acionado por meio de aplicação de uma voltagem à sua grade, faz com que elétrons sejam liberados de acordo com a intensidade da luz, permitindo, com isso, a leitura de seu conteúdo linha por linha e a obtenção de uma imagem preta e branca, a qual passa a ser colorida mediante a aplicação de filtros vermelho, verde e azul. A onda luminosa é, então, transformada em sinais elétricos, armazenáveis em um computador, na forma de bits e bytes, sendo cada célula recriada como ponto de imagem ou pixel. A imagem resultante pode ser armazenada em qualquer um dos meios magnéticos tecnologicamente disponíveis (disquete, cartão de memória ou CD), permitindo ao usuário, portanto, a transferência do conteúdo para um computador.

Como os computadores se utilizam de um sistema de numeração binária, apenas dois dígitos (0 e 1) representa qualquer caractere, seja ele um número, uma letra ou uma fotografia. Assim, uma imagem não passa de uma longa sequência desses números, que se transformam em quadros minúsculos, denominados pixel (contração de *picture x element*), o qual “representa uma intensidade de luz e de cor que todos eles, em conjunto, irão formar a imagem digital”⁶. A quantidade de pontos de formam a imagem é o que definirá a sua resolução, ou seja, a quantidade de pixels é diretamente proporcional à qualidade da imagem. Isso porque ela pode ser aumentada (esticada) sem, contudo, deixar os pixels aparentes, ou seja, sem perder a definição. A resolução de uma imagem é comumente medida por pela unidade PPI (*pixels per inch*, ou pixels por polegada).

Porém, não se pode esquecer que quanto maior a resolução, maior o tamanho da imagem (em bytes) a ser salvo no computador, demandando um maior “espaço” disponível em sua memória.

⁶ MACHADO, André Wilson; SOUKI, Bernardo Quiroga. **Simplificando a obtenção e a utilização de imagens digitais** - scanners e câmeras digitais. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dpress/v9n4/a12v9n4.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2010 às 15h45min.

A resolução, como anteriormente explicado, está diretamente relacionada à qualidade final das imagens obtidas e dependerá da qualidade do CCD (*charge coupled device*) da câmera em capturar pixels. Por isso, explicam André Wilson Machado e Bernardo Quiroga Souki⁷ que “quanto maior a capacidade do CCD da câmera, maior quantidade de pixels será por esta capturada, gerando imagens muito mais ricas em detalhes e com cores mais fiéis.”

4. A FOTOGRAFIA DIGITAL COMO PROVA DOCUMENTAL

O documento é toda coisa capaz de representar um fato. Ele se traduz num objeto corporal, produto da atividade humana que conserva os vestígios que, através da percepção de sinais gráficos sobre eles impressos, ou por meio da luz ou do som que possa produzir, é capaz de representar, de forma permanente, a quem observe, um fato existente fora de seu conteúdo⁸. A fotografia digital se configura, portanto, como uma espécie de prova documental.

Tratando-se, pois, de uma prova documental, pode ser impugnada pela parte contra quem foi produzido o documento mediante apresentação da arguição de falsidade regulada nos arts. 390 e seguintes do CPC.

O incidente de falsidade cabe em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte contra quem foi produzido o documento suscitar-lo na contestação ou no prazo de dez dias, contados da intimação da sua juntada aos autos.

A arguição de falsidade levantada antes de encerrada a instrução processual deve ser feita por petição dirigida ao juiz com exposição dos

⁷ *Idem, ibidem.*

⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. In: **Estudos de direito processual civil**. Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 293.

motivos em que se funda sua pretensão e os meios com que provará o alegado. Intimada a parte que produziu o documento a responder no prazo de dez dias, o juiz ordenará o exame pericial. Este não ocorrerá somente se a parte que produzir o documento concordar em retirá-lo e a parte contrária não se opuser ao desentranhamento. A sentença, por sua vez, declarará a falsidade ou a autenticidade do documento.

Porém, argüida a falsidade depois de encerrada a instrução processual, correrá o incidente apenso aos autos principais, processando-se no Tribunal perante o relator, com os mesmos procedimentos já explicitados. Neste caso, suscitado o incidente, o juiz suspenderá o processo principal até que ele seja decidido.

A parte que produzir a fotografia digital como prova de um processo, ao juntá-la deve, por cautela, fazê-la acompanhar com o meio físico no qual o arquivo digital está gravado, como o cartão de memória ou o CD, por exemplo, para possibilitar a eventual realização da perícia sobre a imagem impugnada.

5. EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO

O documento eletrônico está previsto no art. 225 do Código Civil, *verbis*:

Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, **quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos** ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão. [sem grifo no original]

Segundo o art. 225 do Código Civil vigente, a ausência de impugnação implica em plena eficácia probatória do documento eletrônico. A sua impugnação, entretanto, remete as partes a um procedimento pericial para verificação de sua integridade.

Existem programas de computador editores de imagem munidos de tecnologia capazes de produzir alterações substanciais da foto que ficam quase imperceptíveis, como, por exemplo, o conhecido o Photoshop, o GIMP, dentre outros.

A própria câmera digital possui aplicativos que permitem a modificação da fotografia no próprio equipamento. Nos modelos mais antigos as alterações da foto ficavam limitadas à alteração de brilho, de luminosidade, de tamanho, de controle de cores e ao recorte da imagem⁹. Atualmente, porém, as novas tecnologias já permitem remediar detalhes indesejáveis que a crescente resolução das câmeras pessoais pode destacar, como imperfeições de pele em um retrato de rosto, por meio da utilização de algoritmos específicos. Certos modelos oferecidos pela HP permitem que, por meio do comando “Touch Up”, imperfeições de pele sejam liquidadas e substituídas pelo tom da pele do fotografado após o usuário escolher os pontos por meio de um cursor pela tela LCD da câmera¹⁰.

Ainda que não seja padrão na maioria das câmeras, tais ferramentas de edição indicam uma provável evolução para as já tão comuns funções que melhoram a resolução de cores das fotos batidas e usam algoritmos para compensar as eventuais falhas do fotógrafo casual. Linhas fotográficas de fabricantes como Canon, Kodak, Nikon, Fuji, Mitsuca e Sony possuem filtros próprios que filtram a luz e a velocidade do obturador para melhorar a qualidade de fotografias em situações específicas. A especialização dos modos de cena, por exemplo, chega a um ponto semiprofissional de tão pontual que é, como os modos para fotografar comida oferecidos por

⁹ FUZINO, Cláudio Luís Yuki. A fotografia digital como meio de prova. *Juris Síntese*, n. 57, jan./fev. 2006.

¹⁰ FELITTI, Guilherme. *Câmeras digitais realçam e alteram realidade na hora do clique*. Disponível em: <http://idgnow.uol.com.br/computacao_pessoal/2007/05/18/idgnoticia.2007-05-18.8916300366/>. Acesso em: 11.11.2010.

câmeras da Olympus, BenQ e Pentax. Animais também são o alvo de funções específicas: enquanto a HP permite a remoção de olhos coloridos de fotografias de gatos e cães, a Pentax pede que o fotógrafo especifique até a cor da pelagem do seu bicho para definir quais filtros usará no disparo.

Desta forma, a crescente possibilidade de adulteração da imagem digital ao gosto do usuário, por meio de poucos comandos que permitem a manipulação de seus dados originais, suscita dúvidas na admissão da fotografia digital como prova no processo.

Impugnada sua idoneidade no processo, o juiz nomeará um perito a quem incumbirá “verificar a ausência de montagens, cortes, ou o emprego de qualquer artifício para iludir e falsear o ambiente ou as pessoas e coisas retratadas¹¹. Como se verá adiante, a idoneidade da fotografia digital pode ser atestada pelo perito, pois atualmente existem tecnologias disponíveis capazes de garantir a integridade da imagem digital e práticas seguras para aferir adulterações nela porventura realizadas.

5.1 TECNOLOGIA PARA GARANTIA DA INTEGRIDADE DA IMAGEM DIGITAL

Segundo Marcelo Antonio Sampaio Lemos Costa¹², perito criminal do Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto, existem duas técnicas computacionais que garantem a autenticidade desses arquivos, já bastante conhecidas e difundidas.

5.1.1 Formato RAW

O primeiro método, segundo o perito, é o formato RAW, um sistema binário armazenamento que existe em certas câmeras digitais que atestam que a fotografia está “sem processamento”, “sem tratamento” ou “cru”, ou seja, garante a autenticidade do arquivo de imagem. Este formato mantém

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, t. II, p. 496.

¹² COSTA, Marcelo Antonio Sampaio Lemos. *A fotografia digital e seu valor legal na perícia oficial*. Disponível em: <http://www.periciasambientais.com.br/fotos_dig_per.pdf>. Acesso em: 24.09.2010 às 15h45min.

a integridade da imagem, pois impede que qualquer manipulação seja salva no mesmo arquivo, sendo necessário, para salvar as alterações realizadas, a conversão para outro formato como o TIFF ou JPEG.

O formato de arquivo é a forma pela qual a imagem será armazenada, isto é, gravada ou salva na máquina digital e posteriormente transferida ao computador.

O formato TIFF (*Tagged Image File Format*), é frequentemente utilizado na web para arquivar imagens devido ao fato de conservar fidedignamente a imagem original sem qualquer compressão, possuindo, por isso, um tamanho maior que a dos outros formatos, identificado pela extensão *.tif*.

Já o formato JPEG (*Joint Photographic Experts Group*) utiliza o sistema *lossy compression*, uma técnica de compressão que resulta em perda de dados decorrente da eliminação de alguns pixels, e é identificado pela extensão *.jpeg*. A maioria das imagens utilizam o formato *.jpeg*, já que mantém uma boa resolução com uma grande compressão, permitindo que imagens com tamanho grande sejam incluídas em apresentações de Power Point ou inseridas em documentos. Askey¹³ justifica a ampla utilização desse formato devido à sua capacidade de reduzir de 8 a 10 vezes o tamanho do arquivo de uma fotografia sem perda da qualidade final da imagem detectada pelo olho humano a uma distância normal.

5.1.2 HASH ou Soma de Comprimento Fixo

Já a segunda técnica enunciada pelo especialista é o HASH (ou soma de comprimento fixo), resultante da aplicação de um algoritmo unidirecional que converte parte de um arquivo digital em um valor de comprimento fixo irreversível, ou seja, o HASH permite verificar se um determinado dado teve seu conteúdo adulterado, garantindo a integridade da informação. O HASH varre todos os pixels da imagem e obtém

¹³ ASKEY, P. Learn: glossary: digital imaging: JPEG. Disponível em: <http://www.dpreview.com/learn/Glossary/Digital_Imaging/JPEG_01.htm>. Acesso em: 25 set. 2010.

informações de que aquela imagem foi extraída de determinado CCD, câmera, data e local, gerando uma assinatura digital.

Os dois algoritmos mais utilizados para este fim são o MD5 do *Ron Rivest*, que produz valores de *hash* em 128 bits e o *Segure Hash Algoritm-1* ou SHA-1, que produz valores de *hash* em 160 bits. Esses softwares permitem a aferição de mínima variação de tonalidade na imagem periciada.

O processo é de grande simplicidade e segurança e assegura um método seguro de garantia de integridade para imagens digitais, aplicável a qualquer arquivo de computador.

5.2 TECNOLOGIA PARA AFERIÇÃO DE IMAGENS DIGITAIS ADULTERADAS

Embora os programas modernos de computador tenham facilitado a manipulação de fotografias e dificultado sua percepção, a tecnologia permitiu a criação de novos métodos para identificar imagens adulteradas por meio de exame pericial.

Existem atualmente técnicas computacionais e matemáticas capazes de detectar alterações em imagens digitais, como esclarece o norte-americano Hany Farid¹⁴, perito em fotografias digitais, ao explicar o método de seu trabalho: “nossa abordagem para a criação dessas ferramentas começa com a compreensão acerca de quais propriedades geométricas ou estatísticas de uma imagem são modificadas por um tipo particular de adulteração. Em seguida, desenvolvemos um algoritmo matemático para descobrir essas irregularidades”¹⁵.

Nesse sentido, esclarece o especialista que “cada imagem a ser analisada traz desafios únicos e requer abordagens diferentes”, justificando que “devido à variedade de imagens e formas de adulteração, a análise

¹⁴ Hany Farid trabalhou com agências federais de justiça dos EUA e muitos outros clientes na detecção de imagens adulteradas. Farid é professor de ciência da computação, catedrático associado de ciência da computação do Dartmouth College e também filiado ao *Institute for Security Technology Studies* em Dartmouth.

¹⁵ FARID, Hany. **Perícia de imagens digitais**. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/pericia_de_imagens_digitais_imprimir.html>. Acesso em 29 jul. 2010 às 19h25min.

pericial de imagens tem o benefício de dispor de uma ampla gama de ferramentas”.

Os algoritmos citados por Hany Farid são capazes de detectar, portanto, quando uma imagem contém uma área “clonada”, ou não possui as propriedades matemáticas de uma foto digital original.

Explica o *expert* as razões pelas quais a análise pericial para a demonstração da autenticidade da fotografia digital mostra-se inevitável:

Embora algumas das ferramentas periciais não sejam tão difíceis de burlar - por exemplo, seria fácil escrever um programa para restaurar as correlações de pixel adequadas esperadas em uma imagem não-manipulada -, outras serão bem mais complexas de contornar e estarão além das possibilidades de um usuário mediano. As técnicas exploram propriedades complexas e sutis da iluminação e geometria do processo de formação da imagem, que são difíceis de serem corrigidas usando um programa padrão de edição de fotos¹⁶.

Alin C. Popescu, em sua tese de Doutorado em Filosofia da Ciência Computacional do Dartmouth College¹⁷, a qual teve como orientador o Professor Hany Farid, afirma que foram desenvolvidas cinco técnicas para quantificar e detectar diferentes tipos de falsificações em fotos digitais.

5.2.1 Reamostra de Imagens (*re-sampled images*)

A primeira técnica é a da Reamostra de Imagens (*re-sampled images*). Justifica o Doutor Alin que uma falsificação criada pela emenda

¹⁶ FARID, Hany. **Perícia de imagens digitais**. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/pericia_de_imagens_digitais_imprimir.html>. Acesso em: 29 jul. 2010 às 19h25min.

¹⁷ **Statistical tools for digital image forensics**. [Ferramentas estatísticas para análise forense de imagem digital]. Disponível em: <<http://www.cs.dartmouth.edu/farid/publications/apthesis05.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2010 às 14h43min.

representada pelo conjunto de imagens de duas pessoas sobrepostas em um fundo escolhido, para que se crie uma versão convincente, é necessário redimensionar, girar ou esticar as imagens originais (ou porções delas), o que requer uma fazer outra amostra ou reamostra das imagens para uma rede diferente.

Esta reamostragem introduz específicas correlações entre os pixels das imagens vizinhas, que são quantificadas e detectadas através do algoritmo da maximização da expectativa EM (*expectation - maximization*).

5.2.2 Filtro de Cor Array Manipulado / Imagens Interpolares

Outro método para aferir adulteração das fotos é a chamada Filtro de Cor Array Manipulado / Imagens Interpoladas. A interpolação é uma técnica de aumento artificial da nitidez da imagem, como, por exemplo quando se insere um DVD em uma televisão de alta resolução. Tal método permite a melhora artificial da nitidez da imagem, entretanto, não equivale à qualidade resultante de uma foto tirada com uma resolução mais alta. Explica o Doutor Alin que a maioria das câmeras digitais vêm equipadas com um sensor *charge-coupled device* (CCD) ou com um semicondutor de óxido de metal complementar (CMOS), que capturam imagens em cor utilizando uma matriz de filtros de cor Array.

Em cada local de um pixel, somente uma amostra de cor (de três) é capturada. As cores faltantes da amostra são, então, deduzidas dos valores vizinhos. Esse processo, conhecido como interpolação CFA, introduz correlações específicas entre as amostras de uma imagem colorida.

Entretanto, estas correlações são geralmente destruídas quando uma imagem CFA interpolada é adulterada, e podem ser utilizadas para descobrir vestígios de adulteração.

Com base em uma abordagem similar à detecção por reamostra de imagens, utiliza-se o algoritmo da maximização da expectativa EM para detectar se correlações das imagens interpoladas CFA estão faltando em alguma porção de uma imagem.

5.2.3 Dupla Compressão JPED

A terceira técnica é a da dupla compressão JPED. Afirma o Doutor Alin que quando há uma falsificação de uma imagem, um comportamento típico é o de gravar a imagem em um software de edição de fotos, fazer algum procedimento e regravar a imagem adulterada.

Se o formato JPED foi o utilizado para armazenar as imagens, resulta violada a dupla compressão da imagem. A dupla compressão JPEG introduz correlações específicas entre os coeficientes de transformação discreta do cosseno (*discrete cosine transform* - DCT) de blocos de imagens. Essas correlações podem ser detectadas e quantificadas pela análise de histogramas dos coeficientes de DCT.

O histograma é um gráfico de ondas que mostra a quantidade de tons claros e escuros em uma determinada região da imagem.

A dupla compressão JPEG de uma imagem não prova, necessariamente, uma adulteração maliciosa, porém levanta a suspeita de que uma imagem pode não ser autêntica.

5.2.4 Regiões de Imagens Duplicadas

O quarto método é o das Regiões de Imagens Duplicadas. Elucida o *expert* que uma manipulação comumente utilizada para remover uma pessoa ou um objeto não desejado de uma imagem é o ato de copiar e de colar porções da mesma imagem sobre a região desejada.

Se o encaixe é imperceptível, pouca preocupação é geralmente atribuída para o fato de que regiões idênticas estão presentes na imagem.

Assim, foi desenvolvido um algoritmo que emprega um componente de análise principal (PCA) em blocos de tamanho fixo de imagens e classificação lexográfica para detectar eficientemente a presença de regiões duplicadas até mesmo em imagens ruidosas ou com perda de compressão.

5.2.5 Padrões de Ruídos Inconsistentes

Já a última técnica é a do Padrões de Ruídos Inconsistentes: imagens digitais contêm uma quantidade inerente de ruídos que são uniformemente

distribuídos por toda a imagem.

O ruído é representado por aqueles pontos pretos que ficam quando se tira uma foto em um ambiente desfavorável, com pouca luminosidade. Geralmente, uma foto passa por um programa de tratamento para a retirada de ruídos (impurezas ou inconsistências) como etapa obrigatória para sua edição ou publicação.

Ao criar falsificações digitais, é comum adicionar pequenas porções de ruídos nas regiões adulteradas para ocultar vestígios de falsificação. Como resultado, o local dos níveis de ruído inseridos na imagem pode tornar-se inconsistente. Nesse sentido, foi implementado um algoritmo para a estimação de variação de ruído localizado, empregado para diferenciar regiões com diferentes quantidades de ruído que foram adicionados à imagem.

Para cada uma das técnicas acima, foi desenvolvida uma fundamentação teórica para demonstrar sua efetividade na detecção de falsificações, bem como foram analisadas a sensibilidade e a robustez dos algoritmos utilizados.

6. CONCLUSÃO

A fotografia digital é uma espécie de prova documental cuja autenticidade pode ser impugnada no processo. O juiz nomeará um perito para aferição de possíveis adulterações operadas na imagem digital.

Caso a imagem esteja armazenada no formato RAW ou derivada da utilização da técnica do HASH, a imagem gravada no arquivo digital é de total segurança quanto à sua integridade.

Porém, caso esteja armazenada em outro formato, o perito recorrerá às cinco técnicas para aferição de imagens adulteradas, a saber: reamostra de Imagens (*re-sampled images*), filtro de cor array manipulado/imagens interpolares, dupla compressão JPED, regiões de imagens duplicadas e padrões de ruídos inconsistentes.

Por tudo o quanto expendido, deve a fotografia digital, como meio de prova, ser usada com certa prudência, como adverte Rodrigo Tourinho Dantas¹⁸, citando Antonio Carlos Macarto:

De outra parte, não é de se excluir de plano valor probante a fotografias obtidas por métodos digitais, em que, ausentes os negativos, a hipótese de regularidade tenderá, entretanto, a passar por processos mais complexos, de natureza pericial, demandando, outrossim, redobrada cautela pelas facilidades de edição e reclamando para breve disciplina legal e específica a apreciar-lhe a admissibilidade e controle.

Deve ser ressaltado que o campo de perícia de imagens, como visto, continuará a dificultar, contudo, nunca a impossibilitar a criação de falsificações indetectáveis, por isso a cautela em no recurso à fotografia digital como meio de prova em um processo se faz necessária.

7. REFERÊNCIAS

ASKEY, P. **Learn: glossary: digital imaging: JPEG**. Disponível em: <http://www.dpreview.com/learn/Glossary/Digital_Imaging/JPEG_01.htm>. Acesso em: 25 set. 2010.

COSOI P., Eduardo. *Fotografia digital: (I) Archivo de Imágenes*. **Rev. chil. pediatr.[online]**. 2002, vol.73, n.4, Santiago, jul. 2002. p. 399-401.

¹⁸ DANTAS, Rodrigo Tourinho. **A fotografia digital como meio de prova no processo civil e trabalhista**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9642>>. Acesso em: 06 ago. 2010 às 23h13min.

COSTA, Marcelo Antonio Sampaio Lemos. **A fotografia digital e seu valor legal na perícia oficial.** Disponível em: <http://www.periciasambientais.com.br/fotos_dig_per.pdf>. Acesso em 24.09.2010 às 15h45min.

DANTAS, Rodrigo Tourinho. **A fotografia digital como meio de prova no processo civil e trabalhista.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9642>>. Acesso em 06.08.2010 às 23h13min.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. In: **Estudos de direito processual civil.** Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 293.

FARID, Hany. **Perícia de imagens digitais.** Disponível em: <http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/pericia_de_imagens_digitaes_imprimir.html>. Acesso em: 29.06.2010 às 19h25min.

FELITTI, Guilherme. **Câmeras digitais realçam e alteram realidade na hora do clique.** Disponível em: <http://idgnow.uol.com.br/computacao_pessoal/2007/05/18/idgnoticia.2007-05-18.8916300366/>. Acesso em: 11.11.2010.

Fotografia digital. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fotografia_digital>. Acesso em: 25.06.2010 às 09h33min.

FUZINO, Cláudio Luís Yuki. A fotografia digital como meio de prova. **Juris Síntese**, n. 57, jan./fev. 2006.

Imagem digital. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Imagem_digital>. Acesso em: 25.06.2010 às 14h08min.

Jornal Gazeta do Povo. Pais da foto digital e da fibra ótica levam o Nobel. Caderno Mundo. Edição de 7 de outubro de 2009.

MACHADO, André Wilson; SOUKI, Bernardo Quiroga. **Simplificando a obtenção e a utilização de imagens digitais** - scanners e câmeras digitais. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dpress/v9n4/a12v9n4.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2010 às 15h45min.

SALLES, Filipe. **Manual de fotografia e cinematografia básica.** Disponível em: <http://www.mnemocine.com.br/download/manual_introd_cap1_hist.pdf>. Acesso em: 24.09.2010 às 15h43min.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, t. II, p. 496.

Websites:

SOCIOLOGIA E DIREITO: OS AGENTES DA JUSTIÇA BRASILEIRA EM FOCO

Juliana Grael Artigoso Franco¹

A SOCIOLOGIA E O DIREITO

Origem histórica

Sociologia do direito pode ser conceituada como o ramo da sociologia que se ocupa do direito como fenômeno social e suas conexões com as condições e as estruturas sociais em que é aplicado. Com efeito, o direito trata do fenômeno social que somente pode ser compreendido dentro do contexto normativo da cultura que lhe atribuiu significados e determinou suas funções. Conquanto se admita a dificuldade de precisar a definição de direito, é certo que, com o surgimento desse ramo da sociologia, ficou claro que se trata de um sistema de relações sociais.

De forma objetiva, admitindo-se que a sociologia é uma ciência que procura descrever, explicar e prognosticar os fenômenos sociais e que o ordenamento jurídico se trata de um conjunto de normas sancionadas pelo Estado, conforme procedimento predeterminado que se consideram válidas em um território, então podemos afirmar, segundo conceito de FUCITO², que a sociologia do direito trata de descrever, explicar e prognosticar o modo como as pessoas interagem, tomando como referência positiva ou negativa um conjunto de normas jurídicas.

A sociologia do direito tem sua origem, de forma mais palpável, no século XIX. Todavia, somente foi reconhecida como ramo autônomo da sociologia geral, após a Segunda Guerra Mundial.

¹Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru - Instituição Toledo de Ensino (ITE); Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Doutoranda da Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho, Área Laboral; Professora do Curso de Direito da ISULPAR - Instituto Superior do Litoral do Paraná

² FUCITO. Felipe. *Sociologia del Derecho*. Editorial Universidad. Bs As:2003.

Entre as discussões teóricas que se destacaram neste período, duas contribuíram de modo pontual para a construção da sociologia do direito. O debate da visão do direito como ramo subordinado aos valores e à conduta da sociedade ou como criador e regulador da evolução social. A polêmica entre os que defendem o direito como garantidor da resolução pacífica dos conflitos e promotor do bem estar social e outros que o têm como instrumento da classe dominante para defender seus interesses e controlar a classe dominada.

Eugen Ehrlich apud SOUSA SANTOS³ foi um dos primeiros a atribuir conotação sociológica ao abordar o direito não se restringindo à sua forma positivada e ao seu conteúdo puramente material. O referido escritor foi pioneiro ao abordar o direito vivo, no qual traça a diferença entre o direito gerado pelas relações sociais e o direito vigente, decorrente das leis formalmente estatuídas. O estudioso também enfatizou o tópico da criação judiciária do direito, no qual contrapôs as normas abstratamente previstas em lei com a sua aplicação ao caso concreto por magistrados.

No século XIX, predominaram teorias abordando o direito positivado, com ênfase ao seu conteúdo substantivo. Essa conjectura foi alterada no final da década de 50 e início da de 60. Além dos enfoques ao direito regularmente posto através das leis e seu conteúdo material, a sociologia do direito passou a atribuir especial destaque aos aspectos processuais, institucionais e organizacionais. Fatores teóricos e sociais contribuíram para essa mudança nos estudos desse ramo da sociologia.

São teóricos o surgimento de um ramo da sociologia direcionado à análise das organizações sociais, especificamente, a organização judiciária e seus tribunais, a introdução da ciência política no estudo do sistema judiciário e o desenvolvimento da antropologia do direito ou da etnologia jurídica com direcionamento das pesquisas à prevenção e solução dos conflitos.

³ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Direito e justiça - A função social do judiciário*. Editora Ática. S. Paulo: 1989. p 41.

Entre os fatores sociais destacamos, nas palavras de SOUSA SANTOS⁴, a luta pelos direitos sociais preconizando o acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais e ainda, na década de 60, a eclosão do que o referido autor chamou de crise da administração da justiça, uma vez que a difusão dos direitos sociais, com mudanças radicais nos padrões da sociedade, acarretou o aumento da litigiosidade.

De fato, não há como se estudar o direito sem compreender a sociedade na qual ele está posto, com sua bagagem cultural, política e ideológica.

STUCKA⁵ define o direito como um sistema de relações sociais caracterizado pelo interesse da classe dominante. A luta de classes é inerente ao sistema jurídico, pois com ela as normas jurídicas se transformam e modificam. Com efeito, o direito pode ser visto como um conjunto de leis que regula as relações sociais, ou seja, trata-se de uma instituição jurídica formalmente definida. Todavia, também merece ser analisado como um sistema resultante das mútuas relações entre os homens, assim como instrumento da classe dominante que se utiliza do poder organizado para garantir, proteger e perpetuar seus interesses.

O direito é contrarrevolucionário, ou seja, garantidor do sistema legal, meio de controlar qualquer possível revolução. As leis estabelecem e garantem a ordem definida pelo poder estatal, mas não se restringem a isso. Nas palavras de STUCKA⁶, o direito além de obstáculo a uma revolução também nasce com esta. Isso porque, um direito novo somente surge por meio de uma revolução, sendo o instrumento de reorganização das relações sociais de acordo com os interesses da nova classe vitoriosa.

⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Direito e justiça - A função social do judiciário*. op. cit. p 43.

⁵ STUCKA, Petr Ivanovich. *La función revolucionaria del derecho y del Estado*. Península. Barcelona: 1969. p. 97.

⁶ STUCKA, Petr Ivanovich. *La función revolucionaria del derecho y del Estado*. op. cit. 119.

A sociologia da administração da justiça

Os estudos da ciência política, com foco na administração da justiça, fizeram com que a atenção se voltasse aos agentes da justiça, com destaque especial aos juizes. Dessa forma, tornou-se relevante a busca da origem e formação dos magistrados e os reflexos destas na atuação e na administração da justiça. A bagagem cultural, econômica e política dos juizes influencia em suas decisões, não podendo se falar na justiça como função neutra, porquanto posta em prática por pessoas-juizes com percepções particulares da vida e da sociedade.

O direito representa os interesses da classe dominante, com criação e interpretação feitas de acordo com a política, cultura e ideologia de determinada sociedade e, como tal, irradia na visão defendida ou adotada por determinado magistrado durante sua atuação no processo, culminando com a sentença.

JUNQUEIRA⁷, em relevante pesquisa acerca do perfil dos juizes no Rio de Janeiro, dentre tantos temas, investigou o tipo de formação acadêmica dos novos magistrados, especialmente porque, no mundo moderno, se mostra essencial a obtenção do conhecimento técnico e do conhecimento amplo, sendo que este envolve a capacidade de se analisar sociologicamente os fatos jurídicos. Verificou a autora que apenas 13,5% dos juizes entrevistados apresentam outra formação acadêmica além do direito, bem como que 62,2% não possuem pós-graduação e apenas três relataram exercer atividade docente. Apesar de um número expressivo ter informado acerca da participação em cursos de reciclagem, a maioria relatou que compareceram como ouvintes. Pertinente ressaltar que a presença nestes cursos se trata de requisito para promoção na carreira e geralmente o próprio tribunal os oferece, mantendo a visão jurídica dominante.

Dos resultados mostrados, é possível concluir que os magistrados ou

⁷ JUNQUEIRA, Eliane Botelho e outros. *Juizes retrato em preto e branco*. Letra Capital Editora. Rio de Janeiro: 1997.

não são estimulados ou não estão interessados na aquisição do conhecimento amplo, priorizando o conhecimento técnico. As pesquisas também indicam que os juízes não se dedicam a pesquisas de pós-graduação e atividade docente, sendo que a reciclagem e o aperfeiçoamento dos conhecimentos somente ocorrem por meio de cursos com a finalidade de aquisição de promoção na carreira e que, na maior parte das vezes, são oferecidos pelo próprio tribunal.

Todo ato é produto de uma preferência, uma vez que entre tantas opções se elege uma, aquela que se mostra mais adequada no modo de ver e pensar da pessoa que age. Assim acontece com o juiz que fica diante de diversas normas jurídicas aplicáveis a um caso concreto e tendo que selecionar, sob análise, aquela que será aplicada ao caso. Sua escolha dependerá de sua visão de mundo, ou seja, deriva da compreensão que ele tem dos fatos do caso e das normas de possível aplicação. Sua decisão estará fundada de acordo com o valor que ele atribui para as preferências em jogo: quais fatos possuem maior relevância, quais normas se mostram mais adequadas para fundamentar suas preferências e quais valores pretende que sejam preservados.

Diante desse quadro, trouxe-se à baila a necessidade de zelar pela formação e recrutamento dos juízes, ampliando os conhecimentos que não devem estar restritos ao direito, ao campo técnico, mas também a outras áreas tais como sociologia, economia, psicologia, entre outras. De igual importância é o fato de se reconhecer que a ideologia social e política afeta as decisões para que se tome uma postura com o objetivo de minimizar os seus efeitos.

A busca pela democratização do judiciário deve ser permanente, utilizando-se das experiências bem sucedidas para seu aperfeiçoamento, com vistas ao acesso pleno à justiça célere e efetiva. O uso de outros modos de solução dos conflitos, que não somente aquele que necessita da sentença proferida pelo juiz, pode ser uma contribuição para a almejada justiça rápida, democrática e concretizadora dos direitos sociais.

A renovação do poder judiciário

Patente é a necessidade de democratização da administração da justiça, com mudanças profundas em sua estrutura, mormente no que se refere ao acesso à justiça.

As melhoras estruturais abarcam a participação ativa da sociedade, a simplificação dos atos processuais, o incentivo à conciliação, o aumento dos poderes dos juízes, a ampliação do conceito de legitimidade de partes e o interesse em agir.

A respeito do acesso à justiça, pertinente é a promoção da garantia de igualdade a este direito específico e conscientização dos cidadãos de seus direitos em geral, bem como a instituição de ferramentas que facilitem o seu uso pela parte menos privilegiada da população.

O acesso pleno à justiça também implica na reforma, no aperfeiçoamento e na atualização do direito substantivo e de sua aplicação, desburocratização da justiça e mudança da organização judiciária, com ênfase na formação e recrutamento dos magistrados.

As renovações no direito material e no processual são imprescindíveis, uma vez que os comportamentos sociais estão em constante alteração e o direito cuida dos fenômenos sociais. Ocorre que, de igual importância é a reforma da administração da justiça, não se restringindo aos tribunais e magistrados, mas a todos que atuam no poder judiciário. Necessário que a sociologia do direito abarque advogados, servidores públicos, magistrados, procuradores e administradores do judiciário.

A importância da consciência social do direito salta aos olhos ao se analisar um caso recentemente ocorrido especificamente no judiciário trabalhista brasileiro⁸.

Um barbeiro que trabalhou por mais de 40 anos junto ao 6º GAC - Grupo de Comando de Artilharia de Campanha - Comando Militar do Sul, bateu às portas do judiciário trabalhista postulando reconhecimento

⁸ Notícia extraída do sítio do Tribunal Superior do Trabalho (www.tst.jus.br) conforme Acórdão nº TST-AIRR-96240-07.2004.5.04.0121, acessado em outubro/2012.

de vínculo de emprego, argumentando que trabalhou com pessoalidade, na função de barbeiro, desde o início de 1968, sob as ordens verbais e escritas dos representantes do ente público.

A União, ré no referido processo, alegou, entre outras razões de impedimento à declaração de vínculo, a ausência de submissão a concurso público pelo reclamante/autor.

Na sentença de primeiro grau ficou reconhecida a presença dos elementos que configuram a relação de emprego, quais sejam, pessoalidade, onerosidade, habitualidade e subordinação (art. 3º da CLT), conforme legislação brasileira. Ainda, o início do vínculo entre as partes ocorreu em 01/02/1968, sendo desnecessária a prévia aprovação do barbeiro em concurso público em razão de a Constituição Federal reconhecer validade às contratações feitas pela Administração Pública anteriores à sua vigência.

A decisão do juízo a quo foi mantida pelo desembargadores federais do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), bem como pelos ministros do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Destaque-se que o processo tinha tramitação preferencial devido a problemas de saúde do trabalhador, motivo pelo qual sua esposa enviou uma carta ao ministro relator da primeira turma do TST, Walmir Oliveira da Costa. Na correspondência, ela relatou detalhadamente os fatos e expressou sua impressão no sentido de que não acreditava que a correspondência seria lida pelo destinatário.

O ministro Lélío Bentes Corrêa, presidente da Primeira Turma do TST, enfatizou a sensibilidade do ministro relator ao realizar a leitura e encaminhamento de resposta à esposa do jurisdicionado.

O desembargador convocado José Pedro de Camargo comentou, de acordo com a notícia publicada no sítio do TST, que o procurador da Advocacia Geral da União deveria ter mais discernimento em sua atuação e não recorrer de questões legais cujos posicionamentos já se encontram absolutamente consolidados, a exemplo da legalidade do ingresso no serviço público em época anterior a 1988, sem prévia aprovação em concurso.

Do caso apontado, restou comprovada a necessidade de se interligar os estudos da sociologia aos estudos jurídicos. Os ministros do TST ficaram surpresos com o fato do relator do mencionado processo ter se ocupado da leitura de uma carta enviada por uma cidadã brasileira. Todavia, tal acontecimento não deveria causar espanto, mas sim ser uma atitude natural dos componentes do poder judiciário que devem estar abertos ao diálogo com os cidadãos. Além disso, a esposa do obreiro em questão acreditava que sua carta não seria lida, o que põe em evidência o descrédito da população no judiciário, tendo referida classe como algo distante e à parte do contexto social em que vivem.

O julgador deve ser imparcial. Ocorre que imparcialidade não representa distanciamento das partes. Ao contrário, o magistrado não comprometido com os problemas dos jurisdicionados possui maior risco de decidir de forma equivocada, já que não conhece a fundo a causa. Todos os agentes da justiça devem ser atuantes e não meros espectadores, procurando conhecer o contexto em que as causas se inserem. O distanciamento de alguns juízes e advogados acarreta demandas rebuscadas, alegações desnecessárias, trâmites inúteis que resultam em perda de tempo e lesão ao direito de acesso à justiça, conforme defende RUA (2000)⁹.

Um dos fundamentos do recurso do procurador da União foi a ausência de aprovação em concurso público pelo reclamante, sendo que referida matéria não apresenta controvérsia, encontrando-se sedimentado o entendimento de que não há tal exigência para trabalhadores contratados antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

O autor laborou por mais de 40 anos para a entidade pública, tendo o procurador federal se utilizado de todos os recursos possíveis para reverter a sentença, usou todos os instrumentos processuais disponíveis para procrastinar o trânsito em julgado da decisão, sendo que tal evidentemente não seria alterada. Cristalina a existência de vínculo e a desnecessidade de

⁹ RUA. Julio Cueto. *Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados*. Abeledo Perrot. Buenos Aires:2000.

concurso público, mas mesmo assim foram utilizados todos os instrumentos processuais para retardamento da entrega da prestação jurisdicional.

O formalismo jurídico em geral e o formalismo processual em especial, bem como o alto grau de institucionalização da função jurídica, fazem com que o direito se afaste da realidade em que é aplicado.

O ordenamento positivo se distancia da realidade quando não se atenta para esta. Sem enxergar os fatos como são, o ordenamento positivado perde seu caráter de regulador de condutas. Como bem pontua FUCITO (2003)¹⁰, ao não admitir, porque causa desconforto, o uso abusivo e espúrio da lei, os agentes da justiça se refugiam na majestade do direito genericamente considerado, fechando dogmaticamente os olhos para a sua inoperância e se afundam nas causas de sua desnaturalização.

Assim, o amplo acesso à Justiça está conectado aos administradores e componentes do poder judiciário que por sua vez podem influenciar no sistema de resolução de conflitos. A lei não está posta para ser utilizada de forma abusiva ilegítima. No caso citado, o barbeiro tinha consciência de seus direitos tendo acionado a justiça e obtido a decisão transitada em julgado em seu favor.

Mas pertinente interrogar: a entrega da prestação jurisdicional por si só quer dizer efetivo acesso à justiça? A morosidade processual e os obstáculos postos por muitas vezes pelos próprios administradores da justiça não tornam a garantia constitucional de acesso à justiça ainda mais árduo? Não diminuem a crença no poder judiciário? Não prejudicam o já desgastado modelo de resolução de conflitos?

Alguém já disse: justiça tardia é, senão, injustiça!

Imperioso serem estabelecidas e concretizadas mudanças no sistema judicial brasileiro. O direito processual tem que ser instrumento realizador do direito material e não procrastinador. Os administradores da justiça devem estar próximos aos jurisdicionados, conectados à realidade que os cerca, bem como instruídos acerca de política, sociologia, psicologia, entre outras áreas.

¹⁰ FUCITO, Felipe. *Sociologia del Derecho*. Editorial Universidad. Bs As:2003.

Do caso concreto apontado, conclui-se que não se mostra suficiente falar em reforma do direito substancial ou processual se não houver mudança de comportamento dos juízes, advogados, funcionários públicos, administradores e estudiosos do direito.

A morosidade na entrega da prestação jurisdicional certamente é o principal problema enfrentado pelo direito e por seus estudiosos. Diversas reformas ocorreram no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de proporcionar sua celeridade. Todavia, não há melhoras sem alterações nas atitudes de juízes, advogados, funcionários públicos, administradores, responsáveis por sua aplicação.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - NOTÍCIAS.
Disponível em <http://www.tst.jus.br>, acesso em 22/10/2012.

FUCITO, Felipe. **Sociología del Derecho**. Editorial Universidad. Bs As:2003.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho e outros. **Juízes retrato em preto e branco**. Letra Capital Editora. Rio de Janeiro: 1997.

RUA, Julio Cueto. **Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados**. Abeledo Perrot. Buenos Aires:2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Direito e justiça - A função social do judiciário**. Editora Ática. S. Paulo: 1989.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Fabris. P. Alegre: 1988.

STUCKA, Petr Ivanovich. **La funcion revolucionaria del derecho y del Estado.** Península. Barcelona: 1969.

DIREITO A CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Campagnoli¹
Chayene Tayze Maculia Oliveira²
Silvana Souza Netto Mandalozzo³

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar o direito a reintegração do empregado portador do vírus HIV, quando vítima de despedida arbitrária e discriminatória. Para tanto, far-se-á uma análise do panorama da doença e da discriminação que assola os obreiros portadores da moléstia. Na sequência, busca-se aferir se os mecanismos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, mostram-se suficientes para a concretização da proteção do direito fundamental e social ao trabalho dos empregados soropositivos.

PALAVRAS-CHAVE: Portador de HIV; Despedida arbitrária; Discriminação.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the positive HIV employee's right to reinstatement, when victim of arbitrary and discriminatory dismissal. Therefore, far will an analysis of the landscape of disease and discrimination plaguing the workers carry the disease. Further, we seek to assess whether the mechanisms present in the Brazilian legal system, especially Precedent

¹ Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Professora Assistente da mesma instituição, Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) na Linha Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável.

² Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa.

³ Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professora Associada da UEPG, nos cursos de Bacharelado em Direito e Mestrado e Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas. Juíza do Trabalho.

443 of the Superior Labor Court, appear sufficient to achieve protection of the fundamental right and the work of social workers seropositive

KEYWORDS: HIV status; Farewell arbitrary; Discrimination

INTRODUÇÃO

A pandemia do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), em que pese flagele a humanidade há cerca de três décadas, ainda não foi controlada e atinge milhares de pessoas em todo mundo, em especial, os indivíduos com plena capacidade laboral, impactando diretamente na força de trabalho disponível, afetando significativamente o universo laboral.

Mesmo com o progresso do conhecimento científico acerca da infecção pelo vírus HIV, disseminado em meios de comunicação que atingem a maior parte da população, o preconceito continua arraigado no seio da sociedade, em especial no ambiente laboral, o que leva a concepções equivocadas sobre as formas de contágio.

Desta forma, torna-se processo recorrente a despedida imotivada de empregados soropositivos pelos empregadores, com fundamento no direito potestativo de resilir imotivadamente o contrato de trabalho a qualquer tempo, desde que arquem com as verbas rescisórias devidas.

Trata-se na realidade de dispensa discriminatória, assunto muito discutido nos Tribunais Trabalhistas. Nesta seara, há necessidade de se considerar previamente que, mesmo a legislação pátria prevendo a possibilidade de dispensa sem justa causa, como direito incontestado do empregador (DELGADO, 2011, p. 1062) proveniente de seu poder disciplinar, esse está limitado pela Constituição Federal (CF), que preconiza em seu artigo 3º como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, desprovida de preconceitos e outras formas de discriminação.

Muito embora a proteção do trabalhador contra dispensa arbitrária encontra-se presente na legislação vigente, o respeito aos dispositivos

mencionados não é uníssono, o que de forma reiterada se dá em virtude da complexidade na identificação do motivo que originou tal discriminação e impedindo a aplicação normativa que prevê a possibilidade de reintegração do trabalhador ou indenização daquele que sofreu tal ato.

E dentre os casos recorrentes em sede de Justiça do Trabalho, de reconhecimento de dispensa discriminatória estão aqueles que envolvem a saúde do trabalhador, em especial, daqueles que são portadores do vírus HIV, objeto do presente estudo.

Assim, a epidemia do vírus HIV atinge frontalmente o universo laboral, fazendo com que se torne imperiosa a discussão acerca dos direitos dos empregados soropositivos, especificamente, a proteção destes em relação às condutas discriminatórias e ao exercício do direito do empregador em resilir o contrato de trabalho injustificadamente.

Desta forma, o presente estudo tem por objetivo analisar os mecanismos jurídicos presentes no ordenamento jurídico vigente, que garantam ao empregado soropositivo a proteção contra a despedida injustificada, portanto, arbitrária e discriminatória, ou a sua reintegração ao antigo posto ocupado, caso a resilição contratual já se tenha operado, à luz do disposto na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

INFECÇÃO PELO RETROVÍRUS HIV: PANDEMIA QUE PERDURA HÁ 30 ANOS

HIV é a denominação atribuída ao retrovírus causador da doença infectocontagiosa nomeada Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), comumente conhecida no Brasil pela sigla de sua nomenclatura em idioma inglês, *Acquired Immunodeficiency Syndrome* (AIDS).

Em que pese a origem do vírus HIV seja desconhecida pela ciência, estudos apontam que há grande similaridade com o Vírus da Imunodeficiência Símia (SIV), presente em primatas oriundos da África sub saariana. Supõe-se que o SIV possa ter sido transmitido ao homem por

meio de rituais religiosos, nos quais os nativos sacrificavam macacos para ingerir seu sangue. Teria então o SIV sofrido mutações e passado a infectar a espécie humana na forma do HIV (SANTOS, ROMANOS, WIGG, 2002, p. 254).

O vírus HIV atua enfraquecendo o sistema imunológico do hospedeiro, ocasionando a queda na produção de anticorpos e, conseqüentemente, possibilitando que o organismo seja acometido por uma pluralidade de doenças oportunistas. (SIMÕES, 2009, p. 23)

Contudo, impende salientar que, portar o vírus do HIV e ser acometido pela AIDS consistem em realidades distintas. Isto porque, a infecção pelo HIV desdobra-se em três diferentes fases clínicas.

A primeira, denominada fase aguda ou primária, ocorre cerca de duas a quatro semanas após a contaminação pelo vírus, e se caracteriza “por manifestações clínicas relacionadas [...] a ativação do sistema imune frente à entrada do HIV no organismo”, estendendo-se por um curto período de tempo, que compreende aproximadamente trinta dias (ORTEGA, 2000, p. 12).

Posteriormente, a infecção progride para a fase de latência, quando o indivíduo contaminado apresenta um quadro clínico assintomático, podendo o mesmo se estender por período indeterminado, não raro por vários anos, a depender da condição geral de sua saúde (ORTEGA, 2000, p. 13).

O terceiro estágio da infecção, denominado fase crônica, inicia-se quando “a produção de anticorpos deixa de ser suficiente, permitindo que a replicação viral se torne mais acentuada e que, com isso, mais células CD4 sejam infectadas e destruídas pelo vírus” (ORTEGA, 2000, p. 13). O sistema imunológico do infectado é completamente comprometido pela ação do vírus HIV e, a partir de então, o indivíduo desenvolve a síndrome da imunodeficiência adquirida, AIDS. Em outras palavras, “a síndrome só ocorre quando o sistema imunológico estiver deficiente a ponto de permitir que doenças oportunistas se instalem.” (SIMÕES, 2009, p. 24)

Tal distinção é de ímpar relevância para o presente estudo, uma

vez que a tratativa jurídica a ser destinada aos doentes acometidos pela AIDS engloba, em certos aspectos, uma abordagem diferenciada da que se reserva aos portadores do vírus HIV.

Note-se que os indivíduos já vitimados pela síndrome se encontram incapacitados de exercer determinadas atividades laborais, na parcela majoritária dos casos, uma vez que acometidos por inúmeras doenças, razão pela qual o seu afastamento do emprego perpassa análise de elementos específicos, exemplificadamente os de cunho previdenciário, tendo em vista o direito à concessão de benefício de auxílio-doença, ou mesmo aposentadoria por invalidez, pelo Instituto Nacional do Seguro Social, uma vez observada a existência de incapacidade laboral.

Contudo, aqueles que são portadores de HIV que ainda não foram acometidos pela AIDS são detentores de capacidade laborativa, não se encontrando incapacitados para o trabalho apenas por serem soropositivos, e a sua despedida se configura como ato discriminatório, atentatório contra a dignidade da pessoa humana, além de violar inúmeros direitos humanos e fundamentais, bem como, descumprimento da função social da empresa.

PANORAMA DO HIV NO MUNDO

Os primeiros casos de AIDS foram diagnosticados nos Estados Unidos, em meados de 1981, em um grupo de jovens homoafetivos acometidos por um incomum caso de pneumonia (OLIVEIRA, 2005). A respeito do caso, o *Center for Diseases Control* (CDC) publicou uma nota oficial afirmando que a ocorrência de pneumocitose nesses indivíduos saudáveis se mostrava incomum e que o fato de serem homoafetivos poderia ser o elo de ligação entre estes e a doença (infecção por *P. carinii*.)⁴

⁴ Nota oficial publicada em 05 de junho de 1981. Texto integral, em inglês, disponível em: http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/june_5.htm. Acesso em: 20/7/2012. Trecho traduzido disponível em: <http://www.mediconeer.com/2011/06/aids-uma-historia-de-30-anos.html>. Acesso em: 20 jul. 2012.

Somente cerca de três anos depois do registro dos primeiros casos é que os cientistas Robert Gallo, do Instituto Nacional de Saúde dos Estados Unidos, e Luc Montagnier, do Instituto Pasteur de Paris (França), conseguem isolar o vírus responsável por ocasionar a síndrome: o HIV (ALVES; SILVA).

Com base nos dados coletados a comunidade médica estabeleceu critérios mais precisos para o diagnóstico da doença e, a partir de então, os crescentes números de casos registrados comprovaram o receio dos especialistas: o HIV se disseminava com uma velocidade alarmante, tornando-se, em curto espaço de tempo, uma pandemia de âmbito global, levando a óbito mais de trinta milhões pessoas até os dias atuais (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

Após trinta anos de pandemia do HIV, embora a descoberta da cura ainda não tenha sido alcançada, os avanços foram consideráveis. Notadamente, a superação das primeiras teses científicas que relacionavam a contaminação por HIV apenas aos homossexuais, bem como da teoria dos grupos de risco, não obstante o estigma social ainda persista; além do imensurável desenvolvimento das ciências biomédicas, com significativo progresso nas áreas da imunologia e virologia, que contribuíram significativamente para a alteração da trajetória da pandemia de HIV em todo o mundo.

Segundo dados epidemiológicos apontados no Relatório Global apresentado pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS em 2010, estima-se que dois milhões e seiscentas mil pessoas tenham se infectado pelo HIV no ano de 2009, o que demonstra que há uma sensível estabilização da disseminação do vírus, já que estes números são aproximadamente 20% (vinte por cento) menores que os registrados em 1999, quando ocorreram cerca de três milhões e cem mil novas infecções (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

A par desta estabilização na disseminação viral, o relatório da UNAIDS também concluiu que as mortes decorrentes da infecção por HIV vem diminuindo perceptivelmente. No ano de 2009, estima-se que

um milhão e oitocentas mil pessoas tenham falecido em virtude de doenças relacionadas à AIDS, uma redução de aproximadamente um quinto, se comparado com os registros do ano de 2004, quando vieram a óbito cerca de dois milhões e cem mil pessoas.

O Relatório Global ainda aponta que o contingente de pessoas vivendo com HIV tem aumentado, em 2008 eram cerca de trinta e dois milhões e oitocentas mil pessoas nestas condições, e no ano seguinte, trinta e três milhões e trezentas mil, aproximadamente (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010). Tal fenômeno revela que a evolução das pesquisas científicas de âmbito farmacológico tem contribuindo para a ampliação da sobrevida dos portadores de HIV e redução das taxas de mortalidade decorrentes da síndrome que acomete os soropositivos.⁵

A maior acessibilidade aos tratamentos antirretrovirais também pode ser elencada como outro fator que influencia o aumento da sobrevida dos indivíduos infectados. Segundo os dados trazidos pela UNAIDS, no ano de 2004, apenas setecentas mil pessoas possuíam acesso aos medicamentos, ao passo que, em 2009 este número subiu para cinco milhões e duzentos mil.

Da análise dos números fornecidos pela UNAIDS é possível concluir também que a disseminação do HIV, embora tenha desacelerado, não se extinguiu. Estimativas apontam que cerca de sete mil pessoas são infectadas pelo vírus a cada dia (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010). Por outro lado, observa-se o aumento da sobrevida dos portadores do HIV. O resultado desta equação é que, indiscutivelmente, o número de soropositivos na sociedade encontra-se em contínua ascendência, não mais podendo ser considerados pela sociedade como uma minoria destituída de direitos.

⁵ As evidências também mostram que os medicamentos antirretrovirais podem reduzir substancialmente o risco da transmissão vertical, sexual e sanguínea do HIV/VIH [...] Outras intervenções inovadoras incluem os microbicidas, a profilaxia pré e pós-exposição ao HIV/VIH, a prevenção da infecção pelo vírus herpes simplex-2, e a possível descoberta de uma vacina preventiva contra o HIV/VIH. Mesmo uma vacina com eficácia modesta teria efeitos dramáticos sobre a trajetória da epidemia (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010)

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que cerca de vinte milhões de trabalhadores em todo o mundo estão infectados pelo vírus HIV. É imperativo que se reconheça a este grupo, de forma concreta e eficaz, o mais fundamental dos direitos e do qual derivam todos os demais, posto que é inconcebível continuar a ignorar os clamores de milhões de pessoas pelo direito à uma vida digna.

No Brasil, levando-se em consideração as proporções continentais do território, a disseminação do retrovírus HIV adquire contornos singulares, de forma que se pode afirmar tratar-se de uma pandemia multifacetada, ou seja, um conjunto de subepidemias regionais motivadas pelas desigualdades econômicas (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

No decorrer destes 30 anos o perfil epidemiológico do HIV no Brasil sofreu significativas transformações. Isto porque no início da epidemia em território nacional, em meados da década de oitenta, os focos de contaminação encontravam-se restritos aos grandes centros metropolitanos, especificamente as cidades de São Paulo e Rio de Janeiro, e atingiam predominantemente segmentos populacionais específicos, como: homens que faziam sexo com outros homens, hemofílicos e usuários de drogas injetáveis, notadamente, todos de classe média à alta (SZWARCWALD, 2000, p. 7).

No entanto, com base nos dados apontados nas últimas pesquisas acerca do HIV no Brasil, é possível concluir que a epidemia no país segue fortes tendências de feminização, juvenização, interiorização e pauperização (SANTOS, 2007, p. 99).

Hodiernamente, estimativas apontam que cerca de seiscentos e trinta mil brasileiros entre quinze e quarenta e nove anos de idade vivem com o vírus HIV, sendo que desde o ano 2004 a taxa de prevalência da infecção estabilizou-se em aproximadamente 0,61% da população (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT).

Verifica-se que ainda existem mais casos entre os indivíduos do sexo masculino, todavia, vislumbrou-se uma queda na razão de sexos ao longo

dos anos, estabilizada desde 2002 em 15 homens para cada 10 mulheres (BRASIL; Ministério da Saúde).

Consoante a distribuição territorial, a região Sudeste é a que possui o maior percentual de notificações, concentrando 38,2% dos casos. O Nordeste concentra 21,9% dos casos, seguido pela região Sul com 21,1%, o Norte detém 11,11% e o Centro-Oeste 7,7% das notificações (BRASIL; Ministério da Saúde).

Quanto à forma de transmissão, em se tratando dos homens predomina a via heterossexual, com 31,2% dos casos, sendo a segunda principal forma de transmissão a homossexual, com 20,6% dos casos, seguida pela via bissexual, com 11,8%, e por meio do uso de drogas injetáveis, com 17,6%. Já entre as mulheres a transmissão ocorre majoritariamente pela relação heterossexual, com 91,2% dos casos. (BRASIL; Ministério da Saúde).

Outra tendência que é observada é a redução na mortalidade decorrente de complicações da infecção por HIV. Entre 1996 e 2005, houve uma diminuição de aproximadamente quarenta por cento (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

Isto se deve, em grande parte, à implementação de uma série de políticas públicas pelo governo brasileiro, geridas pela Coordenação Nacional de DST/AIDS da Secretaria do Ministério da Saúde, derivada do antigo Programa Nacional de Prevenção e Controle das DST/AIDS constituído em 1988, que tem desenvolvido importantes estratégias para o enfrentamento da epidemia, notadamente voltando-se para a disponibilização gratuita e universal dos medicamentos antirretrovirais a todos os portadores de HIV, por meio do Sistema Único de Saúde, regulamentada pela Lei nº 9313 de 1996, fazendo do programa brasileiro uma referência mundial no combate aos malefícios do HIV/AIDS. (PORTELA, LOTROWSKA, 2006, p. 70-79)

Estas medidas revelam sua eficácia, pois quando da análise dos resultados obtidos, observa-se que a acessibilidade aos serviços de saúde influi diretamente na sobrevida dos portadores de HIV. As pesquisas

mostram que 95% (noventa e cinco por cento) dos pacientes maiores de quinze anos, que receberam acompanhamento médico-hospitalar pelo sistema de saúde, entre os anos de 2003 a 2006, estavam vivos após doze meses do início do seguimento clínico. E mesmo após quatro anos de acompanhamento, a redução neste percentual é baixíssima, caindo para 90,7% (noventa e sete centésimos por cento) (NAÇÕES UNIDAS; UNAIDS, 2010).

Isto comprova que a expectativa e a qualidade de vida dos soropositivos tem aumentado significativamente em virtude dos tratamentos antirretrovirais. Ademais, se considerarmos que o vírus pode permanecer em estado de latência por um período de sete a dez anos, em média, pode-se concluir que estes sujeitos não constituem uma massa improdutivo, muito pelo contrário, enquanto não desenvolvem quadros graves da síndrome da imunodeficiência, são plenamente capazes de exercer quaisquer atividades laborais tal como qualquer indivíduo que não esteja contaminado pelo HIV.

INFECÇÃO PELO RETROVÍRUS HIV: TRANSMISSÃO, ESTIGMAS, PRECONCEITOS E O MERCADO DE TRABALHO

Em que pese o notório progresso do conhecimento científico acerca da infecção pelo vírus HIV, o preconceito continua arraigado no seio da sociedade, notadamente, no ambiente de trabalho, o que leva a concepções equivocadas sobre as formas de contágio.

Constitui-se fato cientificamente comprovado que a transmissão do HIV se dá somente por meio do contato sexual com esperma ou secreção vaginal contaminados, bem como, pelo contato com sangue infectado por meio de transfusões, compartilhamento de agulhas, seringas ou outros instrumentos perfuro-cortantes. Também há possibilidade de transmissão do vírus pelo transplante de órgãos, assim como pela transmissão vertical, da mãe infectada para o filho, durante a gestação, parto ou amamentação.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT, 2001)

Desta forma, é incontestável que a convivência com um soropositivo no mesmo ambiente de trabalho não representa risco algum de contágio pelo HIV. Isto porque dado vírus não sobrevive fora do corpo do hospedeiro por tempo prolongado. Além disto, o HIV não é capaz de penetrar no corpo humano através da pele intacta. Razão pela qual, não obstante as pessoas equivocadamente assim considerem, dado vírus não se transmite pelo contato físico simples (abraços, beijos, aperto de mão), pelo ar (tosses, espirros, fala) nem pelo uso comum de talheres e louças, toalhas e assentos sanitários. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT, 2001)

Assim, o completo desconhecimento científico acerca do HIV, aliado à sua célere e incontrolável disseminação por todo o mundo, bem como, ao temor geral provocado em virtude da elevada taxa de letalidade advinda das complicações pelo seu contágio, levaram a sociedade a desenvolver uma representação do HIV como uma verdadeira “peste” deflagrada por homossexuais, dependentes químicos e profissionais do sexo. Estas pessoas são alijadas de sua dignidade, condenadas a viver à margem da sociedade, destituídas de quaisquer direitos. Despidas de sua humanidade, passam a ser consideradas meros “transmissores” de um vírus letal, e que, portanto, devem ser extirpadas do convívio em sociedade.

Não obstante muito se tenha avançado na tratativa do HIV/AIDS, ainda encontra-se arraigado o pensamento de que o soropositivo é uma ameaça a ser erradicada. A sociedade combate o portador, não o vírus.

Todavia, a disseminação do HIV continua a se expandir, atingindo milhares de pessoas, notadamente, aquelas entre os quinze e quarenta e nove anos, faixa etária esta que consiste na grande força de trabalho legal em todo mundo. Segundo dados apontados nas pesquisas da OIT, 90% (noventa por cento) das trinta e três milhões de pessoas que vivem com HIV atualmente são adultos em plena idade produtiva, tornando-se uma terrível ameaça para o mundo do trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; OIT, 2001).

Portanto, a problemática do HIV encontra-se umbilicalmente relacionada ao local de trabalho, posto que, além de ser uma doença que atinge majoritariamente indivíduos em idade produtiva, é imperativo que o empregador concretize sua função social, auxiliando no combate contra os malefícios da epidemia, quer nos aspectos econômicos, garantindo o emprego ao soropositivo enquanto este estiver clinicamente apto ao trabalho, quer nos aspectos sociais, protegendo os trabalhadores da estigmatização e discriminação em virtude de serem portadores de HIV, ciente de que as práticas vivenciadas no local de trabalho se refletirão na comunidade em que a empresa está inserida.

MECANISMOS JURÍDICOS PROTETIVOS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DE HIV NO EMPREGO

A *priori* impende desvendar no que consiste a discriminação. Conforme alude Delgado, trata-se da conduta por meio da qual se nega ao indivíduo tratamento compatível com o arquétipo jurídico determinado para a situação concreta por ele experimentada, em virtude de critério injustamente desqualificado (2011, p. 745), sendo que mencionada conduta advém, na grande maioria das vezes, do preconceito.

A discriminação produz efeitos devastadores, que atingem não só os indivíduos que por ela são vitimados, mas se refletem na sociedade como um todo.

Visando coibir manifestações de caráter discriminatório, o legislador constituinte erigiu um verdadeiro sistema de proteções jurídicas contra a discriminação (DELGADO, 2011, p. 749), que possuem como fundamento basilar o princípio da igualdade insculpido no *caput* do artigo 5º da CF, ancorado diretamente na dignidade da pessoa humana, fundamento da Lei Maior (artigo 1º, III).

Portanto, o princípio constitucional da não discriminação está amparado no princípio da igualdade, estabelecido no artigo 3º da CF como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que

prevê a promoção do bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza (origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas), sendo do flagrante, portanto, a inconstitucionalidade da conduta discriminatória.

O princípio da não discriminação adquire contornos mais definidos quando vislumbrado sob a ótica justralhista. Isto porque, desde sua gênese, o Direito do Trabalho é caracterizado pelo embate em prol da concretização da igualdade entre os homens e da proteção do trabalhador, haja vista seu *status* de hipossuficiência.

Desta forma, por força do princípio constitucional da não discriminação, deve o Estado proteger o trabalhador soropositivo da despedida arbitrária e desmotivada. E, caso verifique-se a ocorrência desta, deve garantir ao empregado a reintegração ao posto que anteriormente ocupava.

Ressalte-se que na ordem jurídica internacional a proteção contra a discriminação recebe intensa regulamentação. Em se tratando especificamente da tutela protetiva do trabalhador, impende deter-se na Convenção nº 111 da OIT, da qual é o Brasil signatário.

Prescreve a referida Convenção que, os Estados Membros que a ratificarem, comprometem-se de empreender uma política nacional voltada para a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento, no tocante ao emprego e profissão, objetivando erradicar toda a forma de discriminação.

Dada Convenção foi aprovada no Brasil pelo do Decreto Legislativo nº 104, em 24 de novembro de 1964, ratificada em 26 de novembro de 1965, promulgada por meio do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, e vige em nosso ordenamento jurídico desde 26 de novembro de 1966.

Mencionado diploma internacional, ainda traz em seu artigo 1º, alíneas “a” e “b”, a definição de discriminação como toda distinção, exclusão ou preferência fundada em aspectos como raça, cor, sexo, religião, opinião política e que tenha por efeito alterar a igualdade de oportunidades no trabalho.

Muito embora tenham sido elencadas, no aludido dispositivo legal, diversas formas de distinção, este rol não é taxativo, sendo possível admitir-se outras modalidades de distinção que também configurarão discriminação, desde que atentem contra a igualdade de oportunidade e tratamento em matéria de emprego ou profissão, de forma a conferir ao texto da Convenção maior flexibilidade para abranger todas as situações concretas.

Pertinente ainda elucidar a característica inerente às Convenções da OIT, que uma vez ratificadas pelos Estados Membros adquirem *status* compulsório, obrigando os Estados a concretizar suas prescrições. Isto porque, “as convenções são espécies de tratados. Constituem-se em documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados por entidade internacional, a que aderem voluntariamente seus membros.” (DELGADO, 2011, p. 152)

Assim, o Brasil, ao ter ratificado a Convenção nº 111, assumiu o encargo de coibir toda e qualquer forma de discriminação que venha a alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento consoante a emprego ou profissão, razão pela qual não pode omitir-se na tratativa da questão, sob pena de ser submetido ao procedimento de queixa junto à OIT por não ter dado cumprimento ao referido diploma internacional (SOUZA, 2006, p. 425-465).

Outro instrumento internacional de grande relevância foi a Recomendação nº 200, denominada “Recomendação sobre o HIV e a AIDS”, aprovada em 17 de junho do ano de 2010, em Genebra, durante a realização da Nonagésima Nona Sessão da Conferência Geral da OIT e “consiste em um diploma programático expedido por ente internacional enunciando aperfeiçoamento normativo considerado relevante para ser incorporado pelos Estados” (DELGADO, 2011, p. 152).

Apesar de não serem dotadas de compulsoriedade, haja vista não constituírem direitos e obrigações, as recomendações configuram verdadeiras fontes jurídicas materiais “uma vez que cumprem o relevante papel político e cultural de induzir os Estados a aperfeiçoar sua legislação interna na direção lançada por esses documentos programáticos internacionais” (DELGADO, 2011, p. 153).

Isto posto, incontestemente que a Recomendação nº 200 da OIT é instrumento que merece a atenção do Estado, em todas as três esferas de poder, considerando sua contribuição ímpar para o enfrentamento da discriminação dos soropositivos nas relações laborais.

Entre os princípios gerais a serem observados na resposta nacional ao HIV no âmbito das relações de trabalho, estabelecidos pela aludida Recomendação, destacam-se aqueles que prescrevem que não deve existir qualquer discriminação ou estigmatização de trabalhadores, utilizando-se como pretexto a infecção real ou presumida pelo HIV, tampouco se estes pertencerem a segmentos da população tidos como mais vulneráveis à infecção pelo HIV.⁶

Notadamente, dada a Recomendação além de proibir a discriminação e estigmatização dos trabalhadores soropositivos, atribui ao Estado a incumbência de garantir que portar HIV não constitua critério discriminatório impeditivo da contratação, da continuidade no emprego⁷, ou ainda, que seja causa ensejadora da rescisão do contrato de trabalho⁸, bem como o dever de assegurar a manutenção do emprego e a contratação de portadores de HIV⁹.

Não obstante trate-se de um documento relativamente recente, sem força normativa, cabe ressaltar que esta Recomendação encontra-se em perfeita consonância com os princípios e direitos prescritos na ordem

⁶ Art 3º, alíneas “a”, “b”, “c”. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT.

⁷ Art 10. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT. Condição real ou presumida de infecção por HIV não deve ser motivo de discriminação, impedindo a contratação, a permanência no emprego ou a busca de iguais oportunidades em consonância com os dispositivos da Convenção sobre a Discriminação no Emprego e na Profissão, 1958.

⁸ Art 11. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT. Condição real ou presumida de infecção por HIV não deve ser causa de término de relação de trabalho. Ausência temporária ao trabalho pela necessidade de prestar assistência a terceiros ou por motivo de enfermidade, relacionados com o HIV ou a Aids, deve ser tratada da mesma forma que as ausências por outras razões de saúde, levando em conta a Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, 1982.

⁹ Art 12. RECOMENDAÇÃO nº 200. OIT. Quando as medidas existentes contra a discriminação no local de trabalho forem insuficientes para a proteção efetiva contra a discriminação em face do HIV e da Aids, os Membros devem adaptá-las ou adotar novas medidas, cuidando para que sejam implementadas de modo eficaz e transparente

jurídica pátria, razão pela qual pode, e deve, ser empregada como referência nas práticas dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário acerca do assunto.

Isto posto, coaduna-se com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que considera que, a dispensa imotivada do portador de HIV consiste em uma despedida discriminatória e, portanto, conduta proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual faz jus o empregado soropositivo a reintegração ao emprego.

SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O TST já estava se posicionando pela impossibilidade de rescisão imotivada do contrato de trabalho do trabalhador soropositivo, através de reiterados julgamentos, nos quais determinava a reintegração ao emprego de empregados portadores do vírus HIV, vítimas de despedida arbitrária e discriminatória, fundamentando as decisões na ausência de norma infraconstitucional proibindo a dispensa dos mesmos.¹⁰

O entendimento foi consolidado, com a edição da Súmula n. 443, em setembro de 2012, que veda a dispensa discriminatória, nos seguintes termos:

GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra SÚMULA 443. DISPENSA

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. Recurso de revista 2140700-19.2004.5.02.0062. Agravante Viação Santa Brígida Ltda. e Agravado Josué Antonio. **Relator:** Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Publ. 19 dez. 2008. Disponível em: < <https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=140700&digitoTst=19&anoTst=2004&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0062> >. Acesso em: 10 set. 2012.

DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. (TST, 2012)

Referida súmula veio pacificar a questão até então intensamente debatida, deixando claro que num Estado Democrático de Direito, como o Estado brasileiro, não há lugar para tratamento desigual e discriminação, impondo a observância da necessária estima que todas as pessoas merecem enquanto seres humanos, garantindo ao empregado portador soropositivo o direito ao trabalho constitucionalmente garantido, impedindo que continue a ser vitimado pela discriminação em função da doença.

Muito embora a casuística parecesse ter sido resolvida com a edição da referida Súmula, o posicionamento do TST já passou a ser alvo de crítica, ante a argumentos de que o empregador detém o direito potestativo de dispensar imotivadamente o empregado soropositivo, contanto que arque com as devidas verbas indenizatórias consequentes do ato de dispensa, cabendo, em caso de comprovação de ato discriminatório, a indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos pelo obreiro (LOPES, 2012).

A crítica aduz que a decisão estaria afrontando o princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, da CF, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, mormente quando deixou de prever a possibilidade indenizatória, em caso de já ter-se operado a despedida (LOPES, 2012).

Todavia, não obstante se verifique a ausência de dispositivo legal específico no ordenamento jurídico que prescreva expressamente a garantia do portador de HIV no emprego e, por conseguinte, que garanta o direito a sua reintegração ao trabalho quando vítima de dispensa sem justa causa, as críticas não merecem prosperar.

Isto porque ao lado do princípio da legalidade, constituem o sustentáculo do ordenamento jurídico os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, da justiça social, da não discriminação,

da função social da empresa, dentre tantos outros, consubstanciados em premissas básicas, cláusulas pétreas, ponto de partida.

Assim, dada a relevância atribuída aos princípios no ordenamento jurídico, compete ao hermenêuta, quando deparar-se com a colisão entre dois ou mais princípios constitucionais, determinar qual princípio melhor corresponde à concretização dos objetivos erigidos pelo constituinte, aplicando-o ao caso concreto.

Contudo, impende salientar que referida ponderação entre um princípio ou outro, não resulta na exclusão do princípio não aplicado da ordem jurídica, uma vez que os princípios constitucionais não são incompatíveis entre si, dado que a Constituição consiste em um sistema harmônico de normas, razão pela qual impossível admitir-se a existência de antinomia (SANTOS, 2007, p. 123)

No que tange ao caso da reintegração dos empregados portadores do HIV vítimas da dispensa arbitrária, considerando que o princípio da legalidade encontra-se em rota de colisão com os demais princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio, anteriormente nominados, razão assistiu aos ilustres magistrados que entenderam por acertado o afastamento do princípio da legalidade, o que se consubstanciou na edição da Súmula 443 do TST.

Isto porque, o raciocínio contrário desembocaria na conclusão de que todos os direitos e garantias fundamentais dependeriam de normas de caráter infraconstitucional para sua efetivação, esvaziando, desta forma, a sua própria significação de fundamentalidade.

Negar o direito à reintegração no emprego ao soropositivo despedido imotivadamente em virtude de seu estatuto HIV sob a alegação de que não há lei ordinária que tutele tal garantia é violar o fundamento basilar do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana¹¹, bem como desrespeitar os valores sociais do trabalho¹² e os fundamentos da

¹¹ Art. 1º, III, CF.

¹² Art. 1º, IV, CF.

ordem econômica consistentes na valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, que objetivam assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social¹³, além de contrariar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e, especialmente, de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁴

Conclui-se, desta feita, perfeitamente possível afastar a incidência do princípio da legalidade à casuística ora comentada, uma vez que os demais princípios constitucionais adquirem maior relevância na tratativa da matéria, sendo, portanto, desnecessária a existência de norma infraconstitucional específica para a tutela do direito à reintegração do portador de HIV ao emprego caso sofra dispensa de ordem discriminatória.

Há que se considerar, também, que a despedida arbitrária do obreiro soropositivo viola o princípio constitucional da função social da propriedade, pois com a CF condicionou-se a exploração desta ao dever de atender aos interesses da coletividade. E primar pelo cumprimento da função social significa dar continuidade aos vínculos empregatícios existentes, em especial, aqueles firmados com pessoas vulneráveis em razão do preconceito arraigado na sociedade, como os empregados portadores de HIV, posto que tais práticas têm o condão educativo, capazes de promover consideráveis modificações no modo de agir e pensar dos indivíduos e contribuir para a erradicação do preconceito, consolidando-se numa política de inclusão social.

Quanto ao encargo probatório, quem deve se desincumbir do ônus de comprovar que a dispensa imotivada não foi discriminatória é o empregador, haja vista a hipossuficiência do empregado, notadamente do portador do vírus HIV, bem como a dificuldade em se comprovar a

¹³ Art. 170, CF

¹⁴ Art. 3º CF

discriminação, uma vez que esta, na imensa maioria das vezes, ocorre de forma dissimulada. Nota-se bem menos complexa a tarefa do empregador comprovar que dispensou o empregado por razões de ordem técnica, disciplinar ou econômica.

Neste sentido é a posição do TST, ao entender que a dispensa do portador de HIV é presumidamente discriminatória, recaindo, em virtude disso, ao empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita.¹⁵

Diante do exposto, tem-se que a posição adotada pelo TST anteriormente a edição da Súmula 443 e cristalizada pela mesma, pauta-se na proteção da dignidade da pessoa humana e no valor social atribuído pelo constituinte ao trabalho, considerando que mencionados empregados se encontram em situação de hipossuficiência em relação aos seus empregadores e ao mercado de trabalho como um todo, repudiando condutas de ordem discriminatória e relativizando o direito potestativo do empregador em dispensar o empregado de forma imotivada, por meio da aplicação dos princípios gerais do direito e da analogia.

Desta forma, conclui-se que, em que pese não exista norma infraconstitucional específica acerca da matéria, a Justiça do Trabalho não se eximiu de solucionar a questão, garantindo aos portadores do vírus HIV proteção jurídica contra as condutas discriminatórias no âmbito laboral, de forma tal que remete às suas origens de justiça voltada para a realização dos direitos sociais, resgatando a dignidade do homem por meio da proteção de seus direitos trabalhistas, e acima de tudo, na promoção da igualdade.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 61600-92.2005.5.04.0201, Relator: Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 22/06/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, com os avanços da ciência biomédica, notadamente nas áreas da imunologia e virologia, a sobrevivência dos soropositivos prolonga-se muito, não sendo raro que os sujeitos contaminados passem décadas sem desenvolver os sintomas da síndrome da imunodeficiência adquirida.

Assim, é inegável que a epidemia do vírus HIV atinge frontalmente o universo laboral, fazendo com que se torne imperiosa a discussão acerca dos direitos dos empregados soropositivos, especificamente, a proteção destes em relação às condutas discriminatórias e ao exercício do direito do empregador em rescindir o contrato de trabalho injustificadamente.

É a existência do princípio constitucional da proibição da despedida arbitrária que permite rebater o posicionamento que defende que a denúncia vazia do contrato de trabalho, como um direito potestativo do empregador, passível de ser exercido independentemente de justificativa, desde que se arque com as indenizações pertinentes ao trabalhador pela extinção do vínculo empregatício de forma imotivada.

Isto porque, coaduna-se com o entendimento de que ao artigo 7º, inciso I, da CF, foi conferida, pelo constituinte, eficácia contida, e não limitada, bem como, aplicabilidade imediata. Neste sentido, até que seja editada lei complementar que delimite sua incidência, mencionado dispositivo vigorará de forma plena no ordenamento jurídico.

Assim, a despedida que se dê de forma injustificada, atenta contra o princípio constitucional prescrito no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, sendo, deste modo, ato inconstitucional, razão pela qual impera que seja o empregado soropositivo reintegrado ao emprego, se vítima de tal conduta por parte do empregador.

Outro aspecto que cumpre ressaltar é que a despedida arbitrária viola, ainda, o princípio constitucional da função social da propriedade. Com o advento da Magna Carta de 1988, a exploração da propriedade ficou condicionada ao dever de atender também aos interesses da coletividade.

Neste contexto, a empresa, incluída no conceito de propriedade,

tem que cumprir com sua função social, de sorte que deve primar pela continuidade dos vínculos empregatícios existentes, notadamente, dos firmados com empregados portadores de HIV, uma vez que para estes a reinserção no mercado de trabalho é tarefa praticamente impossível, haja vista o preconceito velado arraigado no seio da sociedade.

Ademais, as práticas vivenciadas no ambiente de trabalho possuem condão educativo, influenciando na conduta dos sujeitos inseridos em dado meio, capazes, portanto, de promover consideráveis modificações no senso comum, contribuindo para a erradicação do preconceito e estigmatização que envolvem os soropositivos, convergindo em uma verdadeira política de inclusão social.

No que concerne à proteção contra a discriminação, o ordenamento jurídico pátrio prevê uma série de institutos hábeis a permitir a reintegração do portador do vírus HIV ao emprego se despedido sem justa causa, de ordem tal que se considera dispensável a existência de norma infraconstitucional que regulamente de forma específica a matéria. Amparando este entendimento, tem-se a Convenção nº 111 da OIT e a Recomendação nº 200 da OIT sobre AIDS/HIV.

Em sede de normas jurídicas internas também se vislumbra a existência de enunciados protetivos passíveis de serem aplicados ao caso dos empregados soropositivos contra o rompimento arbitrário e desmotivado do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, a saber: o princípio constitucional da não discriminação, prescrito no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, ao lado do princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, também inserido em nossa Lei Maior.

Este tem sido o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, o que se cristalizou com a edição da Súmula n. 443 em setembro de 2012, cumprindo assim com os objetivos originários da própria ciência *juslaboral*, quais sejam resgatar e proteger a dignidade da pessoa humana, bem como, defender um tratamento isonômico aos trabalhadores, constituindo-se, hodiernamente, no meio mais efetivo de concretização da justiça social.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Maria Rita de Cassia Barreto de; LABRONICI, Liliana Maria. A trajetória silenciosa de pessoas portadoras do HIV contada pela história oral. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 12, n. 1, p.263-274, 2007.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador. **Revista LTr**, São Paulo, v. 71, n. 5, p. 604-615, mai. 2007.
- ALVES, Estela Rodrigues Paiva. SILVA, Ana Cristina de Oliveira. **A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) com base na North American Nursing Diagnosis Association (NANDA) e diagnósticos em enfermagem: um estudo de caso.** Disponível em: http://www.aidscongress.net/Modules/WebC_AidsCongress/CommunicationHTML.aspx?Mid=36&CommID=308. Acesso em: 20 dez. 2012.
- BARACAT, Eduardo Milléo. **HIV e AIDS e o mundo do trabalho: aplicação da Recomendação nº 200 da OIT no Brasil.** Disponível em <http://eduardobaracat.blogspot.com/p/artigos-doutrinarios-publicados.html>. Acesso em 09 ago. 2012.
- BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no local de trabalho: um enfoque de direito internacional e comparado. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg**, Belo Horizonte, v. 32, n.62, p. 67-86, jul./dez.2000. Disponível em: http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_62/Alice_Barros.pdf. Acesso em: 09 ago. 2012.
- _____. **Curso de Direito do Trabalho.** 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico AIDS/DST**, Ano VII, n. 1. Brasília, 2010

_____. Superior do Trabalho. **Súmula 443.** Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23113/vedacao-a-dispensa-discriminatoria-analise-da-sumula-443-do-tst#ixzz2LwAcc7E0>. Acesso em 25 fev. 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LOPES, Márcia Carla Baeta. **Vedação à dispensa discriminatória: análise da Súmula 443 do**

NAÇÕES UNIDAS. UNAIDS - Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids. Relatório Global. **UNAIDS:** Novembro de 2010. Disponível em http://www.unaids.org/globalreport/global_report.htm. Acesso em 20 jul. 2012.

NAÇÕES UNIDAS. UNAIDS - Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids. Estratégia da UNAIDS/ONUSIDA 2011-2015: Chegando a zero. **UNAIDS.** Disponível em: <<http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2010/JC2034UNAIDSSstrategypt.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas de trabalho.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Tatyane Guimarães. **Aids e discriminação: violação dos**

direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 762, 5 ago. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7126>. Acesso em: 21 jul. 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.OIT. Recolha de directivas práticas do BIT sobre o HIV/SIDA e o mundo do trabalho. **Organização Internacional do Trabalho**. Genebra, junho de 2001. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/hivsida.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2012.

_____. Recomendação nº 200. Recomendação sobre o HIV e a Aids e o mundo do trabalho, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho em sua 99ª Sessão, Genebra, 17 de junho de 2010. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/277> Acesso em 08 ago. 2012.

_____. Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho/ **Organização Internacional do Trabalho**. Programa da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/hiv_aids/pub/repertorio_hiv aids_2010_278.pdf Acesso em 25 jul.2012.

ORTEGA, Karem López. **HIV/AIDS**. Disponível em: http://www.fo.usp.br/cape/grupo_de_estudo_cape_arquivos/AIDS.pdf. (parte da tese de doutorado Aspectos Demográficos, Clínicos e Odontológicos de 1200 Pacientes HIV Positivos do Centro de Atendimento a Pacientes Especiais. Tese (Doutorado) - CAPE-FOUSP. USP, 2000.

PORTELA, Margareth Crisóstomo; LOTROWSKA, Michel. Assistência aos pacientes com HIV/Aids no Brasil. **Revista Saúde Pública**, v. 40, Supl, p.70-79, 2006

- SANTOS, Márcio Gil. Reflexão sobre princípios constitucionais. **Revista Estação Científica**. v. 1, n. 2, Agosto/Setembro. 2007. Juiz de Fora: Faculdade Estácio de Sá, 2007.
- SANTOS, Norma Suely de Oliveira; ROMANOS, Maria Tereza Villela; WIGG, Márcia Dutra. **Introdução à Virologia Humana**. Rio de Janeiro (RJ): Guanabara Koogan, 2002.
- SIMÕES, Mariana Meloni Mathias. **O significado da revelação do diagnóstico para adolescentes portadores do HIV por transmissão vertical**. Monografia (Programa de Aprimoramento Profissional, Instituto de Infectologia Emílio Ribas, Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. Área de Concentração: Psicologia Hospitalar) - Instituto de Infectologia Emílio Ribas, São Paulo, 2009.
- SOUZA. Zoraide Amaral de. A Organização Internacional do Trabalho - OIT. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, n. 9, p. 425-465, Dez. 2006.
- SZWARCWALD. Celia Landmann *et al.* A disseminação da epidemia da AIDS no Brasil no período de 1987-1996: uma análise espacial. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 16, Sup. 1, p.7-19, 2000.

“SUICÍDIO ASSISTIDO: A NOVA “PENA DE MORTE”
INDUZIDA PELA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA?
UMA ANÁLISE NA FRONTEIRA ENTRE DIREITO E
PSICANÁLISE”¹

“LE SUICIDE ASSISTE : LA NOUVELLE “PEINE DE
MORT” INDUITE PAR LA SOCIÉTÉ CONTEMPORAINE?
UNE ANALYSE À LA FRONTIÈRE ENTRE DROIT ET
PSYCHANALYSE”

“ASSISTED SUICIDE: THE NEW ‘DEATH PENALTY’ INDUCED
BY CONTEMPORARY SOCIETY? AN ANALYSIS AT THE
BORDERLINE BETWEEN LAW AND PSYCHOANALYSIS”

Silvane Maria MARCHESINI²

Resumo

A Lei francesa nº 2005-370, de 22 de abril de 2005, concernente aos **Direitos dos pacientes em final de vida**, representa uma das primeiras expressões de uma lógica *relativa* menos universalista. Esta lei acolhe a vontade dos pacientes e abre um novo caminho jurídico para a **subjetividade**, dentro dos limites da licitude do respeito à vida. Esta lei abre um espaço para uma análise concreta da “**interrupção da insistência de tratamento**” por meio da consulta de “**diretivas antecipadas**”, eventualmente formuladas pelo doente. Ela contribui para manter o

¹ MARCHESINI, S.-M. “Suicídio assistido: a nova ‘pena de morte’ induzida pela sociedade contemporânea? Uma análise na fronteira entre Direito e Psicanálise.” Intervenção pronunciada em 19.11.2011, Colóquio Internacional “*Mort et médecine*”, Atelier: 3. O Direito face ao fim de vida, em 19 e 20 novembro de 2011, em Strasbourg-França. Texto publicado na revista “*Etudes sur la mort*”, *Thanatologie* (nº 141) “*La peine de mort*”. *L’Esprit du Temps* 2012.

² Psicanalista e jurista. Docteure ès Psychologie (2012) - Université Nice Sophia Antipolis. E-mail: smmarchesini@gmail.com

limite que constitui o “homicídio”, sem descriminalizar ou despenalizar a **eutanásia** através do **suicídio assistido** consentido. A abordagem Direito/Psicanálise, neste debate, coloca a questão do “emprego retórico do discurso” e das mutações sociais consequentes das transmissões de referenciais alusivas à “*interdição* dos crimes fundamentais de homicídio e de incesto”. O estudo comparado das novas legislações internacionais nos mostra então que a despenalização da eutanásia, ou as soluções intermediárias, é devida a inversão que se produziu do Discurso do Mestre em direção ao Discurso do Capitalista. Este desvio da lógica fálica que organiza a comunicação e os laços sociais transforma o ser humano, pelo instrumento jurídico do “consentimento”, em um produto de mercado “não pensante e consumidor”, e cada vez mais orientado por “processos narcísicos e pela pulsão de morte”. O suicídio assistido emerge então como uma condenação social à nova pena de morte.

Palavras-chave: Direito dos pacientes em final de vida; Direito a morrer com dignidade; Subjetividade; Interrupção da insistência de tratamento; Diretivas antecipadas; Cuidados paliativos; Eutanásia; Homicídio; Suicídio assistido consentido; Respeito à vida; Pulsão de morte, Pena de morte; “*Tu não matarás*”; Teoria lacaniana dos Discursos; Discurso do Capitalista.

Résumé

La Loi, n° 2005-370, du 22 avril 2005, concernant les **droits des patients en fin de vie**, représente une des premières expressions d’une logique *relative* moins universaliste. Cette Loi accueille la volonté des patients et ouvre un nouveau chemin juridique à la **subjectivité**, dans les limites de la licéité du respect à la vie. Elle ouvre, aussi, un espace pour une analyse concrète de l’arrêt de « **l’acharnement thérapeutique** » à travers la consultation de « **directives anticipées** », éventuellement formulées par le malade. Elle contribue à maintenir la limite que constitue « **l’homicide** », sans décriminaliser ou dépenaliser l’**euthanasie** à travers le **suicide assisté** consenti. L’approche Droit/Psychanalyse, dans ce débat, pose la question de

« l'emploi rhétorique du discours » et des changements sociaux conséquents dans les transmissions de référentiels allusifs à « l'interdiction des crimes fondamentaux d'homicide et d'inceste ». L'étude comparée des nouvelles législations internationales nous montre donc que la dépénalisation de l'euthanasie, ou les solutions intermédiaires, est due au glissement qui s'est produit du Discours du Maître vers le Discours du Capitaliste. Cette déviance de la logique phallique qui organise la communication et les liens sociaux transforme l'être humain, par l'instrument juridique du « consentement », en un produit de marché « non pensant et consommateur », à chaque fois plus orienté par « les processus narcissiques et par la pulsion de mort ». Donc, le suicide assisté émerge comme une condamnation sociale à une nouvelle peine de mort.

Mots clés : Droits des patients en fin de vie ; Droit à mourir dans la dignité ; Subjectivité ; Acharnement thérapeutique ; Directives anticipées ; Soins palliatifs ; Euthanasie ; Homicide ; Suicide assisté consenti ; Respect à la vie ; Pulsions de mort ; Peine de mort ; « *Tu ne tueras point* » ; Théorie lacanienne des Discours ; Discours du Capitaliste.

Abstract

The French Law n° 2005-370, of April 22, 2005, related to the rights of patients in end-of-life, represents one of the first expressions of a *relative* logic, less universalist, acquiescing with the wish of patients and opening a new legal path toward subjectivity, within the legitimate respect of life. It provides basis for a concrete analysis about the « interruption of intensive care », through the consultation of « previous directives », eventually formulated by the patient, to maintain the limit that constitutes the « murder », without decriminalizing the euthanasia by the consent to assisted suicide. The approach between the Law and Psychoanalysis, in this debate, puts the question about the « rhetoric use of discourse » and the consequents social mutations in the transmissions of referential allusive to the « *interdiction* of murder and incest ».

The comparative study of new international legislations shows us that the decriminalizing of euthanasia, or even the intermediate solutions, is due to the deviation produced from the Master’s Discourse toward the Capitalist’s Discourse. This deviance from the *phallic logic*, which organizes the communication and the social bonds, transforms the human being through the help of the legal instrument of « consent » in a market’s product « unthinking and consummator », more and more directed by « the narcissistic procedures and the death drive ». Therefore, assisted suicide is emerging as a social condemnation to a new death penalty.

Keywords: Rights of patients in end-of-life; Right to die with dignity; Subjectivity; Interruption of intensive care; Previous directives; Palliative care; Euthanasia; Murder; Consent to assisted suicide; Respect for life; Death drive; Death penalty; “*You shall not murder*”; Discourses’ Theory of Lacan; Capitalist’s Discourse.

“É no fundo do amor que brota
a esperança da imortalidade.”

Gabriel Marcel

1. Os Direitos dos pacientes em final de vida

A lei francesa nº 2005-370, de 22 de abril de 2005, chamada “Loi Léonetti” concernente aos direitos dos pacientes em fim de vida, representa uma das primeiras expressões de uma lógica *relativa* menos universalista, acolhendo a vontade dos pacientes e abrindo um novo caminho jurídico à subjetividade, nos limites da licitude do respeito à vida. Esta lei abre um espaço para uma análise concreta da interrupção “da insistência do tratamento” por meio da consulta de “diretivas antecipadas” eventualmente formuladas pelo doente, mantendo o limite que constitui o “homicídio”, sem descriminalizar ou despenalizar a eutanásia através do suicídio assistido consentido.

Esta lei procurou uma solução ética, mais próxima da *singularidade* individual, ao enquadramento jurídico da relação médico-paciente em fim de vida. Ela permitiu respeitar, de um lado a vontade do paciente, as noções de cuidados paliativos, a dignidade humana do moribundo e de sua família, a qualidade de fim de vida, e de outro lado, os princípios da responsabilidade e também a segurança jurídica dos profissionais de saúde.

O motivo central desta lei é o respeito da expressão de vontade e da dignidade de vida do moribundo, mesmo se ele não está mais consciente, pela consulta de “diretivas antecipadas” pelo doente e/ou por pessoa de sua confiança ou de seus próximos, reequilibrando os direitos e os deveres na relação médica. Ela evita a judicialização da prática médica com relação à interrupção de tratamento ou sua abstenção, por um procedimento definido que respeite os princípios de “colegialidade e traçabilidade” da decisão.

Mas na prática clínica e/ou jurídica, como encontrar o “justo equilíbrio” na tomada de decisão para cada caso individual? Dito de outro

modo, como “julgar de um modo razoável e singular”, os conflitos entre a vontade do paciente de viver ou de morrer, as diferentes opiniões dos seus próximos e dos médicos, preocupados para a traçabilidade da decisão? Como não colocar em ato as pulsões de morte contra os sistemas de proteção da vida e da dignidade humana?

Para refletir sobre esta questão complexa, relativa aos valores fundamentais da ordem social e jurídica internacional, partimos de uma aproximação epistemológica crítica do Direito através da Teoria dos Discursos lacaniana.

É na proteção da vida e na promoção dos seus valores inerentes que se prendem os discursos do Direito, principalmente, do direito penal quando ele estabelece a classificação dos interditos maiores entre o privado e o público, em que reprime a transgressão infligindo o castigo. A questão de um novo “direito a morrer com dignidade” se inscreve nesta missão confiada ao Direito de reparar os traços das experiências, de acompanhar o nomadismo das fronteiras entre os atos lícitos e ilícitos em relação ao valor supremo da vida.

Primeiramente, é necessário precisar que as disciplinas jurídicas regulamentam os direitos e os deveres concernentes não somente à vida, mais igualmente ao fim da vida, e mesmo após a morte. Elas adotam a lógica científica clássica do “terceiro excluído”, guiado pelas ciências matemáticas, e mais recentemente pela neurociência. Assim, a racionalidade das leis e as decisões jurídicas não levam em conta os diferentes níveis da realidade psíquica consciente e *inconsciente*. Portanto, a possibilidade “de interpretação psicanalítica de formações inconscientes” - como dos sonhos, dos atos falhos e do fenômeno da transferência de referências (traços mnêmicos) - não existem no olhar do Direito. Os laudos dos peritos médicos e científicos tem uma visão orgânica e biológica e adotam o método analítico das ciências exatas. A ciência jurídica assim como a médica, partindo metodologicamente das “leis de causa e de efeito”, consideram que a “causa do psiquismo” humano e dos comportamentos transgressivos são muito mais de predominância genética que etimológica e cultural.

Na verdade, o objetivismo e o pragmatismo jurídico se distanciam cada vez mais da *subjetividade* e da *retórica*. Paradoxalmente, o jurisdicional se consolida pelas novas tecnologias. Mas por outro lado, o ideal de justiça se enfraquece no que diz respeito à compreensão da complexidade dos atos e das relações humanas, assim como dos fatos e das negociações jurídicas.

2. Na fronteira entre o Direito e a Psicanálise

Ao contrário, a visão transdisciplinar Direito/Psicanálise amplia o conceito de pessoa e de cidadão partindo da consideração do *inconsciente*, do estudo das “*estruturas psíquicas subjetivas*” e da noção de “*sujeito clivado*” entre o Ego e o Superego pelo efeito dos significantes discursivos. O Direito clássico não leva em consideração os conflitos intrapsíquicos nem os fantasmas partilhados no espaço onde se articulam o individual e o coletivo. O desenvolvimento de uma nova ética *relativa* que respeite as *singularidades* subjetivas será então necessário para a compreensão dos comportamentos humanos contemporâneos e para o estabelecimento dos diferentes níveis de capacidade, de responsabilidade e de culpabilidade jurídica.

Entretanto, o Direito evolui no sentido de um novo estilo. Ele se apresenta, segundo Pierre Legendre (1996), como uma escala institucional indispensável à instauração “da vida e da subjetividade” graças a uma ética menos *universalista*. Uma ética considerada tanto quando da elaboração dos projetos de leis, quanto durante as técnicas de mediações, de arbitragens e de decisões judiciais.

Esta tomada em conta de lógicas distintas entre os níveis, consciente e inconsciente, da subjetividade humana torna mais fácil a escuta e a compreensão das reivindicações dos Direitos das minorias, como por exemplo, dos que reclamam a eutanásia. Ela permite também o aperfeiçoamento do sistema jurídico e o aprofundamento do debate sobre a revisão das leis de bioética.

Diante da crise do Direito com relação a uma nova concepção de corpo humano medicalizado e às modificações discursivas que isto desencadeia, é preciso refletir, numa visão mais complexa e transdisciplinar, sobre a legitimidade e as possibilidades de acolhimento de certas reivindicações. Isto a fim de não transformar as correntes de pensamentos éticos do Direito em uma expressão da “ciência da moral”. Ou ainda, a fim de evitar uma reificação discursiva da “moral da ciência”, fazendo uma confusão entre as normas jurídicas e as práticas científicas que podem ser benéficas ou nocivas à natureza e à humanidade. Na verdade, as exceções aos princípios da inviolabilidade e da integridade do corpo humano são numerosas nas legislações bioéticas internacionais. Leis infraconstitucionais começam a despenalizar a eutanásia, mas sem descriminalizar em nível constitucional, penal ou mesmo supraconstitucional, o atentado à vida humana.

Esta constatação mostra que não somente os progressos tecnocientíficos, mas também as transformações dos costumes e dos discursos contemporâneos forçam o Direito a uma nova tomada de posição com relação ao seu lugar e à sua função. Ela indica a necessidade de reconstrução de um sistema que leve em conta os fatores de contingência e tenha por objetivo a “constituição, reparação e proteção da subjetividade”. Estas transformações levarão à reconstrução das organizações jurídicas, nas quais as relações de poder serão sustentadas por outros princípios fundadores e não unicamente pela “culpabilidade, traçabilidade e responsabilidade” (DEMICHEL, 2005).

Portanto, na contemporaneidade, não resta aos juristas e aos legisladores a tarefa de retomar uma reflexão sobre os “interditos fundamentais da civilização”, suas influências nas relações humanas, nos comportamentos conscientes e inconscientes, e nas normas jurídicas? Esta reflexão sobre a concepção freudiana de cultura como horizonte institucional que produz no psiquismo humano “um determinismo inconsciente de subjetividade disciplinada” abre, com efeito, horizontes numerosos e inesperados. Ela ajuda a compreender que a “realidade psíquica” é comumente oposta à “realidade e à demanda material”. Contudo, a questão permanece: *Como*

será possível tornar a norma jurídica independente da ordem científica, sem a deixar vazia de seus polos factuais e axiomáticos?

3. Uma nova concepção de Lei: uma *instância* simbólica

Buscamos então construir um novo eixo de pesquisas para responder estas complexas questões que não podem ser clarificadas por um só homem e por uma só disciplina.

A aproximação entre o Direito e a Psicanálise abre raciocínios sobre as diferentes dimensões, consciente e inconsciente, das leis e de suas interpretações, graças ao instrumento da neolinguística. O essencial nesta interação disciplinar é compreender a noção de “significante”, vinda da retórica antiga, através do estruturalismo. Ela nos ajuda a *reintroduzir a subjetividade nos discursos* pelo estudo das fornitureiras da linguagem. Isto é conseguido através da utilização persuasiva da metáfora e da metonímia, dos efeitos dos processos inconscientes sobre a substituição e a combinação dos “significantes” nas dimensões respectivamente sincrônica e diacrônica³.

Estes estudos discursivos nos esclarecem sobre os “processos de argumentação científica”. Do lado da Psicanálise, eles tornam compreensíveis tais processos, pelo conhecimento dos *elementos estruturais* do inconsciente referidos à nossa “capacidade de julgamento *singular*”. E, no plano jurídico, eles instruem pelo conhecimento das principais correntes de pensamentos - a corrente da “moral triangulação”, a corrente da teoria crítica da Escola de Frankfurt, e a denominada corrente espanhola - que buscam, conforme seus *contingentes históricos* estabelecer os fundamentos da bioética, a partir de um ideal de “capacidade de julgamentos *razoáveis*”.

³ Em capítulo sobre *A linguística estática e a linguística evolutiva*: “A linguística sincrônica se ocupará das relações lógicas e psicológicas que unem os termos coexistentes e que formam sistemas, tais como são percebidos pela consciência coletiva. A linguística diacrônica estudará, ao contrário, as relações que unem termos sucessivos não percebidos por uma mesma consciência coletiva e que se substituem uns aos outros sem formar sistema entre si” (SAUSSURE, 1999, p. 116).

Portanto, para refletir sobre estas questões, nós destacamos o importante diálogo entre a “Teoria da Argumentação”⁴ de Chaïm Perelman, filósofo do Direito Belga, e a “Teoria dos efeitos *significantes distintos dos significados* nos discursos”⁵, de Jacques Lacan, psicanalista Frances. Neste diálogo, mais precisamente a propósito da “metáfora como função retórica”, Lacan a justifica incluindo a lógica do inconsciente. Então, indicamos os textos (LACAN, 1998a, / 1998b) correspondentes a este diálogo como uma das pedras angulares de um novo modo de reflexão sobre “os conflitos” entre o *desejo* do sujeito e os interditos do *social humano*, mas também, entre as diferentes leis jurídicas das *sociedades concretas* e a “Lei da linguagem”: esta última sendo denominada pela psicanálise de “Lei do Nome-do-Pai”, ou seja, uma instância superegógica do inconsciente humano e social.

Esta aproximação dos diferentes campos discursivos, do Direito e da Psicanálise, dá assim nascimento a uma nova concepção de Lei. Nesta nova concepção, a Lei surge como uma *instância simbólica* que se legitima em vários níveis coletivos e subjetivos. Trata-se de um processo significativo, referido ao Ideal, o qual opera na intersecção subjetiva e social e que tem importância para a “construção da subjetividade”.

Em suma, este trabalho da cultura de “interditar” o gozo, segundo Lebrun (2007), se faz em cinco níveis: o nível que Lacan denomina de *humus humain*, o nível do *social humano*, o nível da *sociedade concreta*, o nível da *família* e o nível da *realidade* psíquica do sujeito. Então, nesta nova concepção de Lei resultante de um trabalho da cultura, não se trata da qualidade das leis jurídicas, mas, da natureza e da legitimação cultural de uma *instância simbólica*. Ou seja, trata-se de uma categoria do simbólico, em virtude da “lei proposta a esta cadeia”, trata-se da própria estrutura da linguagem. Dito de outro modo é a introdução da estrutura linguística no coração da Lei, e, portanto, da condição humana.

⁴ “Teoria da Argumentação retórica” no discurso do Direito de Chaïm Perelman (PERELMAN, 1996).

⁵ “Teoria dos significantes distintos do significado”, na qual Lacan situa a *retórica* e demonstra porque a “*metáfora fálica*” é um significante central no psiquismo humano e funciona como um determinante de verdades sempre relativas (LACAN, 1998b, p. 903-907).

Assim sendo, a compreensão da lei jurídica como instância simbólica - que tem raízes mais profundas e que funciona em cadeia nas categorias linguísticas (metáfora e metonímia), nos diferentes níveis, consciente e inconsciente -, permite refletir de uma nova maneira sobre o poder do Direito e da tecnologia medical, em termos de respeito à subjetividade e ao desenvolvimento de uma vida e de uma morte mais humanas.

Esta abordagem coloca a questão do emprego retórico do discurso e das modificações consequentes nas transmissões de referenciais alusivos à *interdição* dos crimes fundamentais de homicídio e de incesto em todas as suas nuances. Produz cisões no debate sobre “eutanásia”, “suicídio assistido” e “consentimento” a fim de analisar e de “re-significar” o princípio ético, pedra angular do sistema jurídico universal “*Tu não matarás*” (Êxodo, 20,13).

4. Os cuidados paliativos, as diretivas antecipadas e a “colegialidade e traçabilidade” da decisão medical: uma reintrodução da *subjetividade* na Lei dos pacientes em fim de vida

O direito francês não autoriza a eutanásia, mas se volta, antes de tudo, a uma aproximação dos cuidados paliativos. Ele busca um equilíbrio da relação médico-paciente. Toma em consideração, de um lado, a vontade individual e/ou familiar, através das “diretivas antecipadas”, e por outro lado, a “colegialidade e traçabilidade” da decisão medical, mesmo contrariando as fortes pressões midiáticas e os diversos fatos da sociedade ligados à eutanásia. Portanto, a Lei francesa concernente aos direitos dos pacientes em fim de vida, numa ética mais relativa e de respeito do desejo individual, mesmo mantendo a interdição implícita da eutanásia, abre um novo caminho jurídico à *subjetividade*, nos limites da licitude do respeito à vida. O Direito francês não concede nenhum peso ao “consentimento” do doente na constituição dos elementos deste tipo de infração. O móbil da compaixão não é levado em conta senão para fixar a pena e, nos casos

cabíveis, em caso de culpabilidade, serve somente para esclarecer sobre as intenções do autor.

Compreendido como o fato de dar a morte a alguém, é em função da intenção do autor do ato ou do modo operatório que uma qualificação jurídica se desenvolverá. O direito penal francês permite classificar a eutanásia como assassinato, envenenamento ou não assistência à pessoa em perigo.

O comitê nacional de ética na França, numa postura mais próxima da ética *relativa* da Psicanálise não sugere uma despenalização ou descriminalização da eutanásia, mas uma apreciação e escuta, caso a caso, das circunstâncias excepcionais que podem daí surgir, a fim de evitar uma muito grande distância entre o Direito e as realidades humanas.

Neste ponto de nosso raciocínio, é necessário precisar que a Psicanálise adota a lógica do “terceiro incluído”, e se preocupa com a preservação da subjetividade. “Como” e “em que”, uma sociedade nos seus diferentes níveis (individual e coletivo), intervém na construção do aparelho psíquico. A Psicanálise estuda as leis que regem o campo do pensamento, o mundo da alma, colocando no nível *inconsciente* a causa do psiquismo no “consentimento” aos interditos fundadores. Ela vê a presença ativa da morte no coração da vida e da civilização.

Todos os *constrangimentos de estrutura* que emergem nos diferentes níveis da *sociedade humana*, estabelecendo o “limite ao gozo” sempre representado pela interdição do homicídio e do incesto, remetem a questão à retórica positivista e universal das leis jurídicas. Estes constrangimentos estruturais forçam a reintrodução no discurso científico do paradoxo da estrutura inconsciente do “sujeito clivado”, quando estes sujeitos são considerados pelos discursos de cada *sociedade concreta* (os discursos das leis jurídicas estão inclusos neste nível de trabalho cultural). Mas certamente, este nível de trabalho da cultura de “interdição do gozo” também é afetado pelos *contingentes históricos*.

Sabemos que o “sujeito clivado” entre suas referências simbólicas, para formar um compromisso entre as instâncias Ego-Superego deve

“consentir” *inconscientemente* às interdições fundadoras ao parricídio, matricídio e suas nuances incestuosas. As normas e as leis de cada sociedade concreta - sociais ou jurídicas - tem como função sustentar o “consentimento” a esta “perda”, a esta limitação de gozo mortífero.

Ocorre que após o enfraquecimento de todo *ethos* universal, racional, ético ou religioso, o significante “morte”, cada vez mais se aproxima do real, jorra fortemente em todas as falas de todas as sociedades. Nós questionamos então se a humanidade através dos homicídios busca restabelecer o contrato social para poder sobreviver?

A partir do momento que a eutanásia toma lugar de direito de sociedade e não constitui mais em si mesma uma transgressão nos espíritos, num verdadeiro retorno antropológico, nós nos questionamos quais representações sociofamiliares sustentarão a interdição aos crimes de “homicídio” nas sociedades racionalistas seculares ocidentais?

Atualmente a morte é considerada como um evento vergonhoso, privado e objeto de interdição, oposto à vida e ao sexo. Na sociedade liberal capitalista, nós assistimos a um fenômeno, segundo o qual a obscenidade não se situa mais nas alusões às coisas concernentes ao início da vida como a concepção, o nascimento, a contracepção, mas antes, aos fatos relativos ao fim da vida. Assim, os bebês não nascem mais “trazidos pelas cegonhas”, mas os “velhos” desaparecem entre as flores de um belo jardim, quando eles não são mais úteis ou estão “em forma”. A excitante pornografia da violência e da morte midiaticizada comprova um deslocamento de tabu na sociedade pós-moderna (MARANHÃO, 1998).

Nesta sociedade dedicada à produtividade e ao progresso, a morte perde seu senso metafísico. Não existe mais tempo nem espaço para a significação da morte. Esta não convém ao equilíbrio do “mais-gozar”, subtração de gozo pelo discurso homólogo à “plus-valia” percebida por Karl Marx, entre as pulsões de vida e de morte, ou entre os princípios de prazer e de realidade.

5. A evacuação do sujeito dos discursos sociais

Segundo a teoria lacaniana das quatro estruturas dos Discursos (discurso do Mestre - onde se situa a origem do discurso do Direito -, do Universitário, do Histérico e do Analista), existe uma estrutura mínima significativa ($S_1 \rightarrow S_2$) da linguagem (DOR, 2002), e por seus efeitos esta estrutura produz o sujeito sempre clivado e separado do objeto. Isto significa que não há aí possibilidades de gozar plenamente do objeto qualquer que ele seja. Mas, acontece que a ordem de funcionamento desta *estrutura significativa* foi invertida na quinta fórmula algébrica proposta por Lacan para explicar o “Discurso do Capitalista”⁶.

Esta inversão estrutural nos discursos muda as relações do sujeito aos significantes de referência e aos objetos da vida. Ela apaga a diferença entre “objeto de desejo inconsciente” e os objetos de consumação. Este desvio lógico produz, nos discursos correntes de nossos dias armadilhas cognitivas discursivas prometendo a todos a satisfação de todos os seus desejos, e sem dúvida produz controvérsias científicas. Esta inversão da lógica fundamental produz, segundo Lesourd (2001), a evacuação do sujeito nos discursos que organizam os laços sociais. As relações entre o sujeito e os objetos de consumação se estabelecem agora “sem limites ao gozo mortífero”. Ele diz que a evacuação subjetiva e a impossibilidade de subjetivação se fazem sentir mais especificamente nas “*parlottes*” ou blá-blá-blás tecno-medicais (LESOURD, 2007) que prometem, de uma maneira totalmente sutil modalidades perversas de gozo ilimitado. E ainda, que existe uma relação entre as regulagens da perda de gozo, as loucuras ordinárias e os discursos pós-modernos (LESOURD, 2004).

Todos os indivíduos sociais regulamentados como sujeitos de Direito, se considerados um a um, segundo a Psicanálise, são sujeitos de linguagem, isto é, cada um é “sujeito desde sua metáfora paternal”. Cada

⁶ “Je me réfère ici à la version de la conférence diffusée par Espace analytique en annexe à son courrier interne, le texte n’étant pas disponible dans une version publiée.” (LESOURD, 2006, p. 113).

sujeito é o efeito do discurso sustentado sobre a base de um recalçamento inconsciente das pulsões libidinais, limitações significantes referidas ao *Phallus*, e à diferença dos sexos e das gerações, recalçamento capaz de produzir significações que vão orientar suas escolhas durante toda a sua vida. Este sujeito considerado como efeito de uma metáfora é recoberto pela lógica fálica. Ele é efeito do significante-mestre, ele é representado por um significante que lhe reenvia a outros significantes.

Porém, podemos observar pela análise estrutural que opera Lacan através das quatro estruturas discursivas (os discursos do mestre, da histórica, do universitário e do analista), e sua proposição posterior de uma quinta fórmula para o Discurso do Capitalista, que esta lógica fálica que organiza a comunicação e os laços sociais sofreu um desvio de referências e valores em consequência das mudanças causadas pelo liberalismo.

Portanto, podemos concluir que a inversão lógica indicada na ordem do circuito dos quatro discursos - anteriormente caracterizados por uma ruptura no laço entre o sujeito clivado $\$$ e o objeto a , no nível inconsciente, estabelecendo uma impossibilidade de ligação entre o saber e o gozo -, produzida pelo desvio do discurso do Capitalista, causa mutações de referências sociofamiliares ao sujeito. Os sujeitos pós-modernos são gerados pelos efeitos das “*parlottes*”, ou seja, “fofocas, blá-blá-blás, palavras vazias” e sem significados, e não mais constituídos pelas significações e os valores morais e os ideais. Os sujeitos são “efeitos dos enunciados” cada vez mais distantes da lógica fálica, distanciados do nível sincrônico do sistema linguageiro. Em consequência, mais facilmente identificados aos produtos de mercado e crenças em palavras plenas de promessas eficazes.

6. A eutanásia fantasiada de suicídio assistido consentido

O estudo comparado das legislações internacionais nos mostra que a despenalização da eutanásia ou as soluções intermediárias, fazendo prevalecer a autonomia da vontade e podendo conduzir ao falecimento

com a intervenção dos profissionais da saúde ou de um terceiro; mesmo se apoiando em valores essenciais de liberdade do indivíduo em escolher o direito de morrer; e, utilizando o instrumento do “consentimento”, caracteriza um desvio discursivo derivado do discurso capitalista desenfreado que transforma o ser humano em um produto de mercado “não pensante e consumidor”, e cada vez mais orientado pelos “processos narcísicos e pela pulsão de morte”.

O suicídio assistido começa a se inscrever nas sociedades e nas legislações de alguns países, sob o pretexto de “liberalismo” ou de reconhecimento do “direito a morrer com dignidade”, abrindo assim uma via à eutanásia e ao eugenismo. Não se trata simplesmente de desviar o senso comum das palavras, mas se trata de invisíveis modificações discursivas, de desvios da significação jurídica, da modificação de um tipo de crime segundo o direito penal, fingindo reforçar o valor de uso. É uma malversação que procede por associações surpreendentes que opõem os termos “suicídio-assistido” e constituem um verdadeiro oxímoro. Com efeito, a eutanásia, disfarçada de suicídio assistido, retorna nos discursos contemporâneos, como se ela consistisse em uma “condenação à morte” inconsciente do sujeito por ele mesmo. Mas também no discurso do Direito que, a serviço do liberalismo, não toma mais em consideração a depressão do sujeito ou o fato que ele sofre as influências dos discursos correntes na Sociedade, a qual busca se desembaraçar dos muito velhos, dos muito pobres, ou dos muito “não conformes” ao politicamente correto, pelo espetáculo narcísico de alguns célebres suicidários na internet.

Os discursos contemporâneos forjam novas expressões na linguística jurídica como “suicídio assistido” ou “assistência ao suicídio” por um raciocínio *a contrario senso* das leis constitucionais, penal e civil, autorizando a matar, se o “móbil egoísta” do assistente não é estabelecido, tudo isto para mudar o ponto de interdição ao homicídio sob o pretexto de um “consentimento” questionável. Estes desvios persuasivos amplificam a noção de “consentimento” lhes empurrando até à ilegalidade, para justificar e “autorizar” o “homicídio”.

A despenalização ou a descriminalização da eutanásia, isto é, a admissão do significante “eutanásia” forjado juridicamente pelo significado “suicídio assistido” através do “consentimento” poderá criar no mínimo, em curto prazo, a neutralização do direito penal. Portanto, a noção de “consentimento” não pode ser amplificada até à ilegalidade, para justificar e autorizar os comportamentos transgressivos, perversos, ou mesmo o “homicídio”. Será preciso então analisar a natureza e os modos de consentimento de cada sujeito no seu contexto e na sua estrutura psíquica. O “consentimento informado” não pode ser utilizado de modo indiscriminado, como um instrumento válido, se ele é contrário à lei e aos princípios éticos da existência humana. O homem e a ciência não podem tudo fazer, tudo controlar, ou seja, “tudo fazer” deixando livres “as pulsões de morte” dominarem a vida. A civilização e a liberdade não existem senão que a partir do estabelecimento de tabus e do recalçamento pulsional em direção à sublimação. É o equilíbrio do “princípio de prazer pelo princípio de realidade” que determina os gozos toleráveis numa sociedade, assim como as condições de humanização.

As conseqüências destas malversações discursivas nos levam à modificação da “*interdição fundamental de matar*”. Ela poderá desencadear, em longo prazo, uma entropia ou uma anomia do sistema jurídico em si mesmo.

7. Os processos de “identificação primária” inconscientes e as decisões razoáveis

As decisões concernentes à limitação ou à interrupção de tratamentos médicos, ou ainda o prolongamento e a manutenção em sobrevivência dos pacientes dependem sempre do bom senso. Elas dependem, igualmente, de uma apreciação global da dimensão biopsicossocial e espiritual desses pacientes. A capacidade de julgamento razoável e singular depende dos modos de constituição da “identificação primária”

inconsciente, e da “resolução edípiana” de cada ser humano concernido na tomada de decisão. A capacidade de julgamento depende então da concepção que cada um tem do “que é a vida e a morte”, “o corpo e a alma”, “o sagrado e o profano”, “o amor e o ódio”, “a humanização e a desumanização”.

Segundo as particularidades do sistema inconsciente, notadamente no fato que ele ignora a cada vez o tempo e mais radicalmente a negação, cada um de nós é persuadido de sua imortalidade e nossa própria morte não nos é representável. Logicamente a consciência não saberia representar a morte sem continuar a existir, e *“quantas vezes nós tentamos nos representar, nós podemos notar que em realidade nós continuamos a estar lá como um espectador”* (Freud, 1915 *apud* MIJOLLA-MELLOR, 2005). Esta incapacidade de representar sua própria morte não implica que nós não possamos nos angustiar da certeza de ter que morrer. A angústia de morte ocupa um lugar central no nosso psiquismo, é ela que reenvia à angústia de castração. Portanto, nós temos representações oníricas que simbolizam a morte, por exemplo, o sonho de morte de pessoas queridas.

Nos neuróticos a morte aparece como possibilidade de solucionar seus próprios conflitos fundamentais. A morte, suprimindo um elemento da indecisão, permite-lhes decidir, mas também, a morte é ligada a seus ódios inconscientes no conflito de ambivalência. Na neurose obsessiva a morte aparece como uma solução. Mas para todo sujeito, ela constitui um valor que, por contraste e seu caráter de risco, exalta o valor da vida. A morte aparece também como enigma, semelhante ao do nascimento, e ainda como ambivalência entre o sofrimento e o alívio.

A psicanálise coloca a questão da causalidade da morte.

A gente sabe que o adulto, mais do que ver na morte um destino inelutável, considerará as causas ocasionais, de fato buscará os responsáveis (FREUD, 1915b). A criança nesta mesma perspectiva não hesitará em fazer da morte o resultado de um homicídio. Pois é lá que a relação com a morte permanece

na sua forma original, seja a pulsão de matar recalcada pelo interdito moral maior: “Tu não matarás”. Todavia há um domínio onde esta pulsão pode se dar livre curso, é a ficção literária que oferece além disso o prazer de se conservar em vida e a certeza de não ter matado ninguém. “No domínio da ficção nós encontramos esta pluralidade de vidas que nós temos necessidade.” O fato que a literatura, dita “do crime”, conheça há tempo um tão grande sucesso atesta, também, seguramente a existência do imperativo moral, a existência e a persistência desta pulsão ao assassinato e do enigma que comporta então o retorno da morte, aqui vista sob um ângulo lúdico. (MIJOLLA-MELLOR, 2005)

Então, questionamos se existe liberdade ou ausência de liberdade no dito “direito a morrer” na dignidade? Ou será que nós somos testemunhas, no caso de um “suicídio assistido”, do último momento de um condenado ao novo tipo de “pena de morte” induzido pela sociedade contemporânea? Esta reflexão é importante porque nós somos atravessados por mutações seculares inéditas, no funcionamento coletivo, as quais operam nas interseções subjetivas e sociais. Isto é, nós passamos atualmente por mutações dos *constrangimentos de estrutura, no nível inconsciente* da linguagem, os quais têm muita importância para a subjetividade.

As representações nos discursos sociais não são mais um resultado de um trabalho cultural de *restrição ao ódio* (LEBRUN, 2007), isto é, à pulsão homicida capaz de produzir o recalçamento inconsciente a partir de um ponto de negatividade. O discurso e a prática destes que militam pela eutanásia atestam a persistência da pulsão ao homicídio, e o enigma que comporta o eterno retorno da morte na civilização.

Neste sentido o psicanalista Jean-Pierre Lebrun destaca o sintoma de uma negatividade deslocada, pulverizada, que anuncia a supressão da *categoria do impossível*. Isto significa o desaparecimento do *limite* que impõe um menos-de-gozo na relação sujeito/objeto. O fim de um laço social

organizado em um sistema de uma posição de exterioridade, de *lugar de exceção*, o que leva ao descrédito da diferença de lugares generacionais e da transcendência como uma lógica aceitável. Segundo Lebrun (2007), nós estamos chegando ao fim de um regime simbólico da vida coletiva que era sustentado pela *Incompletude* e *Consistência*. Atualmente, nós estamos vivendo, ao mesmo tempo, a emergência da construção de outro tipo de laço social que acentua a *Completude* e a *Inconsistência*, uma vez que o sistema simbólico e os discursos correntes não parecem mais considerar a categoria do impossível. Na verdade, eles não parecem mais trabalhar - através dos constrangimentos e da castração -, a pulsão de morte⁷ em cada sujeito para produzir o recalçamento⁸ das representações fálicas capazes de conduzi-lo em direção à vida e à subjetivação. Assim constatamos um sintoma na intersecção subjetiva e social, justo no ponto entre o privado e o público, de um retorno da morte como um espetáculo onde os indivíduos não são mais os espectadores, mas sim os atores.

Nós ousamos dizer que nesta sublevação assistimos a uma sorte de “condenação à morte” como um retorno ao trabalho da “pulsão de morte”, que não é mais simbolizada ao preço de uma dívida contratada na árvore genealógica. Uma “pulsão de morte” que não se ameniza mais pelo Nome-do-Pai (pela representação que simboliza o *phallus*), uma pulsão de morte que não se limita mais pela fé e a perenidade do Ancestral que reina em Seu trono nas alturas, no *lugar da exceção* e da transcendência, desde a noite dos tempos. Nós participamos de uma sociedade onde as condições humanas retornam antropologicamente a um processo psicossocial de

⁷ A pulsão de morte (Thanatos) “est ce qui fait tendre les êtres vivants vers un état sans vie. Elle ne peut se manifester seule; son travail se reconnaît, notamment au travers des contraintes de répétition, lorsqu’elle a partie liée avec Eros. En ce qu’elle tend à ramener le vivant à l’état antérieur, elle est une composante de toute pulsion. Dans cet alliage, sa tendance dominante est la « dé-mixtion », la « dé-liaison », la dissociation. Pure, mais muette, à l’intérieur de l’appareil psychique, elle est « domptée par la libido », pour une part, et ainsi, défléchie vers l’extérieur par « l’action spécifique » de la musculature sous forme de pulsion de destruction, de pulsion d’emprise ou de volonté de puissance: c’est là le sadisme proprement dit; le masochisme érogène originaire constitue la part qui reste « à l’intérieur ».” (MIJOLLA, 2005).

⁸ Em suma, “o recalçamento é um processo da vida psíquica normal que consiste em manter (sobretudo pela censura) certas representações no inconsciente e a preservar assim a solidez do ‘Eu’.” Um processo de “colocar de lado as pulsões que querem recusar seu acesso à consciência.” (CHEMAMA, 2007, p. 362).

condenação e de autculpabilidade. Nós habitamos em uma sociedade onde as “realidades psíquicas” tem dificuldade em considerar o impossível do amor, isto é, as representações da morte tem dificuldade a se dialetizar em “desejo de viver”. Então, questionamos ainda sobre quais serão os caminhos para o futuro, quando não existirá mais o recalçamento, o interdito moral maior: *Tu não matarás!?*

Em consequência deste desvio discursivo que toca de muito próximo a estrutura topológica que funda a relação com o real, o simbólico e o imaginário da subjetividade, os indivíduos não têm mais muitas escolhas. É preciso ser útil ou estar em forma, ou será preciso “consentir” em sua própria condenação social ao novo cadafalso: autorrealizar a “pulsão de morte”, sobre seu próprio corpo quando “a anatomia é o único destino possível”.

8. No conflito entre o amor e a vida: a fé e a esperança da imortalidade

A partir deste eixo de pesquisa, pensamos que será preciso produzir como na técnica psicanalítica, as cisões nos significantes que circulam nos debates públicos para melhor compreender as novas subjetividades e encontrar os novos caminhos e cuidados paliativos as mais profundas dores que são “a perda, o luto e o abandono”. Será necessário tentar transformar o desespero ou o gozo diante da morte do “sujeito excessivamente clivado” e mais narcísico de hoje, em esperança de imortalidade que brota no amor.

Para mim, enquanto ser humano, eu tenho a convicção que a morte não se vende, jamais! Ela é como a vida, um Dom! O tempo da experiência da morte não deve ser interrompido. Segundo Jung, esse tempo faz parte de um processo de individualização que força o homem a uma transformação interior de sua alma. Trata-se de um processo que ultrapassa o conhecimento intelectual e dá sentido à vida reconciliando-a com seu destino (JAFFÉ, 1974).

Segundo o filósofo francês, Gabriel Marcel, principal representante do denominado “existencialismo cristão”, que se opõe aos filósofos da angústia e do desespero diante da morte, “*é na itinerância da vida que a esperança se revela*” (MARANHÃO, 1998).

Um princípio misterioso que situa o homem no domínio da transcendência. A esperança coloca o homem em marcha, em direção ao objetivo da realização plena de seu Ser. A esperança é uma antecipação do futuro e representa-se “como abertura através do tempo”, enquanto que o desespero é a “consciência do tempo fechado”. De onde o caráter profético da esperança pois mesmo sem poder dizer o que ela vê, o que acontecerá, ela “afirma como se visse”, como se ela tivesse uma visão desvelada do futuro. Assim a esperança é a “memória do futuro”.

A morte não é um princípio devorador ou um convite ao desespero: ela é um trampolim de esperança absoluta, um salto no tempo em direção à transcendência.

Tal esperança não encontra seu fundamento nas provas de ordem racional, mas antes na “certeza profética” que é dada pela experiência do amor. É no fundo do amor que brota a esperança da imortalidade.

Na ocasião de um debate no Congresso de Filosofia que ocorreu em Paris, em 1937, Léon Brunschvicg, julgando esta esperança excessivamente interessada e egoísta, afirmou a Gabriel Marcel: “*A morte de Léon Brunschvicg interessa menos a Léon Brunschvicg, a morte de Gabriel Marcel interessa menos a Gabriel Marcel*”, sobre o que este último respondeu:

O que importa não é minha morte, nem a sua, mas a morte das pessoas que nós amamos. Em outros termos, o problema, o único problema, essencial é aquele que estabelece o conflito do amor e da vida. Amar alguém [dizia Marcel] é lhe dizer: Tu não vais morrer... Se eu consinto à tua aniquilação eu trairei nosso amor, e, então, é como se eu te abandonasse à Morte.

Referências

- BÍBLIA. Êxodo, 20,13. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf/ex/20>>.
- CHEMAMA, Roland. **Dictionnaire de la Psychanalyse**. Paris: Larousse, 2007.
- DEMICHEL, Francine. **Les défis actuels du droit médical face à l'éthique**. Conferência em 08.04.2005, Seminário “*Pratiques soignantes, éthique et sociétés: impasses, alternatives et aspects interculturels: Ne serait-il pas plus judicieux de construire, à côté du droit de la responsabilité, un droit de la réparation sans responsabilité?*”. Organizado por iniciativa do PPF RISES de l'Université Lyon 3 em colaboração com a Université Lyon 1 e os Hospices Civils de Lyon, com a participação da Université de Marne La Vallée. Disponível em: <http://agora-2.org/colloque/pses2005.nsf/Conferences/Les_defis_actuels_du_droit_medical_face_a_l%20%99ethique_Francine_Demichel>.
- DOR, Joel. “discours (quatre -)”. In: MIJOLLA, Alain de. (Dir.). **Dictionnaire international de la psychanalyse**. Paris: Hachette Littératures, 2002.
- JAFFÉ, Aniéla. Conferência: **La Vieillesse et la Mort: les atermoyer ou les accepter?**, realizada em 1973, em Berlin durante a *Internationalen Gemeinschaft “Arzt und Seelsorger”*. Publicado por Edition Klett, 1974.
- LACAN, Jacques. A instância da letra no inconsciente ou a razão desde Freud. In: **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998a.

LACAN, Jacques. A metáfora do sujeito. In: **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998b.

LEBRUN, Jean-Pierre. De la servitude des nouveaux rois. In: LEBRUN, Jean-Pierre. **La Perversion ordinaire**. Vivre ensemble sans autrui. Paris: Denoël, 2007.

LEBRUN, Jean-Pierre. L'avenir de la haine. **La clinique lacanienne: Questions cruciales pour la psychanalyse**, vol. 1, n. 12, p. 127-143. Paris: Érès, 2007. Disponível em: <www.cairn.info/revue-la-clinique-lacanienne-2007-1-page-127.htm>. DOI: 10.3917/cla.012.0127.

LEGENDRE, Pierre. **La fabrique de l'homme occidental, suivi de L'Homme en meurtrier**. Paris : Arte Éditions, 1996.

LESOURD, Serge. **Comment taire le sujet?** Des discours aux parlottes libérales. Paris: Érès, 2006.

LESOURD, Serge. **La construction du sujet dans la modernité**. Tome 1, H.D.R. 2001.

LESOURD, S. L'évacuation du sujet dans les « parlottes » techno médicales. **Epistemo-somática**, Belo Horizonte - MG, dez. 2007, vol. 4, n. 2, p. 17-27. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-20052007000200003&lng=pt&nrm=iso>.

LESOURD, Serge. La folie ordinaire des discours modernes. **Figures de la psychanalyse**, 2004, vol. 2, n. 10, p. 105-110. Disponível em: <www.cairn.info/revue-figures-de-la-psy-2004-2-page-105.htm>. DOI: 10.3917/fp.010.0105.

MARANHÃO, José Luiz de Souza. **O que é a morte**. São Paulo: Brasiliense, 1998 (Coleção Primeiros Passos).

MARCEL, Gabriel. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Gabriel_Marcel>.

MIJOLLA, Alain de. (Dir.), **Dictionnaire international de la psychanalyse: concepts, notions, biographies, œuvres, événements, institutions**. (Comité éditorial: Bernard Golse, Editeur [scientifique]; Sophie de Mijolla-Mellor, Editeur [scientifique]; Roger Perron, Editeur [scientifique]). Paris: Hachette Littératures, 2005.

MIJOLLA-MELLOR, Sophie de. Mort (représentation de la) et psychanalyse. In: **Dictionnaire international de la psychanalyse: concepts, notions, biographies, œuvres, événements, institutions**. (Sous la dir. de Alain de Mijolla, Comité éditorial: Bernard Golse, Editeur [scientifique]; Sophie de Mijolla-Mellor, Editeur [scientifique]; Roger Perron, Editeur [scientifique]). Paris: Hachette Littératures, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. São Paulo: Cultrix, 1999.

DIES A QUO PARA A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC E MULTA: UMA LEITURA CONSTITUCIONAL

Tereza Aparecida Asta Gemignani¹

“Só a superação desta visão, com o reconhecimento da *força normativa* de toda a Constituição, em especial de seus princípios, é que vai permitir conceber o ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte de sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional.”

Daniel Sarmiento

Resumo - O artigo se propõe a examinar a tormentosa questão do *dies a quo* para o cômputo de juros pela taxa SELIC e multa moratória em relação às contribuições previdenciárias executadas pela Justiça do Trabalho. Sustenta que, ante o princípio da unidade da Constituição, o disposto no inciso VIII do artigo 114 deve ser interpretado em conjunto com o inciso I do artigo 109 da CF/88. Pondera que fato gerador e constituição em mora são institutos jurídicos distintos, ressaltando que a execução de ofício na Justiça Trabalhista é pautada por regras próprias, que não substituem a ação fiscal da União, não exigem anterior lançamento nem prévia inscrição na dívida ativa, de modo que não se confundem com as que regem o procedimento administrativo fiscal e judicial tributário. Defende a observância da tipicidade e do princípio da estrita legalidade previsto no artigo 150 da CF/88, com aplicação do critério estabelecido no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8.212/91, conforme recente alteração promovida pela lei 11.941/09, pois em consonância com o

¹ Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - Campinas - Doutora em Direito do Trabalho - nível de pós-graduação - pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP - Universidade de São Paulo.

artigo 880 da CLT, para que seja cumprido o *due process of law*, agasalhado no inciso LIV do artigo 5º da Carta Maior a fim de preservar a segurança jurídica.

Palavras-chave - A taxa SELIC e o *dies a quo* de sua aplicação em relação às contribuições previdenciárias. A distinção entre fato gerador e constituição em mora. Interpretação da nova redação conferida pela lei 11.941/09 ao artigo 43 da lei 8212/91. Tipicidade e o princípio da estrita legalidade. *Due process of law* e segurança jurídica.

Sumário: 1 - Introdução; 2 - As alterações da Emenda Constitucional 45; 3 - A unidade da jurisdição trabalhista; 4 - O princípio de interpretação das leis em conformidade com a unidade constitucional; 5 - A distinção entre fato gerador e constituição em mora; 6 - O *dies a quo* para a incidência da taxa SELIC e a conversão da Medida Provisória 449/2008 na Lei 11.941/09; 7 - O princípio da estrita legalidade e a segurança jurídica; 8 - Conclusão; 9 - Referências.

1 - INTRODUÇÃO

A conversão da Medida Provisória 449/2008 na Lei 11.941/09 veio suscitar controvérsia sobre muitas questões, que envolvem o recolhimento previdenciário em execução processada de ofício nos autos de uma ação trabalhista. Trata-se de momento propício para estimular as discussões acerca da interpretação do texto legal que possam levar a conclusões concretas e, por isso, a fim de contribuir para o debate, trago para análise a matéria referente ao cômputo do *dies a quo* para a incidência da taxa SELIC e multa moratória.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao traçar um capítulo inteiro sobre a Seguridade Social (Título VIII - Capítulo II - artigos 194 a 204), como gênero que abriga três espécies distintas: a previdência social, a assistência

social e a saúde, agasalhando de vez a teoria dualista, ao desvincular o direito previdenciário do direito trabalhista, incluído entre os fundamentais no Capítulo II do Título II - artigo 7º - .

Assim, estabeleceu de forma clara que nas questões que versam sobre seguridade social a relação é estatutária e publicista *ex lege*, formada entre os particulares e o Estado, pautada pelo princípio da estrita legalidade, enquanto o direito trabalhista rege relações de natureza jurídica contratual.

A Seguridade social é direcionada por princípios diferenciados e contém conceitos próprios como salário de benefício, salário de contribuição, auxílio doença, renda mensal, entre outros. As normas que disciplinam o procedimento fiscal administrativo e o judicial tributário estão atreladas ao princípio da estrita legalidade, estabelecem regras peculiares que prevêm a possibilidade de Recuperação Fiscal (REFIS) e sistemas de parcelamento (PAES / PAEX), benefícios que não podem ser concedidos numa execução trabalhista, processada com observância do *due process of law* .

Como bem ressalta Regina Helena Costa², a tributação exercida pelo Estado “há de ser desenvolvida dentro dos balizamentos constitucionais, impondo-se a edição de leis tributárias com observância dos princípios pertinentes”.

Os institutos jurídicos são distintos e a competência também. Enquanto à Justiça do Trabalho cabe julgar as lides que tratam de matéria trabalhista conforme estabelece o artigo 114 da CF/88, compete à Justiça Federal tratar das questões previdenciárias, em que a União figure como “autora, ré, assistente ou oponente” como reza o inciso I do artigo 109 da CF/88.

Entretanto, as leis editadas sob a égide da Carta de 1988 estabeleceram um espaço de confluência, entre o direito trabalhista e o previdenciário, ao construir o conceito de segurado. Não se trata de junção, pois a noção de segurado não se restringe apenas aos que exercem atividade remunerada, podendo incluir outros como a dona de casa e o

² Costa, Regina Helena - Curso de Direito Tributário - Editora Saraiva- 2009 - pag 6

síndico de condomínio sem remuneração. Porém, há um imbricamento conceitual inequívoco na medida em que todo trabalhador, só por ostentar essa condição se torna segurado obrigatório, independentemente de estar, ou não, inscrito no órgão previdenciário. Nestes termos preceitua o artigo 12 da lei 8.212/91, ao estabelecer que o simples exercício de atividade remunerada, sujeita ao Regime Geral de Previdência Social, provoca filiação automática, formando uma relação jurídica com o órgão previdenciário. Neste sentido também dispôs o parágrafo único do artigo 20 do Decreto 3048/99, ao consignar expressamente que a “filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios”, assim evidenciando claramente a junção da figura do trabalhador e do segurado.

2 - AS ALTERAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45

Visando preservar a unidade da jurisdição trabalhista, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o inciso VIII ao artigo 114 da CF/88, estabelecendo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar:

“a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”

A aplicação deste dispositivo tem causado intensa celeuma quanto à extensão de seu alcance.

Alguns procedem à leitura reducionista do que ali está disposto, entendendo que a incidência previdenciária só é cabível quando for proferida sentença de natureza condenatória, excluindo as decisões declaratórias de vínculo, tendo sido neste sentido expedido o inciso I da Súmula 368 do C. TST.

Contudo, me parece que tal entendimento foi superado e está em dissonância com a idéia básica que norteou a edição da Emenda Constitucional 45, qual seja, a de reconhecer a unidade da jurisdição trabalhista a fim de conferir-lhe maior efetividade, diretriz devidamente explicitada pela lei 11.457/07 ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 876 da CLT.

Com efeito, como aduzir que na Justiça do Trabalho a execução da incidência previdenciária se processaria apenas em relação às sentenças condenatórias, quando as declaratórias de vínculo produzem efeitos decisivos na concessão de benefícios previdenciários ao trabalhador, segurado obrigatório? Como sustentar a partição de competência quando a Lei Maior sinalizou exatamente em sentido contrário?

A alegação de que os valores assim recolhidos, mediante execução trabalhista, estavam sendo lançados pelo INSS indevidamente num fundo comum e não eram considerados para fins de concessão de benefícios indica a necessidade de correção dos procedimentos adotados, mas não respalda a redução da competência, ante o teor do dispositivo constitucional supra referido, que assim estabelece de forma genérica em relação a toda sentença trabalhista, de modo que não há supedâneo para a exclusão das declaratórias.

Outros partem para uma leitura ampliativa pretendendo, ao arrepio da Lei Maior, imputar à jurisdição trabalhista uma atribuição supletiva da inércia fiscal da União, enxertando indevidamente no processo trabalhista atos próprios da atividade fiscal, administrativa e tributária do Poder Executivo.

Também considero insustentável esta posição extremada, pois o Poder Judiciário Trabalhista não é órgão administrativo e não lhe compete substituir a ação fiscalizatória que cabe à União, pois a lei não deixou de exigir tais procedimentos por parte do fisco, nem foi abolido o processo judicial de cobrança que a União deve implementar junto a Justiça Federal Comum.

Neste contexto, como deve ser feita a leitura constitucional da matéria?

3 - A UNIDADE DA JURISDIÇÃO TRABALHISTA

Respalhada no princípio da unidade de convicção, a Emenda Constitucional 45 visou garantir a unidade da jurisdição **trabalhista** em razão **da matéria**, por reconhecer na relação de trabalho uma *vis atrativa* dos consequentes desdobramentos **dela decorrentes**, mas não conferiu ao Juízo Trabalhista a atribuição de substituir a ação fiscal própria do Poder Executivo, nem transferiu-lhe a jurisdição tributária, que continua a ser exercida pela Justiça Federal Comum nos limites traçados pela Carta Magna, de modo que o disposto no inciso VIII do artigo 114 deve ser interpretado em consonância com o inciso I do artigo 109, ambos da Constituição Federal.

Importante ressaltar que tal critério já vem sendo observado em outras matérias, em que também ocorre este tangenciamento material. Por exemplo, ao constatar a falta de recolhimento do FGTS o juiz trabalhista pode determinar ao empregador que efetue os depósitos respectivos sob pena de execução direta. Entretanto, não tem atribuição fiscal, nem jurisdição tributária, para condená-lo ao pagamento das multas previstas no artigo 22 da lei 8036/90 em favor do Fisco e da contribuição social de 10% devida ao Fundo nos termos da Lei Complementar 110/01.

O mesmo ocorre em relação à apuração da incidência previdenciária, pois o fato de existir uma reclamação trabalhista em trâmite nesta Justiça Especializada não impede a atuação fiscal dos órgãos do Poder Executivo, com a observância do procedimento administrativo quanto ao lançamento, inscrição na dívida ativa e ajuizamento da ação pela União perante a Justiça Federal Comum, inexistindo amparo constitucional para sustentar que esta ação fiscal e tributária teria sido substituída por uma ação trabalhista, em cujos autos se processa de ofício uma execução atípica e peculiar, balizada por limites próprios.

Não foi esse o escopo da Emenda Constitucional. Não foi isso o que estabeleceu a lei.

O inciso VIII do artigo 114 não veio neutralizar a ação fiscal do Poder Executivo, nem teve o escopo de esvaziar o contido no inciso I do

artigo 109 da CF/88 quanto a cobrança de débito fiscal, sendo que tais procedimentos não se excluem, continuando a existir cada qual em sua esfera de competência.

E qual a esfera de competência trabalhista?

Precisamente o que está disposto no inciso VIII do artigo 114, ou seja, nem mais, nem menos do que ali foi fixado.

Cabe a Justiça do Trabalho a execução de ofício das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, condenatórias e declaratórias, assim preservando a unidade da jurisdição trabalhista, no sentido de fazer valer o reconhecimento do vínculo não só nas relações contratuais entre os particulares envolvidos, mas também em face do Estado, nas relações previdenciárias delas decorrentes, pela simples e boa razão de que não tem sentido deixar a jurisdição pela metade. Com efeito, se o trabalhador foi assim considerado pela Justiça Trabalhista, que detém jurisdição específica para tanto, e se tal categorização *per se* lhe confere a condição de segurado obrigatório junto ao INSS, com o conseqüente reconhecimento do tempo de serviço para fim de auferir benefícios previdenciários, é evidente que a jurisdição trabalhista só estará completa se a decisão tiver a sua eficácia reconhecida em relação a todos esses aspectos.

Portanto, se a condição de segurado nasce junto com o reconhecimento da existência de um vínculo trabalhista, a preservação da lógica do sistema normativo impele a atribuição de competência à Justiça do Trabalho também para executar as conseqüentes contribuições previdenciárias decorrentes da sentença proferida. Entretanto, não neutraliza ou substitui a ação fiscal que cabe aos órgãos próprios da União, nem desloca a integralidade da competência tributária, pois o disposto no inciso I do artigo 109 da CF/88 permanece em vigor.

A peculiaridade da execução trabalhista fica bem evidenciada quando passamos a analisar os institutos da decadência e prescrição. Com efeito, caso não prevaleça a posição que ora sustento, um número significativo de contribuições previdenciárias será atingido pela decadência,

por ter decorrido o prazo legal de 5 anos sem a devida constituição do crédito tributário (artigos 150 parágrafo 4º e 173 do Código Tributário Nacional), ou mesmo a prescrição, pelo decurso de 5 anos sem a necessária inscrição na dívida ativa (artigo 174 do CTN e Súmula Vinculante nº 8 do STF), por ter deixado a União de cumprir com suas atribuições fiscais, que não foram suspensas nem substituídas pelo ajuizamento de uma ação trabalhista.

Ademais, os critérios para a fixação do *dies a quo* quanto a aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória estabelecidos nos artigos 34 a 39 da lei 8.212/91, bem como a concessão de parcelamento e recuperação fiscal, tem aplicação específica no procedimento fiscal administrativo e execução judicial processada perante a Justiça Federal Comum, casos em que também incidem as normas que regem os institutos da decadência e prescrição em direito tributário (artigos 150, 156 173 e 174 do Código Tributário), mas não se aplicam à execução atípica processada nos autos de uma ação trabalhista, pois é pautada por regras próprias e específicas.

Também se revela juridicamente insustentável a alegação de que o prazo prescricional referente aos recolhimentos previdenciários teria início a partir do ajuizamento porque não há lei que assim estabeleça além de que, por óbvio, a ação trabalhista não é intentada pelo credor previdenciário.

Destarte, como na execução trabalhista a União só teve conhecimento da existência de um crédito tributário em seu favor quando este já estava sendo executado no curso de uma ação judicial trabalhista, descabe qualquer questionamento quanto a possibilidade da ocorrência de decadência, devendo ser aplicado, quanto a prescrição, o disposto no parágrafo 4º do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal que prevê o reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente quando decorridos 5 (cinco) anos do arquivamento provisório dos autos, determinado após o prazo de 1 (um) ano sem a localização do devedor ou de bens penhoráveis.

A possibilidade de pronunciamento de ofício da prescrição intercorrente está em consonância com a diretriz esposta pelo parágrafo 5º do artigo 219 do CPC, nos termos em que

foi alterado pela lei 11.280/06, sendo inaplicável a diretriz prevista na Súmula 114 do C. TST, pois aqui não se trata de crédito trabalhista, mas tributário, o que é bem diferente.

É importante ressaltar que num Estado de Direito, como o nosso, a exigibilidade do débito tributário só se sustenta quando há observância do rito procedimental posto pela lei. No caso das verbas previdenciárias, isso pode ocorrer de duas formas distintas:

1 - A constituição do crédito tributário tem início pela fase administrativa mediante lançamento (artigo 142 do CTN), que é ato vinculado e enseja as cominações previstas na lei 8.212/91 quanto a declaração de decadência nos termos do art. 173 do CTN, concessão de parcelamentos e financiamento e, se não houver pagamento, inscrição na dívida ativa com observância do prazo prescricional previsto no artigo 174 do CTN, e ajuizamento do executivo fiscal - LEF - perante a Justiça Comum Federal - art. 109 -I da CF/88.

2 - Nos autos de uma ação trabalhista, processada nos termos do inciso VIII do artigo 114 da CF/88. Aqui não há lançamento, não há inscrição na dívida ativa. É a sentença trabalhista que constitui o crédito previdenciário e o reveste de certeza, enquanto a sentença de liquidação lhe confere liquidez, assim perfazendo os requisitos necessários para que se torne exigível. Como a União só toma conhecimento da existência deste crédito em seu favor quando o título já está sendo processado judicialmente, não há que se falar em decadência nem prescrição nos termos dos artigos 173 e 174 do CTN , sendo cabível apenas a decretação de ofício da prescrição intercorrente conforme dispõe o artigo 40 da LEF.

O sistema constitucional delimita claramente essas duas situações, tendo o inciso VIII do artigo 114 da CF/88 fixado expressamente tal baliza, ao estabelecer que a competência trabalhista se refere às verbas previdenciárias **decorrentes** das sentenças e acordos.

As normas infraconstitucionais também caminham neste sentido. O artigo 879 da CLT trata da sentença de liquidação, enquanto a lei de custeio distingue com clareza os critérios de cobrança administrativa, daqueles que deverão ser observados na execução trabalhista, ao tratar desta questão em dispositivo específico (artigo 43), diretriz ratificada e ampliada pela lei 11.941/09 ao alterar seu parágrafo 3º.

Portanto, as contribuições previdenciárias **decorrentes** das sentenças e acordos trabalhistas só se tornam exigíveis quando o débito previdenciário se reveste de certeza e liquidez, que assim possibilite o recolhimento pelo devedor, que só está obrigado a responder pelo pagamento de multa e juros moratórios pela taxa SELIC quando configurada a situação de mora, ou seja, apenas se descumprir o prazo legal previsto no artigo 880 da CLT.

E que assim deve ser observado, ante a estrita legalidade e os princípios constitucionais constantes do artigo 150 da CF/88 que regem o direito tributário, pois foi a própria lei que fixou a data da configuração da mora nesta modalidade peculiar de execução.

Com efeito, se a União não procedeu a qualquer ato administrativo ou fiscal, não houve lançamento do débito nem inscrição na dívida ativa, qual o amparo legal para retroagir a imputação de multa e juros moratórios desde a prestação de serviços, se antes da sentença de liquidação havia impossibilidade material de cumprir com a obrigação, pois o devedor tributário não tinha conhecimento da importância líquida que devia pagar?

Ressalte-se que o artigo 144 do CTN em nenhum momento trata da constituição da mora em processo judicial trabalhista, disciplinando especificamente a constituição do crédito tributário pelo ato administrativo de lançamento, de modo que ante o princípio da tipicidade, que rege a incidência tributária, não pode ser aplicado fora destes limites, notadamente

porque a instância judicial trabalhista não se confunde com a esfera administrativa fiscal.

Insustentável a pretensão de enxertar institutos e normas legais exclusivas da fase administrativa num processo judicial trabalhista que já está em fase de execução, o que tem aumentado desnecessariamente os temas em conflito, ao arrepio da reforma trazida pela EC 45.

4 - PRINCÍPIO DE INTERPRETAÇÃO DAS LEIS EM CONFORMIDADE COM A UNIDADE CONSTITUCIONAL

Ademais, a fim de possibilitar a operacionalidade do sistema, as normas legais devem ser interpretadas de modo a fazer valer a unidade da Constituição.

Em relação a tal matéria, ressalta Canotilho³ que como a Constituição é a *norma normarum* “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”. Assim, ante o “princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa) contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental”, de modo que a superioridade normativa da Constituição baliza todas as demais leis e atos administrativos.

Este princípio é pautado pela idéia de prevalência da Constituição e conservação da norma posta, com especial atenção para os fins colimados pelo legislador e o sentido em que foi instituída. Pondera que a aplicação desta diretriz ganha relevância quando “a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre

³ Canotilho, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição - 5ª edição - Livraria Almedina - Coimbra Portugal- pag 1210.

os vários significados da norma”, o que torna necessário proceder a uma interpretação que “lhe dê um sentido em conformidade com a constituição” que, na questão ora em estudo, teve o escopo de garantir em razão da matéria a integralidade da jurisdição trabalhista nesta Justiça Especializada e não de imputar-lhe atribuição fiscal supletiva da inércia da União ou atribuir-lhe a unidade da jurisdição tributária.

Neste sentido também caminha o pensamento de Jorge Miranda⁴, ao pontuar que a “acção imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema...com... função prospectiva, dinamizadora e transformadora,” atuando como “elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios,” decorrendo daí “o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contêm ou o convite que sugerem para a adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximam da idêia de direito inspiradora da Constituição”

Ao tratar do tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁵ salientam que os “aplicadores da Constituição, em face das normas infraconstitucionais de múltiplos significados,” devem proceder a interpretação de modo a preservar os princípios da certeza e segurança jurídica, que “estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado”. Destacam que “o princípio da *interpretação conforme* passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do *querer* constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há que se optar por aquela que a torne compatível com a constituição, mas

⁴ Miranda, Jorge - Manual de Direito Constitucional - Tomo II - Coimbra Editora Limitada - 3ª edição - 1991 - págs 226/227

⁵ Ferreira Mendes, Gilmar - Mártires Coelho, Inocêncio - Gonet Branco, Paulo Gustavo *in* Curso de Direito Constitucional - Editora Saraiva - 2ª edição - 2008 - pags 119/120

também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que *se orienta para a Constituição* ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte”.

No caso da Emenda Constitucional 45, em consonância com o disposto no inciso IV do artigo 1º da CF/88, que erigiu o trabalho como valor fundamental para a edificação da república brasileira, este querer está direcionado para a consolidação da unidade da jurisdição trabalhista, a fim de garantir a integralidade da tutela judicial nas relações de trabalho, nestes termos balizando a interpretação das normas infraconstitucionais e o procedimento estatal. Em nenhum momento foi estabelecido o deslocamento das atribuições fiscais ou transferência da jurisdição tributária da Justiça Federal Comum para a Justiça Trabalhista, como vem arguindo a União em inúmeros recursos que tem ajuizado perante essa Justiça Especializada.

5 - A DISTINÇÃO ENTRE FATO GERADOR E CONSTITUIÇÃO EM MORA

A distinção entre fato gerador e constituição em mora não enseja maiores questionamentos em matéria trabalhista. Se, por exemplo, determinado empregado faz horas extras em janeiro e não recebe o respectivo pagamento, tal configura o fato gerador. Entretanto, se ajuizar ação apenas em dezembro, o pagamento dos juros, decorrentes da constituição em mora, só será exigível a partir de dezembro, nos termos do artigo 883 da CLT.

Tal ocorre porque a constituição em mora não se dá no mesmo momento do fato gerador.

Se assim decidimos em relação ao crédito trabalhista, que é privilegiado por deter natureza alimentar, qual o fundamento para desconsiderar a mesma distinção estabelecida na lei previdenciária, que por ter natureza tributária está adstrita ao princípio da estrita legalidade?

Ora, em relação aos recolhimentos previdenciários cuja execução é processada em ação trabalhista o raciocínio deve ser o mesmo, notadamente

ante o constante da recente lei 11.941/09 que, ao alterar o disposto no artigo 43 da lei 8.212/91, destacou de forma expressa a diferença entre o momento em que ocorre o fato gerador (parágrafo 2º), daquele em que se dá a constituição em mora (parágrafo 3º), distinção a cujo reconhecimento estamos obrigados pelo princípio da legalidade, pois se a lei assim não entendesse não haveria necessidade de excepcionar os critérios de aferição.

Com efeito, se não houve lançamento nem inscrição em dívida ativa, e o débito previdenciário só foi constituído em decorrência de uma sentença trabalhista que o revestiu de certeza e de uma sentença de liquidação que lhe conferiu liquidez, a constituição em mora só se dá quando o devedor, citado para pagar, deixa de fazê-lo no prazo legal. E tal ocorre porque, como anteriormente destacado, trata-se de uma situação jurídica peculiar e atípica, que se configura nos autos de uma ação judicial que está em trâmite, o que afasta as regras procedimentais estabelecidas nos artigos 34 a 39 da lei 8.212/91 para a fixação do *dies a quo*, quanto a aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória, bem como a concessão de parcelamento e recuperação fiscal, benefícios que têm aplicação exclusiva e específica no procedimento fiscal administrativo e execução judicial processada perante a Justiça Federal Comum.

6 - O *DIES A QUO* PARA A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC E A CONVERSÃO DA MP 449 NA LEI 11.941/09

Destarte, na execução processada nos autos de uma ação trabalhista, o fato gerador não se confunde com a constituição em mora.

São situações jurídicas distintas, **porque a própria lei assim estabeleceu.**

Com efeito, enquanto o parágrafo 2º trata do fato gerador, o parágrafo 3º no artigo 43 da lei 8.212/91, com a recente alteração promovida pela Lei 11.941/09, assim prevê a constituição em mora:

“Parágrafo 3º - As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período de prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas ,limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou acordo homologado, sendo que neste último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.”

Tal disposição está em plena consonância com o disposto no artigo 880, *caput*, da CLT, *in verbis*:

“Requerida a execução, o juiz ou presidente do Tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.”

Este **critério legal** observou a específica tipicidade desta modalidade de execução da incidência previdenciária decorrente de uma sentença trabalhista, que julgou uma situação jurídica em que houve pretensão resistida, não ocorreu ação fiscal por parte da União, não houve anterior lançamento administrativo do débito nem inscrição na dívida ativa, não foi concedida a possibilidade do devedor solicitar qualquer parcelamento (artigo 38 da lei 8212/91 e artigo 3º da lei 11.941/09), requerer inserção em programas de recuperação fiscal (REFIS) ou desconto (artigo 1º da lei 11.941/09).

Além disso, o valor certo da contribuição previdenciária só foi apurado em sentença de liquidação e, por consequência, apenas nesta oportunidade houve a possibilidade do respectivo recolhimento, de sorte que não há amparo para retroagir a imputação em mora ao período anterior ao critério legal estabelecido.

Deste modo, proferida a sentença de liquidação que procederá à apuração das contribuições sociais mês a mês, com referência ao período de prestação de serviços, aplicação das respectivas alíquotas e observância dos limites do salário de contribuição, a Vara expede o mandado nos termos do artigo 880 da CLT, constando expressamente que se não houver o recolhimento previdenciário nas 48 horas (mesmo prazo em que devem ser pagos os créditos trabalhistas) o executado passará a responder pelos juros pela taxa SELIC e multa moratória, que serão cobrados até o efetivo cumprimento da obrigação.

E assim é porque nesta execução atípica, a incidência previdenciária decorre inequivocamente de uma sentença trabalhista “situação definida em lei como necessária e suficiente”, de sorte que a disposição constante do artigo 114 do CTN deve ser entendida em consonância com o disposto no inciso II do artigo 116 do CTN, ao estabelecer que “tratando-se de situação jurídica” considera-se o ocorrido “desde o momento em que esteja definitivamente constituída nos termos do direito aplicável”, o que só restou configurado com a proferição da sentença de liquidação, ao fixar os valores do *quantum debeat* exigível para o recolhimento das contribuições previdenciárias.

Por tais razões o cômputo retroativo de multa e juros moratórios desde a prestação de serviços, quando se trata de execução processada de ofício nos autos de uma reclamação trabalhista nos termos do inciso VIII do artigo 114 da CF/88, viola frontalmente o disposto no artigo 150 da Constituição Federal em vigor e afronta os princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica, além de conferir indevidamente ao crédito tributário privilégio superior ao próprio crédito principal trabalhista, em relação ao qual os juros são computados, “em qualquer caso” apenas a partir do ajuizamento. Conforme anteriormente referido, também não há supedâneo legal para considerar que os juros moratórios do débito tributário seriam

exigíveis pelo mesmo critério, ou seja desde o ajuizamento da ação, pois o artigo 883 da CLT rege apenas a matéria trabalhista e o parágrafo 4º do artigo 879 da CLT que, sintomaticamente, trata da sentença de liquidação, estabelece expressamente que não é aplicável a lei trabalhista para tanto.

Portanto, o deslinde da controvérsia passa pelo reconhecimento de que não se pode confundir o momento em que ocorre o *fato gerador* com aquele em que se dá a *constituição em mora*.

São institutos jurídicos distintos, que se configuram em épocas próprias, em conformidade com os critérios postos pelo ordenamento legal em vigor. Em relação às verbas trabalhistas, a contagem dos juros moratórios só é devida a partir do ajuizamento da ação e não da data da prestação dos serviços. No caso de incidência previdenciária, à parte toda a celeuma que ainda grassa no meio jurídico quanto ao *fato gerador*, os dispositivos legais suso transcritos evidenciam de forma clara que a lei também fixou momentos diferentes para a caracterização do fato gerador e para a configuração do devedor em mora, de modo que deve o interprete observar tais critérios, notadamente quando se trata de débito tributário, em que prevalece o princípio da estrita legalidade e da “tipicidade fechada”.

Como bem ressalta Roque Antonio Carrazza “o princípio da legalidade teve sua intensidade reforçada no campo tributário, pelo artigo 150, inciso I da CF. Sem essa precisa tipificação, de nada valem regulamentos, portarias, atos administrativos e outros atos normativos infralegais: por si sós, não tem a propriedade de criar ônus ou gravames para os contribuintes. Incontroverso, pois, que a cobrança de qualquer tributo pela Fazenda Pública (nacional, estadual, municipal ou distrital) só poderá ser validamente operada se houver uma lei que a autorize. O princípio da legalidade é um limite intransponível à atuação do Fisco. O tributo subsume-se a esse princípio constitucional. Afinal, a vontade da lei, na obrigação tributária, substitui a vontade das partes, na obrigação privada.”

Esta mesma fundamentação consta das razões de decidir de voto proferido pelo Ministro Luiz Fux⁶ ao ressaltar que o “princípio da legalidade, no Direito Tributário, impõe que todos os elementos da exação fiscal estejam previstos em lei, consubstanciando o denominado princípio da estrita legalidade, segundo o qual não apenas a integralidade da hipótese de incidência- em seus critérios material, espacial e temporal - mas também a relação jurídico-tributária - em seus critérios pessoal e quantitativo - devem, imprescindivelmente, constar em lei”.

Importante ressaltar que a inobservância destes balizamentos legais pode conferir, indevidamente, maior gravosidade ao crédito tributário em detrimento do principal trabalhista, provocando insustentável desvirtuamento na execução que se processa nesta **Justiça Especializada**.

Pesquisa realizada pelos servidores deste TRT, Cláudio Yoshinori Yoen e Adelina do Amaral Martins, evidencia de forma contundente esta disparidade entre o débito principal trabalhista e o acessório tributário, quando a multa e os juros moratórios são calculados desde a prestação de serviço. Com efeito, no processo 774-2001-053-15-00-3- AP, o débito trabalhista importou em R\$ 3.000,00, enquanto o previdenciário foi pleiteado pela União em R\$ 6.738,59; no processo 1876-2003-053-15-00-8 foi apurado débito trabalhista de R\$ 9.409,95 e pretendido pela União o valor de R\$ 22.899,52 quanto ao previdenciário; no processo 2154-2002-053-15-00-0 foram homologados cálculos trabalhistas em R\$ 3.237,07 e pretendido pela União o recebimento de R\$ 18.678,63.

Pondera Luiz Roberto Marinoni⁷ que interpretar é “expressar significado. Contudo, muito mais do que atribuir significado a uma norma, cabe à jurisdição *realizar*, no caso concreto, o que foi por ela prometido”, pois o direito de ação, assim “como acontece com os direitos fundamentais no Estado constitucional, exige prestações estatais positivas voltadas a sua plena realização concreta”.

⁶ Fux, Luiz - Ministro Relator do Recurso Especial nº 0241706-6 - STJ - Primeira Turma - votação unânime - 11/11/2008

⁷ Marinoni, Luiz Roberto - Teoria Geral do Processo - 2ª edição - Editora Revista dos Tribunais - vol. 1 - 2ª edição - 2007 - pag.112 e 210

A competência atribuída pela Emenda Constitucional 45 à Justiça do Trabalho não objetivou transferir-lhe atribuições fiscais que são próprias da União, mesmo porque Executivo e Judiciário são poderes com órbitas distintas de atuação, nem provocou o deslocamento da jurisdição tributária, já que preservada a competência da Justiça Federal Comum nos termos do inciso I do artigo 109. Teve o escopo específico de garantir **a efetividade da tutela dos direitos trabalhistas**, de modo que se tornava necessário **preservar a integralidade da jurisdição**, abarcando também os efeitos dela decorrentes ao sistema previdenciário, face a condição de segurado obrigatório do trabalhador. Como a vinculação do fisco com o empregador não tem natureza trabalhista, mas tributária, a execução de ofício só pode ser processada com observância dos limites traçados pelo princípio da estrita legalidade, notadamente quanto aos critérios de constituição em mora e cômputo do *dies a quo* para incidência da taxa SELIC, face ao disposto no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8212/91 com a nova redação estabelecida pela Lei nº 11.841/09.

Destarte, em relação às contribuições previdenciárias devidas em decorrência de sentença trabalhista, executadas de ofício nesta Justiça Especializada, o *dies a quo* para o aplicação da taxa SELIC passa a ser computado se não houver pagamento nas 48 horas estabelecidas no artigo 880 da CLT, devendo tal cominação constar expressamente do mandado, para que o executado seja cientificado do encargo que passará a suportar.

7 - O PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA

Importante ressaltar que em relação às matérias disciplinadas pelo Direito Tributário a Constituição Federal ampliou o alcance do princípio da legalidade constante do inciso II do artigo 5º, exigindo em seu artigo 150 a observância do princípio da **estrita legalidade**, de modo que o poder de tributar está limitado ao que consta expressamente das normas

quanto às condições e tipicidade, regra que também alcança a incidência previdenciária e visa preservar a segurança jurídica como valor fundamental para a operacionalidade do sistema.

Assim sendo, o patrimônio do contribuinte só pode ser onerado nos termos e condições estabelecidos pela norma legal, de sorte que cada ato concreto da atividade tributária estatal deve estar rigorosamente respaldado em uma regra, como também prescreveu o artigo 97 do CTN, notadamente em relação aos elementos essenciais do *an* e do *quantum debeatur*, o que levou a formulação do conceito de estrita legalidade.

Ao discorrer sobre o tema, Nelson Nery Junior⁸ revela mais, ao destacar que o princípio da legalidade está inserido no *substantive due process*, agasalhado no inciso LIV do artigo 5º de nossa Carta Magna, com o escopo de garantir “legal e pragmaticamente, a segurança jurídica”

Tal fundamento doutrinário vem reforçar a interpretação de que a contagem do *dies a quo* para fins de aplicação da taxa SELIC, em relação às incidências previdenciárias executadas de ofício pela Justiça do Trabalho, deve observar a diretriz estabelecida no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8212/91 (inserido pela Lei 11.941/2009) **no que se refere aos critérios de constituição em mora, que exigem a prévia quantificação líquida da obrigação tributária que o sujeito passivo terá que recolher ao fisco**, porque a regra legal assim a considerou como execução atípica, regida por critérios próprios, já que não houve anterior ação fiscal pela União, lançamento do débito, nem inscrição na dívida ativa.

Portanto, ante o disposto no artigo 150 da CF/88, deve ser considerado o prazo fixado no artigo 880 da CLT para o cumprimento da obrigação tributária, sob pena de ocorrer violação ao princípio da estrita legalidade,

⁸ Nery Junior, Nelson - Princípios do Processo na Constituição Federal - Editora Revista dos Tribunais - 2009 pags 83 a 88.

segundo o qual não basta que a lei preveja a exigência de um tributo, sendo necessário observar também os critérios que vinculam a atuação da Fazenda Pública quanto a constituição em mora numa determinada situação jurídica. Tal visa preservar a segurança jurídica, que o sistema erigiu como direito fundamental no inciso LIV do artigo 5º da Constituição e impedir que a União aumente indevidamente o valor do débito, pois na “verdade, o *quantum* a ser desembolsado é o que afinal vai interessar, sendo tudo o mais instrumental do implemento das garantias que a Constituição dá, daí a razão pela qual a fixação do *quantum* direta ou indiretamente está subordinada à legalidade”.

Roque Antonio Carrazza⁹ observa com percuciência que, embora louváveis os “propósitos de aumentar a arrecadação e punir os infratores absolutamente não podem prevalecer sobre a segurança jurídica dos contribuintes. Em suma, em matéria tributária e tributário-penal, positivamente, é vedada a interpretação analógica *in malam partem*”. Assim sendo, em se tratando de execução de contribuições previdenciárias, processadas de ofício pela Justiça do Trabalho, não pode ser descumprida a regra posta e exigido o recolhimento do tributo em condições diversas da estipulada no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8.212/91 quanto a contagem do *dies a quo* para o cômputo dos juros pela taxa SELIC e multa moratória.

8 - CONCLUSÃO

Transcorridos quase cinco anos da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que trouxe alterações estruturais significativas, fortalecendo a unidade da jurisdição trabalhista a fim de fazer valer o trabalho como princípio fundante da República brasileira, vivemos um momento de maturidade na avaliação de seus efeitos. Os arroubos, próprios

⁹ Carrazza, Roque Antonio - Curso de Direito Constitucional Tributário - 20ª edição - 2004 - Malheiros Editores - São Paulo - pag. 245 a 252

da fase de conquista de maior espaço institucional de atuação para esta Justiça Especializada, deram lugar a uma nova perspectiva de ponderação na avaliação desta mudança, a fim de garantir segurança jurídica, operacionalidade e coerência sistêmica do ordenamento, de modo que o disposto no inciso VIII do artigo 114 deve ser interpretado exatamente nos termos em que foi estabelecido, com a finalidade de implementar a integralidade da jurisdição trabalhista, e não de substituir a ação fiscal da União ou deslocar a competência tributária da Justiça Federal Comum, não elidindo a aplicação do inciso I, do artigo 109, da Constituição Federal de 1988.

Destarte, com o escopo de preservar a estrita legalidade e demais princípios agasalhados no artigo 150, bem como a segurança jurídica assegurada pelo *due process of law* estabelecido como direito fundamental no inciso LIV, do artigo 5º, ambos da Constituição Federal, é preciso proceder à interpretação que preserve a unidade constitucional, de modo que nas execuções processadas de ofício em relação às contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho, a configuração da mora, com a contagem do *dies a quo* para aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória, deve observar os critérios estabelecidos pelo parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8.212/91.

9 - REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e Teoria da Constituição - 5ª edição - Livraria Almedina - Coimbra Portugal.

CARRAZZA, Roque Antonio - Curso de Direito Constitucional Tributário - 20ª edição - 2004 - Malheiros Editores - São Paulo.

COSTA, Regina Helena - Curso de Direito Tributário - Editora Saraiva - 2009

FERREIRA MENDES, Gilmar - MÁRTIRES COELHO, Inocêncio -
GONET BRANCO, Paulo Gustavo *in* Curso de Direito Constitucional
- Editora Saraiva - 2ª edição - 2008

MARINONI, Luiz Roberto - Teoria Geral do Processo - 2ª edição - Editora
Revista dos Tribunais - vol 1 - 2ª edição - 2007

MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional - Tomo II - Coimbra
Editora Limitada - 3ª edição - 1991

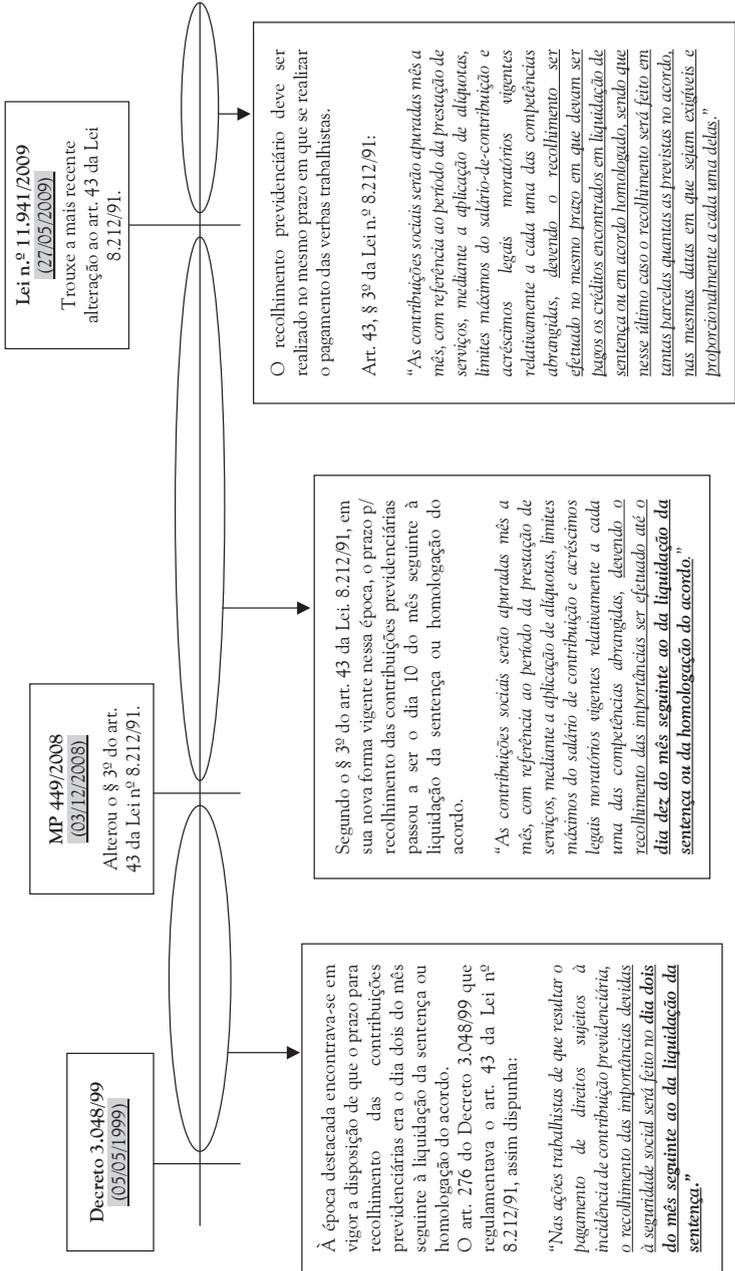
NERY JUNIOR, Nelson - Princípios do Processo na Constituição Federal -
Editora Revista dos Tribunais - São Paulo - 9ª edição - 2009

SUGESTÃO PARA OLHOS

- 1 - Outros partem para uma leitura ampliativa pretendendo, ao arripio da Lei Maior, imputar à jurisdição trabalhista uma atribuição supletiva da inércia fiscal da União, enxertando indevidamente no processo trabalhista atos próprios da atividade tributária do Poder Executivo
- 2 - ...sob pena de ocorrer violação ao princípio da estrita legalidade, segundo o qual não basta que a lei preveja a exigência de um tributo, sendo necessário observar também os critérios que vinculam a atuação da Fazenda Pública quanto a constituição em mora numa determinada situação jurídica.
- 3 - ...a lei fixou momentos diferentes para a caracterização do fato gerador e para a configuração do devedor em mora, de modo que deve o interprete observar tais critérios, notadamente quando se trata de débito tributário, em que prevalece o princípio da estrita legalidade e da “tipicidade fechada”...
- 4 - Com efeito, não se pode confundir *fato gerador* e *constituição em mora*. São institutos jurídicos distintos, que se configuram em épocas próprias,

- em conformidade com os critérios postos pelo ordenamento. Em relação às verbas trabalhistas, a contagem dos juros moratórios só é devida a partir do ajuizamento da ação e não da data da prestação dos serviços
- 5 - E que assim deve ser observado, ante o princípio da estrita legalidade que rege o direito tributário, pois foi a própria lei que em seu artigo 43 fixou a distinção entre a data do fato gerador e da configuração em mora nesta modalidade peculiar de execução.
 - 6 - ...a execução de ofício pela Justiça do Trabalho não substitui a atividade fiscal do Poder Executivo, nem a judicial que cabe a União implementar perante a Justiça Comum, constituindo-se numa forma atípica de execução, que surge apenas **em decorrência** do débito trabalhista judicialmente reconhecido, de modo que deve ser processada exatamente nos termos em que foi estabelecida
 - 7 - Aqui não há lançamento, não há inscrição na dívida ativa. É a sentença trabalhista que constitui o crédito previdenciário e o reveste de certeza, enquanto a sentença de liquidação lhe confere liquidez, assim perfazendo os requisitos necessários para que se torne exigível.

O crédito previdenciário decorrente de decisão proferida no processo do trabalho tem sua exigibilidade definida em norma específica. Trata-se do art. 43 da Lei n.º 8.212/91. O marco para a aplicação de multa e juros moratórios sobre as contribuições previdenciárias (prazo de recolhimento) encontra-se expresso nesse dispositivo, o qual sofreu as seguintes alterações ao longo do tempo:



Impressão e acabamento:
Via Laser Artes Gráficas Ltda.
comercial@vialaser.com.br
www.vialaser.com.br

