

O DIREITO PROCESSUAL & MATERIAL DO TRABALHO NO LIMIAR DO SÉCULO XXI: TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS - UMA ABORDAGEM CRÍTICA DE ALGUMAS QUESTÕES ATUAIS

Sérgio Cabral dos Reis¹

1. Finalidade do presente artigo

O presente artigo tem a finalidade de tratar, genericamente, de alguns temas que estão atormentando os operadores dos Direitos Material e Processual do Trabalho. Contudo, não pense que tais questões envolvem apenas estas disciplinas. Antes e pelo contrário, são questões *multidisciplinares*, que tocam de perto o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Processual, a Economia, a Política, a Hermenêutica crítica e a Sociologia do Direito.

Não é nosso interesse esgotar os temas tratados, mas lançar à sociedade as nossas idéias acerca dos mesmos e, com efeito, esperar as críticas, a fim de aprofundarmos ainda mais a discussão. Aliás, estes temas não possuem consenso no meio jurídico, muitos deles, inclusive, foram tratados na reforma constitucional do Poder Judiciário, bem como deverão, certamente,

1 Juiz do Trabalho Substituto no Paraná (9ª Região). Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Potiguar - UNP. Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR; Endereço: Av. Rio Branco, 3700, Centro Cívico, Umuarama - PR, CEP: 87501-130; Email: sergioreis@trt9.gov.br; Telefones: (44) 9976-3798 - 622-2116.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

ser tratados nas reformas constitucionais da estrutura sindical e das leis trabalhistas, que estão previstas na pauta do Congresso Nacional e do Governo Federal para este ano de 2005.

Serão abordadas questões relacionadas às Comissões de Conciliação Prévia: São constitucionais? Vedam o acesso à Justiça? Possuem legitimidade social? Há interesse da sociedade na suas constituições? O termo de conciliação ali celebrado possui eficácia liberatória geral com relação ao contrato de emprego? Outras matérias interligadas também foram objeto de estudo: Os sindicatos brasileiros, atualmente, possuem representatividade? Diante da mundialização da economia, o negociado deve prevalecer sobre o legislado? A flexibilização dos direitos sociais gera emprego e renda? Quais são os problemas, de fato, do Estado brasileiro? Quais são as reais causas do desemprego no Brasil? O Direito do Trabalho, tal como hoje positivado, é culpado pelo desemprego estrutural em que vivemos? Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana do trabalhador e da valorização social do trabalho possuem *status* de verdadeiras normas jurídicas ou são simples recomendações abstratas, sem efeitos concretos? Quais são os limites ao exercício da autonomia privada coletiva atualmente?

São abordadas, ainda, questões relacionadas à verdadeira missão do magistrado trabalhista no momento hodierno: A sentença é um ato de criação do direito? O Direito do Trabalho deve ser visto como um instrumento de realização da Justiça Social? O direito positivo tem, implicitamente, uma vontade a ser meramente declarada? A atividade hermenêutica deve ser vinculada aos valores constitucionais extraídos voluntariamente pelo intérprete? Norma, regra e princípio jurídicos são conceitos equivalentes ou há distinção significativa? Sob o prisma constitucional, qual deve ser a base de cálculo do adicional de insalubridade? A ampliação da competência material da Justiça do Trabalho atende aos anseios da sociedade? Em caso positivo, quais

são os pontos que devem ser ampliados na reforma do Judiciário que se aproxima?

Finalmente, discute-se a questão da súmula vinculante: A implantação da mesma atende aos anseios da sociedade? É culpa do Poder Judiciário a demora na prestação da tutela jurisdicional? A súmula vinculante resolveria este problema sócio-jurídico? Quais são os Enunciados do TST que teriam chances de serem sumulados? O malsinado enunciado n.º 363 seria um deles? Este posicionamento adotado majoritariamente pela Suprema Corte Trabalhista é constitucional? A contratação pela Administração, sem prévia aprovação em concurso público e fora das exceções constitucionais, não gera efeitos trabalhistas típicos? No caso, é correto que somente seja devido o pagamento dos salários dos dias efetivamente trabalhados, bem como os depósitos fundiários? E os outros direitos trabalhistas? Existiu contrato de emprego? Quais são os elementos estruturais deste?

Enfim, são essas ilustrativas questões que se pretende abordar neste modesto artigo. Não é preciso dizer expressamente, mas é bom deixar registrado, que as opiniões dissonantes serão sempre bem vindas para o aprofundamento do debate e até mesmo, quem sabe, revisão do posicionamento adotado por nós ou pela parte discordante. Na eventualidade de pelo menos provocar a reflexão dos leitores, já nos damos por satisfeitos, e a despreziosa missão terá sido cumprida.

2. A questão do estímulo à solução extrajudicial dos conflitos no cenário da mundialização da economia: algumas questões pontuais

Os meios de composição dos conflitos de interesses no Direito do Trabalho têm sido questionados a cada dia. Fala-se em incentivar a composição pelas próprias partes, em mediação ou arbitragem obrigatórias, extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho, dentre outros temas interligados. Para

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

efeito deste tópico, serão tecidas considerações apenas no que toca à solução extrajudicial dos conflitos, e ainda assim *não na sua plenitude*, pois serão abordados três pontos interligados e discutidos atualmente na doutrina e jurisprudência: as Comissões de Conciliação Prévia, a legitimidade sindical e os limites à autonomia privada coletiva.

Uma vez que surgiu da pressão conjunta do proletariado sobre as péssimas condições de trabalho até então impostas pelos patrões da época², pode-se dizer, sem medo de errar, que o Direito do Trabalho possui natureza coletiva³. Sendo assim, contemporaneamente ao Direito Individual, surgiu o Direito Coletivo de Trabalho⁴... Ora, sendo coletivo o Direito Material, o

2 Para os limites deste trabalho é importante observar, com *Jorge Luiz Souto Maior*, juiz do trabalho na 15ª Região e Livre-Docente em Direito do Trabalho pela USP, que “O fato é que a origem das primeiras leis trabalhistas (sem o que não se poderia sequer pensar na construção do direito social do trabalho) teve ligação direta com o embate ideológico (formado na Europa no início do século XIX) entre o capitalismo e o socialismo. A ameaça do socialismo representou o motivo da criação das leis de natureza social, mas isto não se apresentou como tal e ao mesmo tempo nunca deixou de ser visto como uma espécie de derrota do econômico sobre o social.”

“Com a derrocada do ideal socialismo, representado pela queda do muro de Berlim, a ameaça socialista deixou de existir e o sistema capitalista passa a poder se apresentar sem as máscaras do ‘Welfare State’, que, inclusive, passa a ser representado como um desvio indevido do curso natural da história (obscurando-se o fato de que o Estado Social foi uma criação do capitalismo como tática política de sobrevivência diante dos avanços dos ideários socialistas). Com isto, a posição dos empresários, tradicionalmente, uma posição de defesa em face dos avanços de garantias aos trabalhadores, muda de perspectiva e começa a adquirir uma feição de ataque direito às conquistas trabalhistas” (“A fúria”. *Revista LTr*, Vol. 66, nº 11, novembro de 2002, p. 1289-1290).

3 “O Direito do Trabalho nasceu coletivo. As insurgências, os reclamos, as reações individuais dos trabalhadores no período pré-histórico do Direito laboral não se convertiam em evidências do nascimento de uma nova ordem jurídica, tampouco de uma nova faceta do Direito. Apenas o movimento coletivo – identificado pelas greves – é que deu cor e caráter ao novo ramo do Direito”.

efeito reflexo necessário, pelo princípio da instrumentalidade⁵, é a coletivização do Direito Processual do Trabalho. Tal situação persiste até os dias de hoje e tende a continuar, não obstante em conotações distintas, consoante se verá, ainda que de forma bastante resumida.

Uma tendência que se apresenta, como dito, é a do estímulo à solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas. A primeira razão de ser é apresentada pela urgente necessidade de desafogamento da Justiça do Trabalho, que, como se sabe, está exacerbada de demandas e, sendo assim, não consegue cumprir, de maneira ideal, a sua função maior, que é, através da solução dos litígios trabalhistas, realizar a justiça social. A segunda razão, não tão clara quanto a primeira, mas que termina resultando nesta, é a

“As idéias simultaneamente nascidas de resistência e categoria contornaram o que viria a ser o Direito do Trabalho, impregnando-o de natureza coletiva, transindividual – aliás, própria do caráter do conflito a ser solucionado em universo de relações de trabalho. Encontrar o ponto de equilíbrio estrutural entre os interesses conflitantes de trabalhadores subordinados e empregadores é finalidade intrínseca do Direito operário” (FAVA, Marcos Neves. *Proteção da Negociação Coletiva. Liberdade Sindical. Condutas Anti-Sindicais. Mecanismos de Proteção*. Revista Trabalhista, volume VI. – Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.157).

4 É relevante perceber que o “Direito Coletivo do Trabalho é o segmento do Direito do Trabalho encarregado de tratar da organização sindical, da negociação coletiva, dos contratos coletivos, da representação dos trabalhadores e da greve” (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. – 17ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 657).

5 Segundo preleciona José Roberto dos Santos Bedaque em sua tese de doutorado na USP, “A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como *instrumentalista*. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados”.

“O legislador constituinte percebeu essa circunstância fundamental e, em boa hora, estabeleceu considerável corpo de normas, que integram o direito processual constitucional, pois elevam garantias processuais ao nível máximo da hierarquia das leis, além de consagrar meios específicos para proteção de determinados direitos, com substancial ampliação da legitimidade para agir. Aliás, já notou a doutrina que as grandes matrizes do direito processual encontram-se disciplinadas em texto constitucional”.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

de tentar imprimir na sociedade, sob a ótica individual, uma cultura de autocomposição dos litígios. Um exemplo dessa tendência foi a instituição das Comissões de Conciliação Prévia – através da lei nº 9.958/2000 – que, nos dias atuais, está rendendo à doutrina e à jurisprudência algumas indagações que merecem ser comentadas.

Em primeiro lugar, deve-se atentar que o exigível Termo de Tentativa de Conciliação Prévia, segundo a melhor doutrina, possui a natureza jurídica de *condição de procedibilidade* (e não, *data venia*, como vê uma parte da doutrina, pressuposto processual!!!), especificamente ligada ao *legítimo interesse processual* do demandante, vinculada a *utilidade* da Jurisdição, que, por sua vez, traduz-se na *necessidade* do provimento jurisdicional, bem como na *adequação* dos meios legalmente idôneos a invocá-lo.

Ilustrativamente, observe-se, com a didática que lhe é peculiar, as lições do eminente Professor *José Affonso Dallegre Neto*:

“Da leitura do art. 625-D, *caput*,
§§ 2º e 3º, infere-se que a tentativa conciliatória

“A importância dessas inovações, como de outras verificadas ao nível infraconstitucional, reside principalmente na sua causa. Depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo não vale tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva da metodologia da ciência”.

“Parece imprescindível, pois, um retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os à nova visão desse ramo da ciência jurídica. É preciso ‘revisitar’ os institutos processuais, todos concebidos segundo a visão autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista” (*Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 2ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2001, p. 14-15).

através das Comissões de constitui-se pré-requisito para interposição da Ação Trabalhista. A não satisfação desta condição importará Carência de Ação por ausência de *interesse processual*, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Parte da doutrina e da jurisprudência, ao apreciarem antigas cláusulas de CCT que exigiam e exigiam a tentativa prévia de conciliação intersindical antes do aforamento da Ação, vêm enquadrando esta condição como ‘pressuposto processual’, extinguindo-se o processo com base no art. 267, IV, do CPC. Ledo engano. Conforme se verificará, a aludida exigência é *inconstitucional*. Ademais, ainda que assim não fosse, o mencionado requisito nem de longe se enquadra como ‘pressuposto processual’, mas antes *interesse de agir* que é uma das três condições da ação.”⁶

Neste diapasão, em tese, a situação seria a seguinte: se havia uma Comissão de Conciliação Prévia legalmente competente para apreciar o litígio envolvendo o trabalhador, não havia a *necessidade* de se invocar a Jurisdição Estatal como forma de composição de conflitos. Ora, se não havia necessidade de se invocar a tutela jurisdicional do Estado, falta ao demandante o exigível legítimo interesse processual de demandar, cujo efeito é, fatalmente, a extinção do processo sem julgamento do mérito. Observe-se que, no plano subjetivo, o demandante até tem interesse de demandar, contudo, tal interesse não se revela *legítimo* aos olhos do ordenamento jurídico pátrio⁷, posto que não havia a necessidade de se invocar a função jurisdicional do Estado como forma de solucionar o conflito instaurado entre o capital e o trabalho.

6 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2ª ed. , 2002.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

Naturalmente que, submetido o litígio – entendido aqui sob o prisma sociológico – à Comissão de Conciliação Prévia, não se logrando êxito em sua solução extrajudicial, a necessidade da invocação à Jurisdição estatal revela-se com clareza solar.

Nem se diga que a Lei nº 9.958/2000 não prevê penalidade pela ausência de juntada do Termo de Tentativa de Conciliação Prévia⁸, como, *data venia*, erroneamente vem entendendo

7 A propósito, observe-se a lição de *Cândido Rangel Dinamarco*: “Nos casos em que a utilidade do exercício da jurisdição se reputa insuficiente, sendo o custo social do processo mais significativo que as perspectivas de benefício a obter mediante o provimento, admite-se até que possa o demandante, alguma vez, ter interesse pessoal no provimento. Não se duvida, *v. g.*, que ao sedizente credor, sem título executivo, seja útil e muito proveitoso realizar a execução forçada e obter afinal o provimento satisfativo”. E continua o ilustre Professor paulista: “Esse interesse que animaria dito credor a promover a execução não se confunde, todavia, com o interesse de agir tal qual exposto no presente parágrafo, porque então não há coincidência entre ele e o interesse do Estado em realizar o processo e emitir o provimento. As razões de ordem pública antes expostas, apoiadas em considerações acerca do custo social do processo, mostram que o interesse de agir, como condição da ação, traduz-se, em última análise, na *coincidência entre o interesse do Estado e o do demandante*. É indispensável que, ao mesmo tempo em que se antevê para este um benefício a ser obtido mediante o provimento jurisdicional (tutela jurisdicional), também para o Estado seja este em tese capaz de trazer vantagens (pacificação social, atuação da ordem jurídica etc.)”. Finalmente, esclarece o renomado mestre: “Esse contexto de idéias explica o emprego do adjetivo *legítimo*, a qualificar o interesse processual. Sem a coincidência de interesses, geradora da suficiência da utilidade do provimento a critério do Estado, inexistente a legitimidade do interesse do particular em face do sistema jurídico. Falar apenas de *interesse de agir* como condição da ação significa, portanto, dizer simplificadoramente o que na realidade e por extenso se chama *legítimo interesse processual de agir*” (*Execução civil*. 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2000, p. 405-406).

8 Artigo 625-D da CLT: “qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.”

(...)

uma parte da jurisprudência. A extinção processual sem julgamento de mérito, no particular, decorre da natureza jurídica do TTCP, que, conforme visto acima, é de *condição da ação*, especificamente ligada ao legítimo interesse processual de demandar. Destarte, diante da não juntada aos autos do citado TTCP, aplica-se o artigo 267, inciso IV, do CPC, subsidiariamente invocado pelo operador do Processo do Trabalho (artigo 769 da CLT). Trata-se, portanto, apenas de uma questão de interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Entendemos que somente se deve extinguir o processo, por ausência de juntada do TTCP, se o reclamante, ao arrepio do artigo 625 - D da CLT, ciente da instalação das Câmaras de Conciliação Prévia, não juntá-lo *em momento algum* nos autos. Assim, constatando a ausência na sessão de conciliação da audiência, o Juiz deve conceder um prazo para o cumprimento da referida obrigação legal, de preferência até a sessão de instrução, se for o caso, sob pena de extinção do processo sem exame do mérito.⁹

Agora, se o vício apenas for constatado em sentença, entendemos que a solução deve ser outra. É que, muito embora

§ 2º “Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração de tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.”

9 Este parece ser o mesmo pensamento de *Célio Horst Waldraff* e *Daniel Roberto de Oliveira*: “No aspecto exclusivamente prático, se se constatar, em um processo já tramitando, que o requisito não foi observado, não se deve imediatamente extingui-lo, sem julgamento do mérito. Deve o próprio juízo, antes de tudo, aferir se há de fato alguma possibilidade de conciliação. Somente em caso afirmativo, o processo deve ser suspenso e assinado um prazo ao reclamante para que se providencie a apresentação da reivindicação perante comissão conciliatória competente.” Assim, continuam os autores: “Não atendida a determinação judicial e não se vislumbrando qualquer eiva de inconstitucionalidade, resulta à margem de dúvida que a não submissão das partes à Comissão de Conciliação Prévia, regularmente instituída, implicará extinção do processo sem julgamento do mérito, por ausência de pressuposto processual” (CPC, art. 267, inciso IV)” (“Comissões de conciliação prévia: constitucionalidade”. *Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Gênese, 2003, vol. 127, p. 17-18).

entendamos que a juntada do TTCP esteja ligada ao legítimo interesse processual do demandante, exigi-lo, nesta oportunidade – momento de prolação da sentença –, feriria toda a evolução do direito processual hodierno, eis que não se coaduna com o princípio da instrumentalidade das formas. Extinguir o processo, com todo respeito, nesta fase da relação jurídica processual, também fere o princípio da instrumentalidade do processo. Este, aliás, é até bom que se diga mesmo, não é um fim em si mesmo, pois se trata apenas de um meio de composição de conflitos sociais. Observe-se que a legitimidade do processo, enquanto instrumento de realização da jurisdição estatal, reside na concepção da sociedade quanto à sua *utilidade social*.¹⁰ Deveras, a finalidade do instituto em tela, sem dúvida alguma, é estimular a conciliação trabalhista. Na situação em epígrafe, a parte reclamada, certamente, já teve uma

10 “Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados. A começar da definição da magnitude do próprio poder exercido *sub specie jurisdictionis*, seu condicionamento e limitações, condutas exigidas, permitidas e reprimidas ao juiz e às partes, dimensão da via de acesso ao processo, tratamento a ser dispensado às pessoas litigantes e determinação do modo de ser do processo mesmo –, tudo quanto se refira ao sistema processual e possa projetar reflexos no modo como ele atua na vida em sociedade há de ser coordenado com vistas aos objetivos conhecidos e conscientemente delineados. A técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais”. “O processualista, sem deixar de sê-lo, há de estar atento à indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico. Há de estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências lhe possam fornecer e conhecer a vivência do processo como instrumento, conhecer a sua potencialidade a conduzir a resultados, ter sensibilidade para suas deficiências, disposição a concorrer para seu aperfeiçoamento. A percepção e exame ordenado de todos os escopos que animam a instituição e exercício da jurisdição como expressão do poder político e a bem do harmonioso convívio social constituem fator de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no plano teórico ou prático, seja em casos particulares ou na generalização legislativa” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. – 8ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 151 e 154-155, respectivamente).

oportunidade, especificamente durante a audiência, de compor amigavelmente o litígio, mas não demonstrou interesse em tal sentido. É imperioso notar que, em muitos desses casos, sequer proposta de conciliação houve. Então se pergunta: qual seria o interesse na submissão da demanda perante a comissão de conciliação extrajudicial, se as partes não se conciliaram *judicialmente*? Não temos dúvida ao responder que nenhum, a não ser atrasar a prestação da tutela jurisdicional. Assim, a forma deve ceder espaço à finalidade maior do processo, que é, dentre outros escopos, prestar a tutela jurisdicional, estabelecendo os direitos e obrigações das partes e, com efeito, restabelecer o equilíbrio social, pontualmente quebrado.

Entendemos, respeitando, obviamente, todos aqueles que se posicionam contrariamente, que não há que se falar em inconstitucionalidade na exigência do Termo de Tentativa de Conciliação Prévia. Nesse sentido, observe-se, *com bastante atenção*, a lição de *Alice Monteiro de Barros*, inclusive fazendo menção ao Direito Comparado:

“Há, ainda, os que afirmam que essas comissões violam o art. 5º, XXXV da Constituição da República, segundo o qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Teoricamente, essas comissões de comissão prévia pressupõem a vantagem de estarem a par das peculiaridades da respectiva atividade laboral e por não estarem congestionadas podem dedicar um esforço maior à conciliação. Ora, a instituição facultativa das comissões está em consonância com as normas internacionais citadas e representa uma solução espontânea do conflito de interesses, ajudando a descongestionar os órgãos judiciais. Portanto,

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

quando existirem as comissões, qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida a elas, salvo motivo relevante, devidamente comprovado. É o que se infere do art. 625-D, § 3º, da CLT. Em consequência e considerando que essa conciliação prévia não retira da Justiça do Trabalho a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito, mas apenas difere no tempo a acionabilidade, fica afastada a inconstitucionalidade, por afronta ao art. 5º inciso XXXV da Carta de 88. É que essas técnicas de conciliação prévia, à semelhança do que já ocorre nos processos de dissídio coletivo, constituem pré-requisito da ação e se inspiram em exigências de economia processual. É bom lembrar que a Itália possui exigência semelhante à prevista no art. 625-D da CLT, para empregados de ferrovias, estradas e linhas de navegação, no sentido que antes de propor medida judicial deve o trabalhador formular diretamente sua reclamação à empresa, podendo ajuizar a ação somente depois de decidida a reclamação ou ultrapassado o prazo de 30 dias. A inconstitucionalidade desta chamada jurisdição condicionada já foi suscitada perante a Corte Constitucional Italiana, pois o art. 24.1, da Constituição deste país, prevê que ‘todos podem demandar em juízo para a tutela de seus próprios direitos e interesses legítimos’ e o art. 25 dispõe que ‘ninguém será privado do juiz natural preconstituído por lei’. A Corte Constitucional Italiana afastou a inconstitucionalidade, dizendo que o legislador ordinário tem a prerrogativa de diferir no tempo a acionabilidade

da pretensão, desde que não torne difícil ou impossível o exercício do direito de ação. Também na Franca exige-se a tentativa prévia de conciliação, sob pena de não ser recebida a demanda nos tribunais de primeira instância (art. 48 do CPC).”¹¹

De fato, de acordo com a sistemática estabelecida pela legislação pertinente, não existe restrição ao acesso à tutela jurisdicional do Estado, uma vez que, *dentro de um prazo razoável* (10 dias), o feito já estará apto a ser apreciado pelo Poder Judiciário.¹² O princípio da universalidade da jurisdição, tal como consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, no caso, sequer é maculado. Com efeito, desde que observados os princípios da razoabilidade¹³ e da proporcionalidade¹⁴, nada impede, no ordenamento jurídico pátrio, que o legislador infraconstitucional crie pressupostos processuais ou condições ao ajuizamento da demanda, ainda mais no caso em tela, posto que visa à finalidade maior do Processo do Trabalho, que é a conciliação nos conflitos de interesses gerados entre os representantes do capital e da

11 BARROS, Alice Monteiro. “Comissões de conciliação prévia instituídas pela lei nº 9.958 de 2000”. *Compêndio de direito processual do trabalho / Alice Monteiro de Barros, coordenadora*. – 3ª ed. – São Paulo: LTr, 2002, p. 937-938.

12 Artigo 625-F da CLT: “As Comissões de Conciliação Prévia têm prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado.”

Parágrafo Único: “Esgotado o prazo sem a realização da sessão, será fornecida, no último dia do prazo, a declaração a que se refere o § 2º do art. 625-D.”

13 “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1998, p. 204-205).

força de trabalho. Entender-se o contrário, com o devido respeito à opinião contrária, é consagrar de inconstitucionais os pressupostos processuais e as condições da ação até então consagrados por remansosa doutrina e jurisprudência –como é o caso da impossibilidade jurídica da demanda, do legítimo interesse processual e da legitimidade para a causa –, além do que, prevalecendo o entendimento contrário, guardada a devida proporção, a exigência de pagamento prévio das custas processuais na Justiça Comum deveria ser taxada de inconstitucional por ser, de certa forma, um obstáculo ao acesso à Justiça. Entretanto, sequer há cogitação doutrinária e jurisprudencial nesse sentido. Além do mais, no caso, a interpretação a ser dada deve ser aquela *conforme a Constituição*, que consubstancia orientação jurídica e política segundo a qual, no âmbito do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, não se deve declarar nula uma lei, quando ela puder ser interpretada em consonância

14 Rizzato Nunes afirma que princípio da proporcionalidade, novo na doutrina constitucionalista, tem servido, de fato, como vetor orientador do intérprete constitucional. Na verdade, foi da experiência concreta, tópica, dos casos interpretados, nos quais surgiram conflitos de princípios, que a doutrina pôde extrair-lhe a essência para declará-lo existente – e chegando, como visto, ao *status* de princípio constitucional expresso”. E explica com o brilho habitual: “Isso se deu e se dá porque o princípio da proporcionalidade se impõe como instrumento de resolução do aparente conflito de princípios. Quando o intérprete se depara com uma circunstância na qual um princípio colide com outro, um dos principais meios de que ele pode se utilizar para solucionar o problema é, exatamente, o princípio da proporcionalidade – quer ele declare, quer não; quer tenha consciência disso ou não”(O *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41). Consoante preconiza Willis Santiago Guerra Filho, “Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito de princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza a um recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo aos(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial”’ (*Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 59-60).

com a Constituição.¹⁵ Destarte, resumindo, a exigência do TTCP é juridicamente razoável no ordenamento pátrio.

No mais, ressalvados os casos das Comissões fraudulentas – que ainda, temos que admitir, infelizmente, são denunciadas em quase toda extensão territorial do Brasil! –, a tentativa de conciliação em tais entidades deve ser estimulada, uma vez que, num contexto geral, o acordo ali perpetrado tem o condão de trazer benefícios a toda a sociedade: às partes, que se conciliaram; à Justiça Federal do Trabalho¹⁶, pela diminuição de mais uma demanda trabalhista; e, à sociedade em si mesma considerada, pela solução de mais um conflito entre o capital e o trabalho.

Tratamos até agora da hipótese da tentativa frustrada de conciliação prévia perante a comissão extrajudicial competente, mas e se o contrário acontecer, ou seja, se o empregado celebrar um acordo, sem ressalvas, e ainda assim vir a juízo reclamar eventuais diferenças que entende devidas, qual a solução jurídica a ser tomada à luz do ordenamento pátrio?

O tema é deveras polêmico, mas nos ateremos a

15 MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. “O novo código civil e a interpretação conforme à constituição”. *O novo código civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale – coordenadores Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho*. São Paulo: LTr, 2003.

16 Deve-se observar que a parte que invoca a necessidade do Termo de Comissão de Conciliação Prévia tem o ônus de provar a existência das Câmaras Conciliatórias: “O ônus da prova quanto à existência de Comissão de Conciliação Prévia, a que deveria se submeter o Obreiro antes de ingressar com a ação trabalhista, é da Ré. Isto porque, em regra, exigem-se apenas as condições genéricas da ação (legitimidade de partes, interesse de agir e, para parte da doutrina, possibilidade jurídica do pedido), incumbindo a quem alega a existência dessa condição específica (art. 625-D da CLT), o ônus de prová-la, posto que, na forma do art. 818 da CLT, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer, incorporando o brocardo latino *iudicet secundum allegata et probata*.” (TRT - 9a. Reg. - RO-01110-2001 - 7a. Vara do Trabalho de Curitiba - Ac. 18777-2001 - unân. - Rel: Juíza Sueli Gil El-Rafihí - Fonte: DJPR, 13.07.2001).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

ele por alguns instantes. Inicialmente, deve-se observar que, à luz do artigo 625-E, parágrafo único, da CLT¹⁷, o termo de conciliação celebrado perante tais comissões de conciliação prévia possui *eficácia liberatória geral* quanto aos direitos eventualmente devidos em razão do contrato em análise.

Entendemos que, se o trabalhador, durante a realização da avença extrajudicial, encontrava-se devidamente assistido pelo sindicato de sua categoria, que, na oportunidade, não fez nenhuma ressalva quanto ao ajuste procedido, o cumprimento integral do disposto no citado artigo 625-E, parágrafo único, da CLT, deve ser efetivado. A razão é simples: aparentemente, não existiu vício de vontade ou de consentimento durante a realização daquele ato jurídico. Se for mencionada alguma alegação em sentido contrário –isto é, caso seja alegada a ocorrência de vício de vontade –, deve o Juiz do Trabalho, naturalmente, oferecer oportunidade, caso seja requerida, para que o interessado comprove tal alegação. Isto não ocorrendo, pode-se afirmar que, sendo feito sob tutela sindical, o acordo celebrado perante a comissão prévia ocorreu em perfeita harmonia com a ordem jurídica.

Entendemos, contudo, que o Juiz do Trabalho, antes de julgar improcedente a demanda, se for efetivamente o caso, tem o dever de fiscalizar se o ajuste ocorreu de acordo com o *princípio constitucional da razoabilidade*¹⁸, ou seja, se o valor pago é compatível ou não com as peculiaridades do contrato de emprego em apreço. Assim, ilustrativamente, deve levar em consideração: a função desempenhada pelo trabalhador; a sua remuneração; o tempo de serviço na “empresa”; se houve registro do contrato em

17 Artigo 625-E da CLT: “Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu preposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes.”

Parágrafo único: “O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.”

CTPS ou não; o nível de instrução do trabalhador; os preliminares elementos de prova constantes nos autos; etc... . Deste modo, com a celebração do termo perante a comissão, não havendo vício de vontade, entendemos, respeitando todos aqueles que raciocinam de maneira diferente, que se consideram quitados todos os direitos eventualmente devidos em razão do contrato de emprego em epígrafe para todos os efeitos de direito, *exceto quanto a eventual ressalva que tiver constado do termo respectivo no que se refere a uma verba(s) específica(s)*. Entender-se o contrário, *data venia*, é estimular a ausência de tentativa de acordo perante tais comissões, fato que acarretaria um prejuízo para toda sociedade, consoante já visto na fundamentação supra.

Observe-se um exemplo jurisprudencial do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho do Paraná aplicável à espécie:

“Transação extrajudicial. Comissão de conciliação prévia. Admissibilidade. Efeitos. É do trabalhador o ônus de prova acerca da existência de vício de consentimento na transação judicial firmada perante o seu órgão de classe, quando calcada em norma convencional que previa a existência de comissões de conciliação prévia, notadamente quando

18 “O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem diferença, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre uma medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2003, p. 121).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas - uma abordagem crítica de algumas questões atuais

voluntariamente a ela se submeteu e perante ela reconheceu a retidão de conduta do seu ex-empregador.” (TRT - 9a. Reg. - RO-6132/2000 - 1a. Vara do Trabalho de Maringá - Ac. 9975/2001 - unân. - Rel: Juiz Roberto Dala Barba - Fonte: DJPR, 20.04.2001).

Se houve a comprovação de indícios de irregularidade na celebração do ajuste, no caso concreto submetido ao Juiz do Trabalho, deve-se proceder ao *abatimento* dos valores já pagos perante a comissão dos eventualmente deferidos na sentença judicial. Contudo, não havendo vício de consentimento, entendemos que se deve prestigiar a autocomposição dos conflitos trabalhistas, e, em conseqüência, a tutela sindical. Observe-se que todas as regras que regulamentam as Comissões de Conciliação Prévia encontram-se em pleno vigor na ordem jurídica, de forma que, não havendo atrito com o artigo 9º do mesmo diploma, devem produzir a eficácia desejada pelo legislador, mesmo porque, no nosso entendimento, as mesmas não são inconstitucionais, consoante já nos manifestamos.

Observe-se, ainda, que retirar a possibilidade de eficácia liberatória de tal ajuste, tal com previsto no artigo 625-E, parágrafo único, da CLT, simplesmente é aplicar indiscriminadamente o princípio da proteção do trabalhador, considerando-o sempre como um sujeito *absolutamente incapaz* na ordem jurídica, e o que é pior, considerar igualmente *incapaz* o sindicato da sua categoria, que não formulou nenhuma ressalva durante a celebração do ajuste extrajudicial. Ora, descendo-se à linguagem popular, mas bem próximo da realidade, pergunta-se: Será que os representantes sindicais não conhecem um mínimo de Direito do Trabalho para saber que estavam dando quitação geral do contrato naquele momento??? Será que todos os trabalhadores deste país não sabem ler, pois a quitação geral e total do contrato,

via de regra, está expressamente prevista nos termos conciliatórios devidamente assinados por eles??? Nada disso. Os trabalhadores e os seus respectivos sindicatos têm ciência - ou pelo menos têm exagerada possibilidade de estarem - dos efeitos jurídicos da transação perpetrada e, portanto, devem sofrer as conseqüências da mesma. É imperioso perceber que, no que ocorre de ordinário, nem os reclamantes nem os seus sindicatos são obrigados a celebrar tal ajuste prévio. Quando o fazem, é porque assim quiseram, tudo sem que se fale em vício de vontade. Em outras palavras, os direitos e obrigações ali estipulados possuem validade no ordenamento jurídico e, como tal, devem produzir todos os efeitos queridos pelas partes pactuantes.

Observe-se um exemplo jurisprudencial inteiramente aplicável:

“COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE QUITAÇÃO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. ÔNUS DA PROVA. Tratando-se de Termo de Conciliação firmado perante Comissão de Conciliação Prévia, no qual constou de forma expressa que a quitação se referia aos pedidos constantes do Termo de Reivindicação, bem assim quanto ao extinto contrato de trabalho, não deixando, portanto, qualquer margem de dúvidas em relação à abrangência do Referido acordo, tem-se que o Reclamante não poderá renovar as pretensões contidas no Termo de Reivindicação através de Reclamação Trabalhista, vez que já foram objeto da transação realizada entre as partes. Ademais o Termo de Conciliação Extrajudicial está devidamente formalizado (artigos 81, 82,

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

1025 e 1030 do Código Civil Brasileiro (vigente à época) c/c artigo 625-E da Consolidação das Leis do Trabalho) na medida em que observou às disposições da Lei n.º 9.958, de 12 de janeiro de 2000, que instituiu a figura da Comissão de Conciliação Prévia, alterando e acrescentando o artigo 625 Consolidado. Constata-se, assim, a inexistência de qualquer vício de consentimento ou mácula na transação, pelo que, tem-se como válido o Termo de Conciliação Extrajudicial celebrado entre o Reclamante e a Reclamada perante a Comissão de Conciliação Prévia. Mantém-se a r. sentença pelos seus jurídicos e legais fundamentos. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.” (TRT – 23ª Reg. – RO-01358-2002 Rel. JUIZ BRUNO WEILER – Fonte: DJMT, 30.06.2003).

Destarte, havendo quitação total do contrato pelo acordo celebrado junto às Comissões de Conciliação Prévia, e não existindo prova cabal e inequívoca acerca de eventual vício de consentimento, a improcedência da demanda trabalhista é medida que se impõe. *É claro que essa nossa conclusão, é até bom que fique bem claro isso, pressupõe um sistema de legitimidade sindical, tema que será tratado sucintamente agora.*

Atualmente, como se sabe, há uma crise de representatividade sindical no nosso imenso Brasil. Parece absurdo, mas é verdade, existem aqui, hoje, aproximadamente cerca de 17.000 sindicatos, que, com o devido respeito, em sua grande maioria, vivem as custas da contribuição sindical compulsória, tudo sem cumprir a missão principal desse sistema associativo, que é a

legítima representação da classe trabalhadora em nível coletivo. Trata-se de sistema que mantém os sindicatos vinculados ao Estado. E isso, de certa forma, é *intencional*, posto que o mesmo, conhecido por ser o maior transgressor dos direitos fundamentais dos cidadãos, não consegue dar efetividade às chamadas normas constitucionais “programáticas”, de cunho social, resultando, assim, em fortes pressões por parte dos assalariados, que são as pessoas que mais sofrem com a crise interna de efetividade social – questões relacionadas à saúde, educação, emprego, previdência, etc. –, *onde um dos meios de “abafá-las” é por meio dos sindicatos*, notadamente pelo controle das cúpulas.

Antonio Baylos, eminente Professor Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade de Castela – La Mancha, afirma que “um segundo grupo de fatores que permite falar de crise de representação se refere à dificuldade em que se encontra o sindicato para definir sua ação de tutela do interesse dos trabalhadores em geral em relação aos destinatários em concreto da mesma, isto é, a própria determinação do que se define como trabalhador ante a *pluralização* da tipologia das relações de trabalho e, em particular, da nova configuração que está assumindo o trabalho autônomo, categoria que cada vez mais se define como digna de proteção da mesma maneira como o é o trabalho por conta alheia. O tema tem muitas arestas, sendo que nem as mais importantes são as que se referem ao tema sindical, mas é evidente que o sindicato está baseado fundamentalmente na tutela dos trabalhadores assalariados, ativos ou inativos, e que não contempla entre os seus meios de ação os idôneos para focar de maneira homogênea a tutela dos trabalhadores autônomos.”¹⁹

Outrossim, a unicidade sindical também é um reflexo do sistema constitucional retrógrado que nos é imposto, vez que não se coaduna com a liberdade sindical incentivada pela OIT,

19 BAYLOS, Antonio. “Representação e representatividade sindical na globalização”. *Revista trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. V, 2003, p. 21-22.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

através da Convenção nº 87, inegavelmente o que melhor se amolda com a proteção dos interesses dos trabalhadores, notadamente diante do fenômeno da mundialização da economia e da política neoliberal, que resultaram no desemprego estrutural. É inegável que, no sistema da *unicidade*, o Estado tem maiores condições de controlar a representatividade da categoria profissional, até mesmo porque esta é imposta pela ordem jurídica, ou seja, não resulta das lutas e reivindicações da categoria. Não se pode confundir este sistema, por outro lado, com o sistema da *unidade* sindical, posto que este resulta da vontade dos trabalhadores da categoria respectiva. Assim, entendemos com *Arion Sayão Romita* que “É de rigor implementar o regime da unidade sindical, em substituição ao da atual unicidade. O sindicato único deve resultar da livre deliberação dos interessados, e não ser imposto por lei (menos ainda pela Constituição). Em regime de pluralidade sindical (possibilidade jurídica de criação de sindicatos), os trabalhadores optariam – se e quando lhes conviesse – pela criação do sindicato único, seguramente mais poderoso e representativo do que os atuais ‘sindicatos únicos’ que pulverizam e debilitam o movimento sindical.”²⁰

Na verdade, como afirma *Wagner D. Giglio*, “O fortalecimento dos sindicatos não é, certamente, meta governamental, pois somente poderia ser alcançado numa Economia em expansão, de pleno emprego e de mercado carente de mão de obra, em que a pressão exercida por grande número de associados forçasse a melhoria das condições de emprego. Esses patamares parecem um sonho impossível, na situação econômica em que vivemos, atualmente.”²¹ De fato, “Esse forte dirigismo estatal fez com que os sindicatos brasileiros, por imposição legal, se amoldassem às estruturas governamentais, impedindo a formação

20 ROMITA, Arion Sayão. “A reforma (?) trabalhista”. *Revista LTr*. Vol. 66, nº 04, abril de 2002, p. 397.

21 GIGLIO, Wagner D. “A prevalência do ajustado sobre a legislação”. *Revista LTr*. Vol. 66, nº 04, Abril de 2002, p. 403.

de sindicatos livres. Com isso falta aos trabalhadores – ainda hoje – a necessária conscientização de que somente por meio da auto-organização é que se pode conquistar a melhoria das condições de trabalho de forma compatível com a dignidade humana, a exemplo do que ocorreu na Grã Bretanha – berço do sindicalismo contemporâneo – na época da revolução industrial.”²²

No atual quadro de recessão econômica e desemprego estrutural, os sindicatos estão cada vez mais fragilizados, praticamente sem nenhum poder de barganha. O pior é que, como esclarece *Dinaura Godinho Pimentel Gomes*, “Não se descobriu ainda a fórmula mágica para se resolver o drama do desemprego estrutural. Mas é certo que a redução da taxa de desemprego depende basicamente do crescimento econômico do país, lastreado na educação e justa distribuição da riqueza, na diminuição da taxa de juros e numa autêntica reforma fiscal, em conseqüência com a qualificação da mão-de-obra, conscientização e aperfeiçoamento das lideranças sindicais.”²³ Além do mais, esse “desemprego estrutural acaba por produzir uma enorme gama de novas violações aos direitos fundamentais dos trabalhadores, as quais se dão, sobretudo, sob a forma de discriminações impeditivas ao acesso ao mercado de trabalho.”²⁴

Aliás, como sustenta *Ricardo Antunes*, indiscutivelmente um dos maiores estudiosos de relações de

22 GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. “A dignidade do trabalhador no cenário da globalização econômica”. *Revista LTr*. Vol. 66, nº 12, dezembro de 2002, p. 1440.

23 GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. “A dignidade do trabalhador no cenário da globalização econômica”. *Revista LTr*. Vol. 66, nº 12, dezembro de 2002, p. 1440.

24 GEDIEL, José Antônio Peres. “A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado - organizador Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 163-164.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

trabalho no Brasil, “É nesta contextualidade adversa que se desenvolve o *sindicalismo de participação* em substituição ao *sindicalismo de classe*. Participar de tudo..., desde que não se questione o mercado, a legitimidade do lucro, o *que e para quem* se produz, a lógica da produtividade, a sacra da propriedade privada, enfim, os elementos básicos do complexo movente do capital.”²⁵ Ou seja, o capitalismo, a política neoliberal, tem interesse nessa persistência de sindicatos não representativos.²⁶ Pugna, na mesma linha, pela regulamentação mínima das relações trabalhistas pelo Estado, já que, segundo o discurso oficial, o Direito do Trabalho deve ser *rigorosamente flexível* às variações do mercado. Em primeiro lugar, insta perceber que o sistema constitucional pátrio já é bastante flexível, eis que permite, via tutela coletiva, a redução salarial e a compensação de jornada. Em segundo lugar, e isso é um dado extremamente importante, “Os problemas brasileiros são muito mais amplos do que aqueles que se situam no conflito capital x trabalho e a sua solução, portanto, passa muito longe da mera avaliação do custo do emprego. Os problemas do Brasil,

25 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. – 9ª ed. – São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2003, p. 150.

26 Essa é uma constatação que se verifica na própria origem do neoliberalismo, como se pode observar na lição do Subprocurador-Geral da República, *Wallace de Oliveira Bastos*: “Sem maiores conseqüências econômicas ou políticas por mais ou menos 20 anos de sua elaboração, essa doutrina encontra terreno fértil ao seu desenvolvimento com a chegada da grande crise econômica do pós-guerra, especialmente por volta de 1973, quando o mundo capitalista mais avançado é engolfado por uma longa e profunda recessão, combinando pela primeira vez baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação.” Assim, continua o eminente Professor: “*Divulgava-se à época que as raízes da crise estavam localizadas no poder excessivo e nefasto reconhecido aos sindicatos, resultante do vitorioso movimento operário, que corroía as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicatórias sobre os salários, e também em face de pressões então ditas parasitárias, partidas do povo em geral, para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais*” (*Direito econômico-constitucional: a intervenção do Estado: (eficácia e efetividade das normas de controle)*). Brasília: Projecto Editorial, 2002, p. 69-70) (sem grifos no original).

dentre outros, são: o desmanche da educação pública; a má distribuição de renda; a falta de incentivo à produção agrícola; a desproporcionalidade do sistema tributário; a ausência de uma efetiva política de incentivo ao turismo e, em certa medida, às pequenas e médias empresas; a evasão do dinheiro público em casos de corrupção cada vez mais agressivos e a conseqüente sonegação fiscal; a concessão desmedida de incentivos fiscais a multinacionais; a indefinição quanto ao processo de reforma agrária; a insegurança pública, que interfere até mesmo na política internacional do país; o alto custo de uma eterna dívida externa, que consumiu praticamente todo dinheiro arrecadado com as privatizações (sem se falar em esquemas organizados para benefícios particulares)... Esses problemas não são enfrentados, pois se imagina, ‘data venia’, que essas dificuldades serão resolvidas com a diminuição dos direitos trabalhistas. Esta idéia representa, em última análise, a consideração vazia de que são os ganhos do trabalhador que estão impedindo o progresso econômico do país.”²⁷

Outra não é a sempre precisa lição de *Aldacy Rachid Coutinho*:

“Os fundamentos de fato - desemprego e custo do trabalho - não passam de argumentos retóricos a legitimar as mudanças. O desemprego é fenômeno de causa multifacetária e externo ao direito, o qual se limita a regular a tomada da força de trabalho. A legislação trabalhista nunca foi responsável pela criação ou incrementos de postos de trabalho, nem poderia ser pelo seu enxugamento; está a questão ligada diretamente à necessidade do trabalho vivo.

27 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “A fúria”. *Revista LTr*, Vol. 66, nº 11, novembro de 2002, p. 1294.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

O custo, da mesma forma, é uma forma dissimulada de reduzir a pessoa à coisa.”²⁸

O discurso neoliberal prega, como se percebe, que aqueles mesmos sindicatos, que, lembre-se, não representam nada, sejam, junto com os empregadores, empresários e donos do capital, os atores sociais que estipularão, sem interferência significativa do Estado, quais serão as regras reguladoras das relações laborais. Por quê? Para cada vez mais lucrarem no regime de competição econômica internacional, tudo em detrimento e sem qualquer preocupação com os direitos sociais. Nesse contexto, diante da precarização da relação de emprego, é inegável o crescimento das desigualdades sociais: os mais afortunados ficam cada vez mais ricos, ao passo que a massa trabalhadora, maioria do povo brasileiro, ao revés, tende a ter menos qualidade de vida com o passar do tempo. Se continuarmos assim, ressaltados os excepcionais casos dos *altos empregados*, o trabalhador refém do sistema passará a receber mensalmente apenas o mínimo necessário a sua *sobrevivência*, se é que já não estamos nessa fase em razão do parco valor do salário mínimo.²⁹

É imperioso novamente observar a lição de Aldacy Rachid Coutinho:

28 COUTINHO, Aldacy Rachid. “A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos dos trabalhadores”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado - organizador Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 170.

29 “Para a filosofia humanista, o valor supremo é o homem, e o que transparece, nos poucos países do terceiro mundo que aparentam desenvolvimento, entre eles o Brasil, é o enriquecimento (relativo) do Estado e o empobrecimento notório da nação. Aumenta o tesouro nacional, em detrimento dos cidadãos, cuja renda diminui ano a ano, salvo para um restrito número de superprivilegiados. Em suma, a má distribuição da riqueza nacional vem se acentuando com a moda do neoliberalismo: cresce o Brasil e decrescem os brasileiros” (GIGLIO, Wagner D. “A prevalência do ajustado sobre a legislação”. *Revista LTr*. Vol. 66, nº 04, Abril de 2002, p. 405).

“O projeto neoliberal se apresenta como o novo, o pós-moderno, o inevitável. Em verdade, enseja novas vulnerabilidades sociais na medida em que propaga a capitulação do trabalho como categoria central de construção das relações pessoais na sociedade – esquecendo-se que tal categoria se constitui no ‘elemento estabilizador da sociedade capitalista’ – sem propor um novo instrumento de coesão e pacificação social. Da mesma forma, a maior liberdade em prol do capital, assim como a primazia de seus interesses, não ocasionou a retomada do crescimento econômico sustentado tal qual propugnado, mas intensificou a concentração mundial e reforçou a preponderância do capital financeiro sobre o produtivo.

Agregue-se o fato de que no campo jurídico, em decorrência de políticas neoliberais, presente se faz uma perspectiva de retratação do Estado em setores vários, que se minimiza especialmente na intervenção econômica, acompanhada de um crescente alargamento da atuação normativa particular no campo laboral, o qual desde sempre reconheceu o pluralismo, porém vivido sob a ótica da indisponibilidade relativa das normas jurídicas heterônomas. Anotem-se, a título de exemplo, as discussões em torno da proposição governamental de alteração legislativa para impor a primazia do

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

negociado sobre o legislado. Deve-se rejeitar a noção – falsa – de que há uma mão invisível que arranja, no mercado as condições de atuação de seus agentes, de tal modo que a tendência inelutável é atingir-se o equilíbrio. Não há equilíbrio possível em um modo de produção capitalista sem limites.”³⁰

Não se pode negar, hodiernamente, que a ideologia capitalista é amplamente majoritária no mundo em que vivemos. Segundo preleciona *Luiz Fernando Coelho*, “Essa vitória do capitalismo teve duas implicações basilares: inicialmente, reforça a ideologia que lhe é subjacente com a tese de que não existem soluções para os grandes problemas da humanidade, como a fome e o desprezo pela dignidade do ser humano, e para o equilíbrio da sociedade, que sejam alternativas ao capitalismo neoliberal.”³¹ Num segundo momento, o capitalismo articula-se com a globalização e com a revolução cibernética de modo muito conveniente para sua expansão no mundo, já que o capital é apátrida, não tendo quaisquer compromissos com as fronteiras nacionais.”³² *Ari Possidônio Beltran*³³, Livre-Docente em Direito do Trabalho pela USP, entende que o principal efeito perverso da globalização econômica em termos de relações trabalhistas é figura do chamado

30 COUTINHO, Aldacy Rachid. “A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos dos trabalhadores”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado - organizador Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 166-167.

31 “Tal afirmação veio a constituir o núcleo ideológico da tese do *fim da história*, tratando desde logo o saber oficial de internalizar a convicção de que, com a vitória do capitalismo, nada mais restaria a ser criado, inventado ou descoberto pela filosofia e pelas ciências sociais para solucionar os problemas da humanidade” (COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. – Florianópolis: Fundação Boitex, 2001, p. 27).

32 COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. – Florianópolis: Fundação Boitex, 2001, p. 27.

“*dumping social*”, conceituada por ele como a prática de grave violação de direitos sociais, em especial pelo pagamento de baixíssimos salários por parte de alguns Estados como arma de redução de custos e conseqüente aumento de competitividade no mercado internacional. Como conseqüência dessa lógica intrínseca, lembra o preclaro Professor *Luiz Fernando Coelho* que “o excedente de capitais não se consagra à elevação do nível de vida interno, mas sim, à emigração e à procura de áreas menos desenvolvidas, em que se encontre aplicação mais lucrativa. Ou seja, o capital é apátrida, como também *aético*.” E mais a frente conclui este jusfilósofo dizendo o seguinte: “A ética do capitalismo é pois a exploração do homem pelo homem, tornada legítima por mecanismos ideológicos que a disfarça sob a forma de princípios, valores, conquistas, benefícios e outros mitos. E a lógica do capitalismo é o nexo imputativo que liga a exploração do homem pelo homem com a acumulação de capital, hoje cada vez mais identificada como concentração de renda, mas igualmente dissimulada sob eufemismos e mentiras filosóficas, pseudo-científicas e ideológica, tais como, desenvolvimento, bem estar social, ordem e progresso, etc., mas que no fundo se subordinam à necessidade de gerar riqueza material.”³⁴

33 Esclarece o eminente Professor que, “Na prática o ‘*dumping social*’ pode caracterizar-se principalmente pelas seguintes situações: a) a política institucionalizada entre alguns Estados-Membros na fixação de baixos salários e de baixa proteção social (com redução de encargos), como forma de atrair empresas de outros Estados; b) a mesma estratégia já mencionada, utilizada por terceiros Estados não pertencentes ao mesmo bloco, como já ocorreu pela ação dos países então chamados ‘Tigres Asiáticos’, com precaríssimos níveis de proteção social; c) o conseqüente ímpeto de empresas de se transferirem de um Estado para outro, atraídas pelos menores custos de mão-de-obra, encargos sociais, encargos tributários etc.; d) a tendência de trabalhadores, em contrapartida, procurarem a migração para Estados que ofereçam melhores salários e maiores proteções sociais; e) o desequilíbrio competitivo, econômico e social acarretado entre os Estados, como conseqüência dos efeitos anteriormente descritos” (BELTRAN, Ari Possidônio. *Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade*. – São Paulo: Ltr, 2001, p. 205).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

Resumidamente, pode-se conceituar o neoliberalismo com a doutrina política e econômica que representa uma tentativa de adaptar os princípios do liberalismo econômico às condições do capitalismo moderno. No contexto acima, sem medo de errar, é perfeitamente viável falar que, embora política e economicamente aceitável, o neoliberalismo é *socialmente injusto*. “O trabalhador (e com ele seus dependentes familiares) não deve ser jogado à arena do livre mercado, onde alguns podem tudo e outros não conseguem nada. É indispensável que exista um *mínimum* de leis trabalhistas que reconheçam e protejam direitos essenciais do homem moderno, tanto como cidadão, quanto como empregado.”³⁵

É inegável que a dinâmica da Economia repele a rigidez legislativa em matéria de relações trabalhistas, notadamente quando estas, a cada dia, estão mais multiplicadas e diversificadas. Contudo, na atual conjuntura do Brasil, falar-se em prevalência do negociado sobre o legislado, como forma de crescimento econômico, tal como pregado pelo capital especulativo, é praticamente entregar o galinheiro para a raposa esperta tomar conta.³⁶ “Ora, o Direito do Trabalho frutificou alicerçado no dirigismo contratual, justamente para se contrapor à questão jurídico-social decorrente da revolução industrial iniciada na Inglaterra, no final do século XVIII, quando a liberdade contratual, em sua expressão mais carregada, o contratualismo, foi colocada como fator inexorável no campo negocial, inclusive no âmbito da relação entre a empresa e o trabalhador. Diante das conseqüências nocivas daquela liberdade apenas formal, é que se intensificam as idéias intervencionistas, por meio da ingerência do Estado nos contratos, para o fim de restringir, em nome de uma maior justiça no relacionamento do capital-trabalho, a autonomia da vontade

34 COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. – Florianópolis: Fundação Boitex, 2001, p. 28 e 31, respectivamente.

35 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito do trabalho & direito processual do trabalho: novos rumos*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 35-36.

privada.”³⁷

Isso sem falar na nossa grande extensão territorial, de flagrantes desigualdades econômico-sociais, sobretudo no norte-nordeste, que poderia gerar uma crise do federalismo pátrio. Aliás, outra não é a lição de *Antonio Baylos*:

“A perda de centralidade do Estado, considerado como lugar de realizações de políticas redistributivas que se concentram na noção de Estado social, produz uma tendência à remercantilização da satisfação das necessidades sociais - e, em consequência, a fenômenos muitos extensos de privatização, de diferente alcance, no entanto, em função das deferentes tradições históricas de cada país -, mas igualmente a uma diminuição de poder de capacidade de criar um sistema de solidariedade uniforme no âmbito do Estado-Nação. É um problema particularmente grave que é suscetível de

36 Geralmente tal discurso vem carregado da falácia de que somente assim, no contexto econômico atual, haverá a inclusão de milhares de brasileiros na formalidade. Contudo, a Argentina é um exemplo de que essa experiência afoita sequer arranhou o desemprego. Pior: houve, sim, um aumento nas taxas de desigualdades sociais. Observe-se, no particular, a lição de *José Affonso Dallegrave Neto*: “...é emblemático o exemplo argentino que após seguir integralmente a cartilha neoliberal do FMI, inclusive com a flexibilização abruta do direito do trabalho, passou a amargar uma das piores crises sociais já registradas em sua história: desemprego, violência, inflação, redução salarial, demissões em massa e revolta popular contra a postura do governo federal” (*Inovações na legislação trabalhista: reforma trabalhista ponto a ponto*. - 2º ed. - São Paulo: LTr, 2002, p. 31).

37 GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. “A dignidade do trabalhador no cenário da globalização econômica”. *Revista LTr*. Vol. 66, nº 12, dezembro de 2002, p. 1437.

causar uma crise de identidade sindical, entendida como parte integrante da identidade nacional (estatal). Esses processos têm de ser avaliados com atenção porque geram uma dinâmica de reformulação, no interior do Estado, das hipóteses básicas que determinam as relações de solidariedade entre as regiões do mesmo e seus cidadãos. Nesse sentido, a *despolitização* induz a uma *desnacionalização* dos sistemas jurídico-trabalhistas que suscitam, com maior ou menor intensidade, a relação existente entre a coesão social construída em nível estatal e as tensões rumo a sua fragmentação em função dos impulsos *regionalistas* no seio do próprio Estado, isto é, a capacidade das regiões de atuarem de forma autônoma e de criarem uma nova relação de solidariedade não uniforme entre a cidadania dessa região e a do resto do país. Essa problemática pode se canalizar mediante a maior precisão de um princípio federalista aplicado aos sistemas de relações trabalhistas, que traduz uma problemática político-estatal muito complexa.”³⁸

O processo de globalização, que, de certa forma, gerou um progresso tecnológico³⁹ e de acesso aos meios de informação⁴⁰, contribuiu ainda mais para o agravamento da crise de representatividade sindical nos países em desenvolvimento. Vivemos numa era em que “Economistas, juristas, sociólogos e políticos buscam respostas para fenômenos novos trazidos pela

38 BAYLOS, Antonio. “Representação e representatividade sindical na globalização”. *Revista trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. V, 2003, p. 24-25.

globalização, que leva à prevalência das razões de mercado e dos interesses do capital a exigências de competitividade, eficiência e qualidade total do produto.”⁴¹ Institutos são criados em nome dessa competitividade, da redução dos custos, da ânsia pelo lucro, como é o caso da *terceirização*, que pode ser citada como exemplo dessa propalada crise⁴², notadamente porque a fragmentação das bases, isto é, no cerne da categoria e seus problemas, dificulta a reunificação pela cúpula.⁴³

Indiscutivelmente, as questões ligadas ao desenvolvimento econômico devem ceder espaço à proteção estatal ao princípio maior de todos os ordenamentos jurídicos: o princípio

39 Nesse contexto, Cassio Mesquita Barros, Professor Titular de Direito do Trabalho da USP, chama a atenção para o seguinte: “As novas tecnologias mudaram enormemente a *natureza do trabalho* em muitos setores. As exigências substanciais do trabalho são cada vez maiores. Em consequência, a cada passo, é mais difícil encontrar um posto de trabalho para os trabalhadores *pouco qualificados*. O grupo pouco qualificado, particularmente, é atingido pelo desemprego.”

“Se para esse grupo se fazer presente o *modelo básico de direito do trabalho*, com relação ao trabalho normal a tempo integral, de duração indeterminada, cada vez mais substituídas por outras formas de *ocupação*, *esta será difícil*. O quadro de *empregados* assalariados nas empresas não passa de uma fração eloqüente da mão-de-obra ocupada.”

“O trabalho a *tempo parcial* e também o *trabalho temporário* aumentou. Uma parte importante dos empregados é levada para a *independência*, e aceita a nova situação mesmo quando o ajuste for com o antigo empregador. O *emprego subordinado* diminui, pois a luta para o desemprego não constitui uma boa novidade.”

“De outra parte, as novas tecnologias da *informação* e de *consulta* causam uma forte *descentralização do trabalho*. A relação de trabalho não é mais necessariamente ajustada para o lugar certo do estabelecimento. Os trabalhadores, em grande parte na empresa, são *juridicamente, mas não economicamente, independentes*. O desenvolvimento das formas de trabalho fora do estabelecimento da empresa é contínuo e se dá na cooperação mais ou menos estreita entre as empresas.” (“O futuro do direito do trabalho”. *Revista LTr*, Vol. 66, nº 05, maio de 2002, p. 526).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

da dignidade da pessoa humana.⁴⁴ Na pior das hipóteses, os valores econômicos devem andar pari passo com tal princípio, que, observe, não pode ser visto “como mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstração. Caso contrário, de espaços de abertura não sistêmica – embora sistemática -, os direitos fundamentais serão transformados em elementos meramente formais, despidos de conteúdo, além de instrumentos retóricos de

40 Luiz Fernando coelho, como lhe é peculiar, tece ferrenha crítica à globalização e à conseqüente estereotipização do ser humano na sua formação enquanto cidadão, como se pode observar no seguinte texto: “Em suma, a globalização pode ser definida como um poderoso processo de estandartização da cultura a nível mundial. Só que isso ocorre segundo os padrões e critérios de quem detém a maior parcela de poder na sociedade pelo domínio da informação, da ciência e da tecnologia; e um tal poder hoje transcende a nação e o Estado, projetando-se como poder mundial, não somente militar e econômico, mas científico, cultural e ideológico. Ou seja, o poder está como nunca jamais se vislumbrou nas mãos de quem domina o saber, que hoje se identifica com o crescente domínio da tecnologia e da informação. E o resultado desse processo, o fruto mais evidente e provavelmente mais nefasto da globalização é, como igualmente jamais se anteviu, a unidimensionalização do ser humano, traduzida na conformização com padrões heterônomos que tratam de amoldar não somente seu comportamento exterior, como também sua alma interior, sua cultura e seu sentimento” (*Saudade do futuro*. – Florianópolis: Fundação Boitex, 2001, p. 20). Nada mais verdadeiro...

41 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. “Prevalência da negociação coletiva sobre a lei”. *Revista LTr*. Vol. 64, nº 10, outubro de 2000, p. 1237.

42 Esclarece Jorge Pinheiro Castelo: “A Associação Americana de Administração e as empresas Wyatt fizeram estudos de empresas que adotaram várias estratégias de reengenharia na direção da terceirização e da precarização do contrato de trabalho, constatando que tais procedimentos produziram declínio na produtividade do trabalhador e, mais, que, apesar da queda no trabalho e na qualidade do produto, menos da metade das empresas atingiu suas metas de redução de despesas, menos de um terço aumentou a lucratividade” (“As atuais perspectivas econômicas e tendências sobre a terceirização”. *Revista LTr*, Vol. 67, nº 03, março de 2003, p. 297).

43 VIANA, Márcio Túlio. “Terceirização e sindicato”. *Revista trabalhista*, Vol. VII. – Forense: Rio de Janeiro. 2003.

legitimação da reprodução dessa mesma ordem sistêmica”⁴⁵, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito que queremos.

Atualmente, a autonomia privada coletiva sofre limitações constitucionais nem sempre percebidas pelos operadores jurídicos. Realmente, em primeiro lugar, deve-se observar que, à luz de uma interpretação sistemática da Constituição da República, principalmente no que se refere ao “caput” do artigo 7º e o respectivo inciso XXVI, percebe-se que os instrumentos normativos serão reconhecidos na ordem jurídica, *mas sempre mediante uma disciplina que prescreva outros direitos trabalhistas que visem à melhoria da condição social dos empregados*. Em outras palavras, os atores sociais não podem estipular condições de trabalho – entenda-se, criação de regras trabalhistas aplicáveis à respectiva categoria – mais gravosas do que já estabelece a legislação ordinária que é o parâmetro mínimo de trabalho em

44 Perfeita a lição de *Chaim Perelman* a respeito: “Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo de que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos importará, a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto, de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. (...) Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania” (*Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 400).

45 FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado - organizador Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 100.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

condições dignas do cidadão, ressalvadas, obviamente, as exceções expressas no bojo da Carta Magna (artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV) e que foram inseridas por força do Poder Constituinte *Originário*.

Oportuna é a lição de *Márcio Túlio Viana*, referindo-se às limitações materiais das cláusulas normativas:

“Em geral, os limites impostos pela lei (em sentido amplo) são *mínimos*. Isso significa que o convênio coletivo não pode *violá-los*, mas pode *superá-los*. É que, como sabemos, as fontes do Direito do Trabalho obedecem a uma hierarquia diferente: no ápice da pirâmide fica a norma mais favorável ao trabalhador. O que importa, em última análise, não é a *qualidade da fonte*, mas a *matéria regulada*”.⁴⁶

O eminente Professor, ainda tratando da temática em outra obra, afirma o seguinte:

“A nosso ver, as convenções coletivas só podem ir até onde a Constituição expressamente permite. Vale dizer: podem reduzir salários, compensar horários, aumentar a jornada dos que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento.

Mas não é só esse limite. Na primeira e terceira hipóteses, é preciso haver algum tipo de contrapartida. E essa contrapartida não pode se resumir à simples suspensão, por

46 VIANA, Márcio Túlio. *Curso de direito do trabalho: legislação, doutrina e jurisprudência* / Gustavo Adolpho Vogel Neto, coordenador. – Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 565-566.

parte da empresa, de ameaças expressas ou veladas, como a de fechar suas portas, dispensar em massa ou mudar-se para Bombaim.

Atitudes do gênero só fazem sentido no caso dos trabalhadores. Estes, sim, podem exigir uma nova vantagem sem nada conceder em troca, pois se o fizerem estarão apenas reduzindo o nível de exploração do sistema. A rigor, não estarão ganhando, mas *recuperando* uma parte do que haviam perdido. São como credores que recebem uma prestação a mais da dívida. Aliás, essa não é apenas a tradição da negociação coletiva, mas a lógica do Direito do Trabalho, como um todo.”⁴⁷

Assim, a autonomia privada coletiva, regulamentada pela Constituição da República (artigo 7º, inciso XXVI), sofre *restrições* previstas na própria Carta Magna, dentre as quais o respeito aos direitos *indisponíveis* do trabalhador, como é o caso da fixação da *jornada de trabalho*, que está intimamente ligada a dados estatísticos sobre doenças ocupacionais e acidentes durante o labor. Segundo *Mauricio Godinho Delgado*, a autonomia privada coletiva sofre limitações pelo princípio da adequação setorial negociada. Este princípio trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva. Ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas provenientes da legislação heterônoma estatal. Pelo referido princípio as normas autônomas coletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo trabalhista, desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados.⁴⁸

47 VIANNA, Márcio Túlio. “O Novo Papel das Convenções Coletivas de Trabalho: Limites, Riscos e Desafios”. *Revista trabalhista*, Vol. I - Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 102.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

São dois esses critérios que autorizam a incidência das normas coletivas, isto é, provenientes da autonomia privada coletiva, em detrimento das normas jurídicas estatais: a) quando as normas autônomas coletivas implementam um padrão setorial de direitos *superior* ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas coletivas *transacionam* setorialmente parcelas trabalhistas de indisponibilidade apenas *relativa* (e não de indisponibilidade absoluta).⁴⁹

Na mesma esteira, sobre as limitações constitucionais da autonomia privada coletiva, posiciona-se o eminente Advogado e Professor paranaense, *José Affonso Dallegrave Neto*:

“Não se pode perder de vista de que o princípio da norma mais benéfica ao empregado encontra-se plasmado em diversos artigos de Constituição Federal, sobretudo no *caput* do art. 7º, que reza:

‘São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de *outros que visem à melhoria de sua condição social*’.

Ora, a Constituição Federal não contém palavras ociosas. Logo, todos os direitos dos trabalhadores serão vistos como um *minus*; um patrimônio mínimo ‘além de outros que visem à melhoria de sua condição social’. Nesse sentido, tal diretriz do *caput* do art. 7º norteia o seu inciso XXVI, assim:

‘art. 7º São direitos dos

48 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

49 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

trabalhadores urbanos e rurais, além de *outros que visem à melhoria de sua condição social*:

XXVI - reconhecimento de acordos e convenções coletivas de trabalho’.

Destarte, aplicando-se a exegese sistematizada, depreende-se que os CCTs e ACTs são reconhecidos no plano constitucional e nesse mesmo plano encontram seus limites. Vale dizer: o constituinte reconhece os instrumentos normativos da categoria como estatuto que assegure *melhores condições sociais* ao trabalhador, além daqueles já legisladas.”⁵⁰

Na mesma linha de raciocínio, preleciona o eminente Professor e Ministro aposentado do TST, *Arnaldo Süssekind*:

“É que o art. 7º da Carta Magna relaciona os direitos do trabalhador, ‘além de outros que visem à melhoria de sua condição social’, e somente em três deles admite a derrogação do comando legal pelos instrumentos da negociação coletiva. Por conseguinte, *a contrario sensu*, não permite a pretendida flexibilização nas demais hipóteses, até porque ela está autorizada nos dois aspectos fundamentais da relação de emprego: o salário e a jornada de trabalho. Isto sem contar que a instituição do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS) confere aos empregadores, o direito potestativo de despedir, ressalvados os raros casos de

50 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista: reforma trabalhista ponto a ponto*. 2. ed. São Paulo : LTr, 2002, p. 44.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

estabilidade condicionada do empregado.”⁵¹

São amplas, portanto, as possibilidades de validade e eficácia jurídica das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, está também bastante claro que essas possibilidades *não são plenas e irrefreáveis*. Há limites objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação!). É que ao processo de negociação coletiva falecem poderes de renúncia sobre direitos de terceiros, isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso. Cabelhe, essencialmente, promover transação, ou seja, de despojamento *bilateral ou multilateral*, com reciprocidade entre os agentes envolvidos, que seja hábil a gerar normas jurídicas.

Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa!), *os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva*. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar de dignidade humana mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontar a própria dignidade da pessoa humana e a valorização do mínimo deferível ao trabalho (artigo 1º, inciso III, e artigo 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de saúde e segurança no ambiente do trabalho.⁵² Eis, portanto, em nosso entendimento, com o devido respeito à opinião contrária, os parâmetros delimitadores da autonomia privada coletiva assegurada no texto

51 SÜSSEKIND, Arnaldo. “A negociação trabalhista e a lei”. *Revista trabalhista*, Vol. III. – Rio de Janeiro:Forense, 2002, p. 42.

52 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

constitucional (artigo 7º, inciso XXVI).

À guisa de arremate, é indiscutível a necessidade do fortalecimento sindical no atual contexto sócio-econômico em que vivemos. Somente através de sindicatos representativos teremos, na prática, uma efetiva democratização nas relações trabalhistas. Além do mais, o sindicato tem mais meios, notadamente pelas ações coletivas, de buscar a observância das normas laborais e isso durante o curso dos contratos empregatícios, já que, em princípio, os trabalhadores não são individualizados. O contrário, ou seja, o ajuizamento de uma demanda trabalhista, individualmente, acarreta, salvo raríssimas exceções, um efeito imediato: a despedida do obreiro. Realmente, consoante esclarece o culto *Jorge Luiz Souto Maior*, “Nesta onda de desmoralização do direito do trabalho, o descumprimento de direitos do trabalhador não mais agride a moral de ninguém. Pelo contrário, pleitear direitos trabalhistas perante a justiça torna o reclamante um ‘mal agradecido’, um ‘espertalhão’, que quer ‘arrancar’ alguma coisa das empresas.”⁵³ E tudo isso sem falar nas chamadas “listas negras”, onde o mercado de trabalho praticamente se fecha para o demandante. Finalmente, é imperioso neste cenário globalizado que os sindicatos já estejam atentos a um novo ramo do Direito do Trabalho ou do Direito Internacional do Trabalho que já está batendo as portas do Brasil, que o *Direito Comunitário do Trabalho*.

Assim, acreditamos que as soluções mais urgentes em termos de Direito Sindical referem-se, em um primeiro momento, na busca pela maior *representatividade* dos mesmos perante o Estado e a categoria econômica, inclusive em nível de total *legitimidade* dos seus atos praticados seja no âmbito da negociação ou no do ajuizamento de demandas coletivas, sempre na tutela dos interesses dos trabalhadores, bem como, em um segundo momento, na do preparo para lidar com as inevitáveis questões que logo irão surgir do mencionado Direito Comunitário

53 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “A fúria”. *Revista LTr*, Vol. 66, nº 11, novembro de 2002, p. 1293-1294.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas - uma abordagem crítica de algumas questões atuais

do Trabalho, sendo o Mercosul um exemplo vivo.

3. A preocupação com a utilização do Direito do Trabalho como instrumento de realização da Justiça Social pelo Juiz do Trabalho: a hermenêutica crítica e a base de cálculo do adicional de insalubridade

Uma tendência que se apresenta no momento é a da maior preocupação do operador do Direito do Trabalho com a realização da justiça social em detrimento, muitas vezes, da forma.

Tal concepção é fruto de uma postura progressista da magistratura⁵⁴, sobretudo após o aparecimento do Direito Alternativo⁵⁵ e da Teoria Crítica do Direito⁵⁶, que, na pior das hipóteses, arranharam a consolidada cegueira para a dogmática jurídica.

Na verdade, trata-se de um processo em que se discute em todos os segmentos jurídicos qual o verdadeiro papel da

54 A explicação para essa postura não é difícil e, de certo modo, resulta da paulatina reflexão acerca do modelo de ensino jurídico adotado até então no Brasil. Os estudantes de Direito de outrora tinham um modelo de ensino altamente *conservador*, ao passo que os mais recentes um modelo *emergente*. Ora, naturalmente, estes últimos tiveram, ainda que de forma preliminar, uma graduação mais simpática a uma postura crítica ao dogmatismo, prestigiando-se, assim, mais a justiça do caso concreto do que o formalismo e o mito da segurança jurídica. Como se sabe, a educação faz parte da dimensão humana. Nesta linha de princípio, cumpre investigar qual a influência de um paradigma conservador no campo da educação e, no particular, no ensino jurídico. Fundamentalmente, no âmbito de um paradigma conservador privilegia-se, sem dúvida, a *reprodução* do conhecimento. Meras repetições. Esquemas pré-moldados, onde o professor é o único detentor do conhecimento, oferecendo tal dádiva ao aluno que a recebe de forma pronta e acabada, sem qualquer participação de sua parte, aceitando silente a sua condição de ser receptivo e passivo, tão só. Leia, escute, decore e repita é a síntese do método utilizado. Na avaliação predominam perguntas pré-determinadas que recebem respostas prontas. É mais do que evidente que este modelo não satisfaz as necessidades sociais de mudanças na metodologia do ensino. *Álvaro de Melo Filho*, por exemplo, criticando esse enfoque de uso exclusivo do monólogo pelo professor, afirma que esse modelo “*assume a forma de escravidão mental dos alunos que não tem sequer consciência dessa submissão na medida em que os docentes não lhes aprimoram a linguagem, não lhes dão segurança, não lhes acostumam ao debate nem lhes desenvolvem o raciocínio jurídico*” (*Ensino e raciocínio jurídicos*. Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, n. 25, v. 1, jan./jun. 1987, p. 251). Eis que, diante deste cenário, surge o paradigma emergente que, nesse contexto, está conectado com uma procura de *transformação social*. Assim, o ensino deve proporcionar uma prática pedagógica crítica. O aluno deve estar constantemente refletindo sobre a temática. Para além do conhecimento, o aluno deve desenvolver a capacidade de argumentação acerca desse conhecimento. Deve, também, ser estimulado a pensar por si mesmo e com sensibilidade crítica. A atividade, portanto, deve ser transformadora, pois, sem transformação, não existe aprendizagem. Nesta perspectiva a escola de

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

magistratura. As sociedades modernas, diante dos conflitos intersubjetivos de interesses cada vez mais complexos, consoante destaca Luiz Flávio Gomes, “desejam e esperam que o juiz da era tecnológica cumpra um papel bem distinto do juiz napoleônico, legalista e positivista, autômato, cuja imagem poderia ser sintetizada nestas cinco palavras: *la bouche de la loi*. O juiz contemporâneo, sem fugir do marco jurídico-constitucional (porém também sem abrir mão dele), pode – e deve – desempenhar sua tarefa de distribuir Justiça de modo socialmente mais justo”. Ao que se percebe, busca afastar a figura do juiz da tradição francesa, então descrito como verdadeiro “*escravo da lei*, um simples *longa manus* do Poder Político, sem nenhuma independência, um cego aplicador da lei, acrítico, passivo, asséptico, autômato, e, por isso, bastante *funcional*.”⁵⁷

Uma forma de exemplificar essa constatada tendência é observar a tomada de posição de boa parte dos Juízes do Trabalho com relação à antiga jurisprudência majoritária do TST no que toca à base de cálculo do pagamento do adicional de insalubridade. Esta Corte, até o último trimestre de 2003, entendia, através de sua jurisprudência majoritária (Enunciado nº 228), que o valor deveria ser fixado tomando como parâmetro, de forma invariável e indistinta, o *salário mínimo* vigente. Contudo, atualmente, no entendimento dominante do TST, se houver previsão expressa de *salário profissional* na legislação ordinária, Convenção ou Acordo Coletivo, bem como Sentença Normativa, o mesmo será utilizado para o pagamento do adicional de

Direito sempre foi avessa a estas proposições, mas isso, embora ainda longe do modelo ideal, vem sendo modificado a cada dia pelas universidades pátrias. Caso isso, de fato, não viesse ocorrendo, indiscutivelmente, haveria um desestímulo ao aprofundamento científico e, por conseqüência, uma contribuição para um enorme prejuízo social, em face da tendente queda do nível cultural dos novéis bacharéis. É natural que o profissional que estudou em um modelo estritamente conservador transmita essa postura em seu campo de atuação. É, pois, nesse cenário que se fala em magistrados progressistas ou não, obviamente sem esquecer o adágio popular de que “toda regra possui exceções”, bem como sem olvidar que também não é sábio simplesmente substituir-se o “velho pelo novo”.

insalubridade da categoria específica. É este, pois, *no particular*, o escopo deste modesto artigo, isto é, demonstrar que aquele posicionamento até então preponderante não encontrava amparo na Constituição Federal.

Inicialmente, é imperioso observar o quanto é importante o meio ambiente do trabalho equilibrado na atualidade.⁵⁸ Segundo *Georgenor de Souza Franco Filho*, atual Presidente do TRT da 8ª Região (PA e AM):

“O que resulta indubitável é que dotar o meio ambiente de trabalho de condições adequadas, garantindo ao

55 Acerca do chamado *direito alternativo*, acompanhe a reflexão seguramente crítica de *Eros Roberto Grau*: “Ninguém bem-intencionado há de negar a relevância desse movimento, que, no quanto tem produzido de construção teórica entre nós, embora incipientemente, ainda, resolve, criticamente, o direito. Por certo, o direito é uma arena em que se joga a luta social. Por certo, a legalidade deve ser criticada, como demonstrarei a seguir. Da *crítica*, contudo, lançam-se os integrantes do movimento a um tipo de *praxis* que pode conduzir a resultados apenas não inusitados para quem conhece os abusos e atrocidades da ‘livre interpretação’ que o fascismo e nazismo predicaram. A teoria do ‘direito alternativo’ desemboca no subjetivismo do juiz, nada impedindo, absolutamente nada, que a norma sobre interpretação de normas (isto é, interpretação de *textos normativos*) hoje consagrada – que socialmente me satisfaz – seja amanhã substituída por outra, opressiva, sacrificante de direitos fundamentais. A teoria, então, justificará a negação do próprio direito e, no limite, conduzirá à anomia. Os *juízes alternativos* são, como todos os juizes, dotados do *poder de adotar regras sobre interpretação (metas-regras)*, regras que, não obstante, em regra não são postas em nenhum *texto normativo*. Assim, ao pretenderem produzir *justiça material*, ‘ressemantizam’, o *discurso do direito*”. E mais a frente arremata o ilustre Professor da USP: “O *direito alternativo*, carente de referenciais teóricos suficientes, aparentemente ingenuamente bem-intencionado, pode vir a consubstanciar nada mais do que uma nova versão da velha regra que recomenda tudo para os amigos, mas, para os inimigos, nem mesmo os rigores da lei: a lei da vingança privada. Valham-nos, contra isso, o *procedimento legal* e a *legalidade*” (*O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2003, p. 152-153 e 157, respectivamente).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

trabalhador saúde, higiene e segurança, é o mínimo que se pode exigir. Trata-se de um direito fundamental, indispensável à sobrevivência da humanidade. Os tempos modernos, de costumes novos, de proporções diversas daquelas de nossos avós, não permitem que se abstraia a necessidade de preservar o meio ambiente,

56 Michel Miaille, indiscutivelmente um dos maiores nomes da Teoria Crítica do Direito, já nos idos de 1976, advertiu para o seguinte: “É interessante constatar, sobre este ponto, que, paradoxalmente, esses lugares ‘retirados do mundo’, outrora inteiramente ganhos ao conservadorismo, são hoje contestados. E foi por parte dos que praticam o direito que os movimentos foram mais vivos. Alguns juizes e advogados começam a proclamar bem alto a sua independência. E, nos anfiteatros das faculdades de direito, algumas vozes começam igualmente a perturbar a unidade tradicional. Estas vozes não são apenas portadoras de discursos: exprimem-se também noutros conflitos, exteriores à universidade, e levam a pensar que uma renovação do conhecimento do direito conduz sempre a uma renovação do próprio direito” (*Introdução crítica ao direito*. – 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 328).

57 GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário: natureza e limites da independência judicial no estado democrático de direito*. 2ª ed. rev. – São Paulo: RT, 1993, p. 99 e 60, respectivamente.

58 A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, definiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado como *direito de todos* e lhe dá a natureza de *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade, impondo a co-responsabilidade do cidadão e do Poder Público pela sua defesa e conservação. Assim, indiscutivelmente, erigiu-o à categoria de um daqueles *valores ideais da ordem social*, bem como institucionalizou o direito ao meio ambiente sadio como *direito fundamental* do cidadão. Além do mais, consoante relembra Édis Milaré, do Ministério Público do Estado de São Paulo, “a proteção ao meio ambiente é pressuposto para o atendimento de outro valor fundamental – o direito à vida -, cuidou o ordenamento constitucional de prescrever uma série de *garantias* ou mecanismos capazes de assegurar à cidadania ou os meios de tutela judicial daquele bem (dentre outros: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; ação civil pública; ação popular constitucional; mandado de segurança coletivo; mandado de injunção)” (*Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2000, p. 213).

seja de que espécie for, em favor das gerações futuras. Todas essas formas novas de vida e de trabalho que estão surgindo, nesse movimento demasiadamente brusco de mudanças, põem em relevo a indispensabilidade de se dotar os locais onde a atividade produtiva é desenvolvida de condições mínimas de conforto, de bem-estar, segurança, saúde e higiene, daí cresce em importância o meio ambiente adequado para o trabalho, porque isso é fundamental para a própria vida.”⁵⁹

Assim, como esclarece *Amauri Mascaro Nascimento*, “Não há dúvida de que a primeira condição que o empregador está obrigado a cumprir é assegurar aos trabalhadores o desenvolvimento das suas atividades em ambiente moral e rodeado de segurança e higiene.”⁶⁰ Em outras palavras, “incumbe ao empregador, tendo em vista seu dever de cuidado, previdência e segurança do emprego, cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; instruir os empregados, por ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; como também facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.”⁶¹

Nesse contexto, diante de um ambiente estritamente tendencioso à proteção à saúde do trabalhador, aparece a questão envolvendo, à luz do ordenamento jurídico

59 FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *A OIT e o meio ambiente de trabalho*. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, n. 852, p. 7, 26.2.2001.

60 MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Curso de direito do trabalho*. – 17ª ed. . rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 739.

61 BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 241.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas - uma abordagem crítica de algumas questões atuais

pátrio e da *função social da magistratura*, qual deve ser a verdadeira base de cálculo do pagamento do adicional de insalubridade: o salário mínimo ou a remuneração contratual do obreiro? No nosso entendimento, com o devido respeito, consoante já foi adiantado, a primeira opção não merece guarida. A análise da questão, na verdade, deve ser feita sob duas óticas: uma meramente *dogmática* e

uma outra de postura crítica.⁶²

Em princípio, toda a celeuma doutrinária e jurisprudencial resulta da interpretação dada ao artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição da República em vigor, que estabelece que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o *adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*.

62 Trata-se, apenas, de uma questão de *postura* do magistrado na solução do problema ou conflito que lhe é submetido. A respeito, observe-se, atenciosamente, a brilhante lição de João Maurício Adeodato: “Entender ‘dogmática’ e ‘crítica’ como correntes ideológicas, e mais adversárias, é tolice. No Brasil, o problema mistura-se com política, como se fosse possível a equiparação de ‘dogmáticos’ a ‘conservadores’ e de ‘não-dogmáticos’ a ‘alternativos’”. Todos podem perceber que, a rigor, não se tem no Brasil uma dogmática jurídica como sistema autônomo, autodeterminado, autopoietico, auto o que quer que seja. Nesse sistema jurídico, específico e altamente complexo, o direito é não apenas influenciado pelos demais subsistemas sociais (econômico, afetivo, de boas relações etc.) como até depende deles para funcionar. O jurista deve ser capaz de compreender nitidamente as duas perspectivas. A dogmática preenche uma função vital que é a solução – ou ‘neutralização’ – dos conflitos, a organização e distribuição da violência legítima, da *violência justa*. É o direito que transforma um mero agrupamento humano, com sua inevitável e desorganizada violência, em uma sociedade cuja organização monopoliza, disciplina, torna quantitativamente mensurável a violência. Além dessa aplicação direta, empírica, traduzida na ação dos chamados *operadores jurídicos*, que se poderia denominar *dogmática concreta*, há o nível metalingüística da *dogmática científica*: esta ciência dogmática do direito visa a fornecer subsídios para atividade argumentativa e decisória que caracteriza a dogmática concreta – ela compara diferencia, define, interpreta, em suma, faz ciência. Mesmo a dogmática científica, enquanto teoria, objetiva auxiliar no desempenho dessa função essencial que é o controle dos conflitos. Nesse sentido, também ela está constringida a argumentar com base em normas positivas e a fornecer critérios decisórios. Mas a filosofia epistemológicos do direito, que se pretende aqui, tem outra perspectiva, não-dogmática, ou seja, sem compromisso imediato com o trato dos conflitos jurídicos. Embora não ofereça propriamente respostas, esse enfoque da filosofia do direito também tem uma tarefa prática, na medida em que fornece subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica. De todo jeito, apartar ‘teoria’ de ‘prática’ é tolice. O pensar dogmático competente

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

Naturalmente, a primeira questão que se coloca é saber se tal norma constitucional possui aplicabilidade imediata ou não. A segunda questão refere-se à indagação acerca da definição ou não da base de cálculo do adicional de insalubridade pela citada norma constitucional.

Muito bem. Quanto à primeira questão, entendemos que, de fato, a referida regra constitucional possui *eficácia limitada vinculada ao princípio da legalidade*.⁶³ Contudo, não é qualquer texto normativo que regulamentará a matéria em epígrafe, mas sim, como se verá, aquele que estiver em consonância com a sistemática axiológica extraída da Carta Magna.⁶⁴

No que se refere à segunda questão, deve-se observar que não acompanhamos a corrente que sustenta que o termo “remuneração”, utilizado no artigo 7º, inciso XXIII, da Carta Maior, tem a finalidade *exclusiva* de determinar a natureza jurídica do adicional de insalubridade, qual seja, *salarial ou remuneratória*. Em outras palavras, natureza *não* indenizatória. Observe que, a despeito de o dispositivo citado referir-se, expressamente, em adicional “de” remuneração, em vez de adicional “sobre” a remuneração, *semanticamente*, não há distinção significativa. O

exige condições de distanciamento para que se possa sair dele e melhor dominá-lo. O operador jurídico (juiz, procurador, advogado, promotor, árbitro etc.) rigidamente atrelado à letra da lei não pratica adequadamente a tecnologia dogmática, reduzindo-se a mero repetidor de fórmulas burocratizadas. O distanciamento crítico é assim mais apto tecnicamente a produzir resultados desejados e até melhor eticamente, pois responde-se aos anseios sociais de forma mais rápida diante da evolução do direito. Veja-se o famoso caso dos direitos da concubina. Quando foram reconhecidos pela primeira vez pelo Estado brasileiro, o advogado alegou e o juiz acolheu a tese de que o concubinato seria uma sociedade de fato, percebendo que, pelo direito comercial, as probabilidades de argumentação seriam bem mais amplas do que no direito de família, tradicionalmente conservador. Isto se deveu a uma *visão crítica da dogmática* por parte dos operadores jurídicos envolvidos” (*Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência – através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann*. – 2ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15-16).

importante é que o dispositivo delimita o pagamento do trabalho em ambiente *anormal*, especificamente insalubre, *pela remuneração* do trabalhador. Portanto, a lei que regulamentar a matéria deve-se pautar na utilização técnica do vocábulo “remuneração”⁶⁵, sob pena de ferir o texto constitucional. Sendo assim já se pode falar que o artigo 192 da CLT, que fixa a base de cálculo do pagamento do adicional de insalubridade pelo *salário mínimo*, não foi

63 Quanto à eficácia, José Afonso da Silva oferece a seguinte classificação das normas constitucionais: I - normas constitucionais de eficácia *plena*; II - normas constitucionais de eficácia *contida*; III - normas constitucionais de eficácia *limitada* ou *reduzida*. O eminente ex-professor da USP preleciona, em obra clássica acerca da matéria na literatura jurídica tupiniquim, que “na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de *aplicabilidade direta, imediata e integral* sobre os interesses objeto de sua regulação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de *aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fim da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de *aplicabilidade direta, imediata*, mas *não integral*, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. - São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82-83). Faz-se mister chamar a atenção para o fato de que, não obstante o brilho dessas lições do citado mestre paulista, alguns adeptos da Teoria Crítica do Direito, cujas lições perfilhamos, não adotarem a mencionada classificação justamente porque a norma constitucional

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

recepcionado pela Lei Maior.

Mesmo assim, ainda que fosse reconhecida a recepção constitucional do artigo 192 da CLT, como entende uma parte da magistratura trabalhista, pergunta-se: esta regra infraconstitucional dá, de fato, os contornos exigíveis constitucionalmente para a regulamentação da base de cálculo do adicional de insalubridade? Em outras palavras, o citado artigo 192

será de eficácia plena, contida ou limitada, segundo a vontade axiológica do seu aplicador, tratando-se, portanto, de uma questão de hermenêutica ou de política judiciária. *Lênio Luiz Streck*, por exemplo, afirma que “não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo. De eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena. A eficácia do texto do dispositivo advirá de um trabalho de adjudicação de sentido, que será feito pelo hermeneuta/intérprete” (*Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4ª ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 226-227).

64 É importante perceber o verdadeiro sentido da Constituição. Na doutrina, preleciona *José Joaquim Gomes Canotilho* que “**Constitucionalismo** é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou teoria do liberalismo” (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. – Coimbra: Almedina, 2002, p. 51).

65 Doutrinariamente, preleciona *Sérgio Pinto Martins*, Doutor em Direito do Trabalho pela USP, que “Remuneração é o conjunto de prestações recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer suas necessidades básicas e de sua família”. Assim, “A remuneração tanto é paga diretamente pelo empregador, que se constitui no salário, como é a feita por terceiro, em que o exemplo específico é a gorjeta, cobrada na nota de serviço ou fornecida espontaneamente pelo cliente”. Por sua vez, “salário mínimo é o pagamento mínimo que pode ser feito ao empregado. É uma proteção mínima, sendo impossível o empregador pagar ao empregado salário inferior ao mínimo” (*Direito do trabalho*. – 17ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 213-214 e 229, respectivamente).

da CLT está em consonância com os valores consagrados na Constituição Federal de 1988, bem como no seio da sociedade em que vivemos? Passaremos a responder tais questões, abordando, ainda que em vôo de pássaro, algumas colocações da doutrina e jurisprudência acerca da temática.

Em um primeiro momento, quanto ao confronto dessa regra legal com a vedação constitucional de uso do salário mínimo para qualquer fim, não haveria empecilho na sua utilização. É que, em nosso entendimento, não há que se falar em inconstitucionalidade de tal regra jurídica por violação ao disposto no inciso IV do artigo 7º da Constituição da República. A inconstitucionalidade, frise-se, em nosso sentir, é por outro motivo. Com o devido respeito aos defensores da tese contrária, este dispositivo constitucional refere-se, com toda a certeza, consoante a melhor doutrina, à utilização do salário mínimo como fator de *desindexação da economia*, induzindo o retorno da apavorante inflação, o que não é o caso da atribuição do pagamento do adicional em discussão. Isso, com o devido respeito, está mais do que claro no texto constitucional e, por tal regra, não há que se falar em inconstitucionalidade. Portanto, esta tese, tanto pelo prisma dogmático quanto da hermenêutica crítica, não convence.

A corrente tradicional, de postura meramente dogmática, defende que o artigo 192 da CLT foi recepcionado pela Carta Magna, mormente pelo fato de que o artigo 7º, inciso XXIII, refere-se a adicional *de* remuneração e não *sobre* a remuneração, definindo apenas a natureza jurídica da parcela, tudo consoante disciplinado no termos de lei ordinária, que, no caso, é a mencionada regra consolidada. Ilustrativamente, observe-se a lição do eminente Professor e Desembargador Federal do Trabalho na 3ª Região - MG, *Márcio Ribeiro do Valle*, na defesa deste entendimento que, repita-se, *não* compartilhamos:

“Tem gerado controvérsia o

fato de ter a vigente Constituição Federal, no seu art. 7º - inciso XXIII, explicitado, expressamente, ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a percepção de ‘adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei’, tudo porque muitos, a um primeiro e afoito raciocínio interpretativo, chegaram logo à conclusão de que, a partir da vigência do novo texto fundamental, passou o adicional de insalubridade a ser calculado não mais sobre o mínimo legal, mas sim sobre a remuneração mensal do empregado. Isto, porém e efetivamente, não é correto, pois ao dizer da garantia de um adicional de remuneração, a Carta Magna nada mais fez do que afirmar que a insalubridade e a periculosidade integram o todo remuneratório do trabalhador, não todavia que sobre este tenham incidência. Aliás, a confirmar o presente raciocínio, é de ver-se mais que, no fim do citado inciso constitucional, há uma expressa assertiva do que o adicional questionado será devido ‘na forma da lei’, e esta, atualmente vigente, é exatamente o art. 192 da CLT, preciso em afirmar que ‘o exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo’, tudo por força

da redação dada ao citado artigo do Diploma Consolidado pela Lei 6514, de 22 de dezembro de 1977. Logo, não se havendo fazer confusão acima descrita com a norma do art. 7º - XXIII - da nova 'Lex Fundamental' de nosso país, continua, pois a ser calculada a alíquota de insalubridade sobre o mínimo de lei e não sobre a remuneração do empregado.”⁶⁶

Aproveitando as seguras palavras de *Luiz Edson Fachin* e *Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk*, apressamo-nos em manifestar que esse tipo de leitura é reflexo de uma visão do Judiciário que, “em vez de uma problematização tópica que busque, na ordem principiológica constitucional, a melhor solução, à luz dos direitos fundamentais, não raro se busca a solução mecanicista de subsunção do fato à solução preestabelecida pelo modelo de relação jurídica codificado. Tal proceder pode gerar ofensa a direitos fundamentais decorrentes da cega aplicação da ‘solução’ positivada no modelo ou, mesmo, da ausência de modelos excluindo a possibilidade de reconhecimento de direitos onde estes se fazem necessários. É um dos modos pelos quais o direito pode gerar vítimas, afastando-se de uma direção antecipatória.”⁶⁷

Contudo, a análise puramente dogmática, ou seja, considerando os textos normativos aplicáveis, o constitucional (artigo 7º, inciso XXIII) e o legal (artigo 192 da CLT), entre si e distantes da realidade social hodierna, *para por aí*. Repergunta-se: o

66 VALLE, Márcio Ribeiro do. *Curso do Direito do Trabalho – Estudos em Memória de Cêlio Goyatá / Coordenadora Alice Monteiro de Barros*. 3ª ed. – São Paulo: LTr, 1997, Vol. 2, p. 200.

67 FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado - organizador Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 99-100.

artigo 192 da CLT atende aos anseios da sociedade?

É evidente que a resposta há de ser *negativa*. Vários são os motivos, notadamente o fato de que o mesmo fixa uma base de cálculo do adicional de insalubridade em valor *extremamente ínfimo* e, portanto, incapaz de atender a sua finalidade social.⁶⁸ Realmente, o pagamento sobre o salário mínimo é indiscutivelmente *injusto*, merecendo o profissional que trabalha em áreas de risco ao bem estar da sua saúde um valor, no mínimo, mais decente. Em verdade, mais parece uma situação de “venda da saúde” do trabalhador: o empregador diz “*contribuo para um potencial dano a saúde do meu empregado, mas, em contrapartida, pago ou retribuo em dinheiro por isso*”, ou seja, trata-se de uma situação similar à figura esdrúxula do “poluidor-pagador” do Direito Ambiental.⁶⁹ Tudo isso sem deixar de lembrar que tal pagamento muitas vezes somente ocorre após o trabalhador ser despedido e, na seqüência, ajuizar uma demanda trabalhista.

Com o devido respeito à opinião contrária, no particular, o empregador moderno e, portanto, preocupado em cumprir com a sua missão social, deve, isso sim, adotar uma *política de prevenção* às doenças relacionadas ao ambiente do trabalho, principalmente adquirindo equipamentos de proteção individual quanto aos agentes insalubres, que sejam eficazes de neutralizar o potencial dano à saúde dos seus empregados. Essa é a finalidade maior do Direito Constitucional do Trabalho no particular, devendo-se ressaltar que o valoroso Ministério Público do Trabalho tem ajuizado demandas coletivas, de natureza *inibitória*, com relação à temática, naturalmente na tutela desses interesses metaindividuais

68 Essa também é a constatação de Celso Antonio Pacheco Fiorillo: “De uma forma geral, verificamos o empenho do Estado em regular as condutas para a preservação e conservação do meio ambiente laboral, todavia, não se pode deixar de criticar a *tarifação* feita por conta dos trabalhos insalubres e perigosos, atribuindo-se valores ínfimos e que jamais compensariam os prejuízos experimentados pelo trabalhador” (*Curso de direito ambiental brasileiro*. – 5ª ed. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 290).

trabalhistas. Nas palavras de *Luiz Guilherme Marinoni*, “A tutela inibitória é caracterizada por ser voltada para o futuro, independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. Note-se, com efeito, que a inibitória, ainda que empenhada apenas em fazer cessar o ilícito ou a impedir a sua repetição, não perde a sua natureza preventiva, pois não tem por fim reintegrar ou reparar o direito violado.”⁷⁰ Assim, a *tutela preventiva* em matéria de saúde e segurança do trabalhador, estando intimamente ligada aos seus direitos fundamentais à vida e à manutenção de um estado que preserve a integridade física e psíquica, tal como regida por normas de ordem pública e, com efeito, com caráter absolutamente indisponíveis, está na ordem do dia.

69 Quando o que interessa a comunidade em geral, na verdade, é a intangibilidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado e não uma indenização punitiva ao dano ambiental. A proteção ao meio ambiente é um direito difuso a toda sociedade e, portanto, de natureza absolutamente indisponível. Contudo, é bom que se diga que, para o Direito Ambiental, a figura do *poluidor-pagador* constitui um *princípio* (polluter pays principle). Consoante preleciona *Edis Milaré*, do Ministério Público do Estado de São Paulo, “assenta-se esse princípio na vocação redistributiva do Direito Ambiental e se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo (v.g., o custo resultante dos danos ambientais) devem ser internalizados, vale dizer, que os agentes econômicos devem levá-los em conta ao elaborar os custos da produção e, conseqüentemente, assumi-los”. Exclarece o autor, entretanto, que “o princípio não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano ao ambiente. Nesta linha, o pagamento pelo lançamento de efluentes, por exemplo, não alforria condutas inconseqüentes, de modo a ensejar o descarte de resíduos fora dos padrões e das normas ambientais. A cobrança só pode ser efetuada sobre o que tenha respaldo na lei, pena de se admitir o direito de poluir. Trata-se de *princípio poluidor-pagador* (poluiu, paga os danos), e não *pagador-poluidor* (pagou, então pode poluir). A colocação gramatical não deixa margem a equívocos ou ambigüidades na interpretação do princípio” (*Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2000, p. 100-101).

70 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 2ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 28-29.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

Afirma Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

“Como já tivemos oportunidade de frisar, o princípio da prevenção constitui a espinha dorsal do direito ambiental, e em relação ao aspecto do meio ambiente do trabalho, que possui como objeto a saúde humana, a sua importância é acentuada.

De fato, o meio ambiente do trabalho reclama alternativas de caráter preventivo para efetivação da sua tutela. Atentas a esses fatos a Consolidação das Leis do Trabalho e a Constituição Estadual de São Paulo (inspirada pela CLT) previram dois importantes instrumentos de tutela da saúde: a interdição da empresa e o embargo da obra.”⁷¹

Observe-se, ainda, que tal posição – a busca incondicional da tutela preventiva –, de certa forma, também *atende aos interesses dos empregadores*, como se pode extrair da seguinte lição de *Raimundo Simão de Melo*:

“Também por razões culturais normalmente não tem sido prioridade do patronato brasileiro o investimento na prevenção de acidentes de trabalho. Isso, no entanto, constitui um grave equívoco, uma vez que, como demonstrado por algumas empresas multinacionais, o investimento nessa área representa um bom

71 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. – 5ª ed. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 292.

negócio para o capitalismo, porque se de um lado diminui os custos, ao contrário do que muitos pensam, de outro, melhora a qualidade dos bens produzidos e sua produtividade, que hoje são fatores indispensáveis, para a competitividade cada vez mais acirrada por conta do processo de globalização dos mercados de produção.”⁷²

Na mesma linha de raciocínio preleciona Nelson

Nery Junior:

“No campo do Direito do Trabalho poderíamos dizer que a ação coletiva destinada a obrigar a empresa a colocar dispositivos de segurança em suas máquinas, para evitar acidentes do trabalho (ação de obrigação de fazer - meio ambiente do trabalho), pode ser ou pode envolver pretensão de direito difuso e coletivo, pois esses dispositivos de segurança poderão melhorar as condições de trabalho, beneficiando todo o grupo de trabalhadores da empresa (direito coletivo), ao mesmo tempo em que reduziria o custo do produto final para o consumidor, indeterminado e indeterminável (direito difuso).”⁷³

Ora, reduzindo o custo do produto, a “empresa”

72 MELO, Raimundo Simão de. *Meio ambiente de trabalho / coordenação Associação Nacional dos Procuradores do trabalho*. – São Paulo: LTr, 2002, p. 22.

73 NERY JUNIOR, Nelson. “O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos - um estudo sobre a ação civil pública trabalhista”. *Revista LTr*, Vol. 64, nº 02, fevereiro de 2000, p. 155.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

pode colocá-lo no mercado com um preço mais competitivo, de forma que, com efeito, lucrará muito mais do que se não tivesse investido nas normas de saúde e segurança dos seus empregados. Indiscutível, assim, que toda sociedade sai ganhando...

O Brasil, infelizmente, vem aparecendo com certo destaque nas estatísticas de acidentes e doenças ocupacionais. Assim, *somente uma postura crítica e reflexiva da Justiça do Trabalho* pode diminuir sensivelmente esse quadro, que é extremamente alarmante. Para se ter uma idéia, é imperioso observar a advertência feita por *Segadas Vianna*:

“Do conjunto de medidas preconizadas pela segurança e medicina do trabalho e das que visam à prevenção dos acidentes resultará, sobretudo, um benefício maior para a sociedade, porque não há indenização ou pensão que sane o imenso dano social que é a existência de mutilados cujos defeitos e moléstias poderiam ser evitados. (...) Essas conseqüências sociais assumem, muitas vezes, extrema gravidade. Os inválidos para o trabalho normal, aqueles que na sua linguagem rude o povo chama de ‘aleijados’, recebendo pensões exíguas da Previdência Social, tendem à marginalidade social, trabalhando em atividades em que o esforço físico é menor, e suas condições de portadores de defeitos os põem a coberto da repressão policial. Transformam-se em camelôs, vendedores de bilhetes de loteria, encarregados de ‘pontos de jogo do bicho’, e daí um passo a mais na venda de tóxicos, como tivemos a ocasião de abordar em

conferencia sob o título ‘O acidente do trabalho e a marginalidade’, que pronunciamos no Instituto Nacional de Criminologia.”⁷⁴

Diante desse contexto, a Magistratura Federal do Trabalho não pode ficar inerte diante dos textos normativos em si. Ao contrário, deve, através de um processo de hermenêutica, buscar uma solução para os casos concretos que atendam ao propósito maior da Justiça do Trabalho que é fazer do Direito Material do Trabalho um *instrumento de justiça social*. A atividade interpretativa deve ser inegavelmente *transformadora* dessa realidade vigente, e não, como ainda vem ocorrendo, meramente *descritiva* ou *reprodutiva* dos textos aplicáveis. Na verdade, esta última atividade interpretativa - preocupada apenas com os significados das normas constitucionais e legais aplicáveis, ou seja, independente dos problemas sociais que afligem a questão -, que ainda existe, sobretudo na magistratura mais tradicional, é reflexo de uma cultura ainda arraigada na ideologia da dogmática jurídica pura, que recebe a seguinte crítica de *Luiz Fernando Coelho*:

“Cumprе enfatizar que à ideologia apresentar o direito como ser real, pois, se ele existe, deve ser aceito como é, não se cogita da sua transformação. E nós, juristas, somos educados para a completa alienação no tocante aos problemas reais que afetam a sociedade e a própria comunidade dos juristas”.

Preleciona, ainda, o eminente Professor que:

“Há também os mitos da

74 VIANNA, Segadas e outros. *Instituições de direito do trabalho*. - 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000, Vol. 2, p. 912-913.

hermenêutica dogmática, como a falsa noção de que a lei interpretanda é portadora de um significado autônomo que pode ser descoberto pelo intérprete, e que este descobre e revela através das palavras da norma a intenção do legislador, quando não a vontade ou a intenção da própria lei, como se esta fosse dotada dos atributos da psicologia do ser humano. O que o pensamento crítico então demonstra é que as expressões do direito não passam de suportes de significados que o intérprete e os destinatários das normas em geral atribuem, no interesse próprio, de terceiros, ou no pretense interesse geral articulado pela ideologia.”⁷⁵

Paulo Bonavides, indiscutivelmente um dos maiores constitucionalistas pátrios, fazendo um estudo comparativo entre o sistema de interpretação tradicional e o que vem sendo pregado atualmente pela melhor doutrina, esclarece que “O traço capital da separação entre esse método e a técnica interpretativa dos positivistas do século XIX consiste no primeiro se tornar profundamente *crítico* com respeito ao conteúdo da Constituição, apreciada globalmente, em seus aspectos teleológicos e materiais, que servem de critério para o trabalho jurídico de interpretação, ao passo que o segundo – o dos antigos positivistas – fica invariavelmente acorrentado a uma análise interpretativa de feição meramente *formal*, e que, segundo Smend, ‘decompõe o Direito Constitucional num agregado de normas e isolados’, submetidos a uma normatividade de todo abstrata.”⁷⁶

75 COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3ª ed. – São Paulo: Del Rey, 2003, p. 352.

76 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2000, p. 937.

Nas palavras de *Lênio Luiz Streck*:

“Daí que, pelo processo interpretativo, o jurista ‘não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém aos seus interesses teóricos e político. Nesse contexto, sentidos contraditórios podem, não obstante, ser verdadeiros. *Em outras palavras, o significado da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete.*”⁷⁷

No caso em epígrafe, indiscutivelmente, a missão da Magistratura do Trabalho, considerando os fundamentos da Carta magna da *promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador* e dos *valores sociais do trabalho* (artigo 1º, incisos III e IV, respectivamente), bem como o objetivo de *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, é exercer uma atividade interpretativa que consiga *reduzir os riscos inerentes ao trabalho* (artigo 7º, inciso XXII, da CF), de forma que haja uma situação propiciadora a um meio ambiente de trabalho socialmente equilibrado (artigo 225 da CF).

Sendo assim, como afirma *Jônatas Luiz Moreira de Paula*, “Assumindo a postura transformadora, tanto a jurisdição como o processo, passarão a ter uma finalidade declarada: a realização da justiça social. Supera-se, assim, a visão de que o processo tem em mira o controle social (sobretudo no processo penal) ou de que o processo visa a unificação do direito positivo ou que se destina realizar a ordem jurídica.”⁷⁸

77 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 92.

78 PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Ed. Manole, 2002, p. 169.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

Adverte, com a lucidez de sempre, o culto Professor Fábio Konder Comparato:

“O juiz não pode, sob o falso argumento de que não é um órgão político, recusar-se a apreciar eticamente as lides submetidas ao seu julgamento. A finalidade última do ato de julgar consiste em fazer justiça, não em aplicar cegamente as normas de direito positivo. Ora, a justiça, como advertiu a sabedoria clássica, consiste em dar a cada um o que é seu. O que pertence essencialmente a cada indivíduo, pela sua própria natureza, é a dignidade de pessoa humana, supremo valor ético. Uma decisão judicial que negue, no caso concreto, a dignidade humana é imoral e, portanto, juridicamente insustentável.”⁷⁹

Ora, a atividade de transformação social, no caso, indiscutivelmente, é a elevação da base de cálculo do adicional de insalubridade, *exatamente por ser uma tentativa de forçar os empresários a preferir a adoção de práticas preventivas no que se refere ao ambiente de trabalho* do que, como vem ocorrendo atualmente, esperar uma eventual condenação em valores *ínfimos* pela Justiça do Trabalho. De fato, o pagamento do mencionado adicional sobre o valor do salário mínimo é um estímulo ao mau empregador no sentido de que continue despreocupado com a saúde dos seus empregados. Em outras palavras, esse tipo de empregador, que, infelizmente, ainda existe em número considerável no universo social brasileiro, prefere muito mais continuar pagando o adicional de insalubridade sobre o salário mínimo do que investir em uma

79 COMPARATO, Fábio Konder. “O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos”. In *Direitos humanos: visões contemporâneas. Revista de comemoração dos 100 anos da Associação dos juízes para a Democracia*, São Paulo, 2001, p. 17.

política de eliminação ou neutralização dos agentes danosos a saúde dos empregados.

Contudo, uma postura mais ativa da Justiça do trabalho pode causar um efeito salutar no que toca à questão, como relata o preclaro Procurador do Trabalho na 15ª região - Campinas, *Raimundo Simão de Melo*, na seguinte lição:

“Nos últimos tempos, no entanto, por conta de algumas indenizações altas decorrentes de reparações materiais e morais por acidentes de trabalho, algumas empresas, finalmente, estão procurando prevenir o meio ambiente do trabalho, agora, por uma questão econômica, porque na realidade o capitalismo não tem como prática investir no homem por razão eminentemente humanitária. De qualquer forma, falta educação ambiental em todos os aspectos e níveis, embora a CF (art. 225, § 1º, inciso VI) incumba ao Poder Público essa tarefa como forma de efetividade da preservação e defesa do meio ambiente.”⁸⁰

Assim, em termos práticos, a partir do momento em que os empregadores sujeitos à Jurisdição de uma determinada Vara do Trabalho qualquer ficarem sabendo que o Poder Judiciário Trabalhista, o que inclui os Tribunais Regionais do Trabalho, está deferindo, em caráter amplamente majoritário, o pagamento do adicional de insalubridade em um outro valor bem mais elevado do que o do salário mínimo, talvez os mesmos tomem as providências necessárias à neutralização dos agentes potencialmente danosos à saúde dos seus empregados e evitem, desta maneira, as eventuais

80 MELO, Raimundo Simão de. *Meio ambiente de trabalho / coordenação Associação Nacional dos Procuradores do trabalho*. - São Paulo: LTr, 2002, p. 22.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

vultosas indenizações. Desse modo, para que a desejada transformação social nesta área de medicina do trabalho efetivamente ocorra, não resta alternativa senão a mudança no valor da base de cálculo do citado adicional.

Além do mais, deve-se notar que, mesmo que se adotasse para o caso uma postura rigorosamente dogmática, ainda assim não haveria justificativa lógica para a manutenção do pagamento do adicional em tela sobre o salário mínimo, exatamente por não haver uma justificativa razoável para a distinção em relação ao pagamento dos outros adicionais. Observe-se a primorosa lição do especialista na matéria, *Sebastião Geraldo de Oliveira*:

“Os adicionais são parcelas complementares ao salário que visam compensar o empregado por um trabalho desgastante ou penoso, prestado em condições mais adversas do que as normais. Aquele que trabalha além da duração normal recebe salário acrescido das horas extras; se trabalha à noite, recebe o adicional noturno; quando labuta em condições perigosas, recebe o adicional de periculosidade etc. todos os outros adicionais são calculados sobre o salário contratual, não havendo razão lógica nem jurídica para dar tratamento diverso para o adicional de insalubridade, contrariando o vetusto brocardo: *‘Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio; Ubi eadem legis ratio, ibi ipsa lex’*.”⁸¹

81 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. – 4ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 363.

No mais, veja-se que também é essa a tendência da jurisprudência aplicável à espécie:

“6039068 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - INCOMPATIBILIDADE DO ART. 192 DA CLT COM O NOVO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL - O art. 192 da CLT não foi recepcionado pela Carta Federal, haja vista a proibição da vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, inc. IV, CF/88). Assim, o adicional de insalubridade deverá incidir sobre o salário base, contratual, despido de outros adicionais, sob pena de bis in idem, até porque o texto constitucional não alude a adicional sobre a remuneração (art. 7º, inc. IV, da CF/88), mas, a adicional que remunere o labor assim desempenhado.” (TRT 9ª R. - RO 07270-2001 - (00039-2002) - 1ª T. - Relª Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão - DJPR 25.01.2002) (Ementas no mesmo sentido)JCF.7 JCF.7.IV JCLT.192.

“6040798 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO BASE - O artigo 192 da CLT foi parcialmente revogado pelo artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Por outro lado, o artigo 7º, inciso XXIII, da Lei Maior, não determina que o adicional de insalubridade incida sobre a "remuneração ", mas apenas

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

que integra esta. Aberta, portanto, a normativa sobre a base de cálculo do adicional em foco, que, por analogia ao artigo 193, § 1º, da CLT, deve ser o salário base.” (TRT 9ª R. – RO 03111-2002 – (20143-2002) – Rel. Juiz Eduardo Milleo Baracat – DJPR 06.09.2002) (Ementas no mesmo sentido)JCLT.192 JCF.7 JCF.7.IV JCF.7.XXIII JCLT.193 JCLT.193.1.

É imperioso observar, ainda, que essa interpretação está em consonância com o princípio norteador do Direito do Trabalho, que é o *princípio da proteção do trabalhador*. *Fernando Hoffman*, eminente Juiz do Trabalho no Paraná, em sua dissertação de mestrado na UFPR, preleciona que “o princípio protetor deve ser aplicado segundo a dignidade do trabalhador que, como ser humano e dependente unicamente de sua força de trabalho para sobreviver, deve ter assegurada condições justas de trabalho e ser visto como sujeito-fim e não o objeto-meio do desenvolvimento. Não basta assegurar as meras liberdade e autonomia contratuais, eis que a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, exige condições mínimas de existência, ‘uma existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica’.”⁸² *Mozart Victor Russomano* observa que “Na interpretação e na aplicação da lei trabalhista ninguém pode abdicar do método sociológico – avaliando a norma em função da realidade sociohistórica – e muito menos do método teleológico, que revela a finalidade humana e solidarista das leis reguladoras do trabalho e protetoras do trabalhador. Isso importa afirmar que o juiz não se pode ater ao que o legislador quis, ao elaborar a norma. Deve, ao mesmo tempo, procurar descobrir como ele quereria que sua lei

82 HOFFMAN, Fernando. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. – São Paulo: LTr, 2003, p. 62.

fosse interpretada no momento de sua aplicação.”⁸³

Destarte, considerando a fundamentação crítica acima, por analogia à sistemática adotada para o adicional de periculosidade⁸⁴, entendemos, para todos os efeitos legais, que a base de cálculo do adicional de insalubridade dever ser o *salário contratual* do obreiro. Eis aí, portanto, com todo respeito merecido ao entendimento em sentido contrário, um exemplo de postura crítica por parte da magistratura trabalhista, preocupada com a transformação social, enfim, com a Justiça e a realização dos valores constitucionais, que pode surtir algum efeito na questão do respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Como é curial, o Direito do Trabalho oferece, sob o prisma individual ou coletivo, outras tantas situações que exigem dos Juizes do Trabalho uma postura voltada para a realização da justiça social, sendo importante, nesse contexto, a desmistificação de alguns dados da dogmática jurídica pura.

Hodiernamente, pode-se falar, sem medo de errar, que a efetividade dos *princípios* e valores constitucionais é a pedra de toque do ordenamento jurídico. Observa Ney José de Freitas, em sua dissertação de mestrado na PUC-PR, que “a virtualidade contida no interior dos princípios não tem sido utilizada na prática da ciência jurídica. Impera, sem dúvida, uma perspectiva dominada pela dogmática, com largos prejuízos para a evolução do direito.”⁸⁵ Como tendência, não temos dúvida ao afirmar que, hoje, muito mais do que ontem, a postura crítica da

83 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito do trabalho & direito processual do trabalho: novos rumos*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 48.

84 Artigo 193, § 2º, da CLT: “O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.”

85 FREITAS, Ney José. *Dispensa de empregado público e o princípio da motivação*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 44.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

hermenêutica jurídica e essa citada desmistificação da dogmática vêm se tornando, a cada dia, uma realidade, sobretudo após a constante disseminação da Teoria Crítica do Direito em congressos jurídicos, cursos de Especialização, Mestrado e Doutorado⁸⁶. É aguardar para ver...

4. A tendência à ampliação da competência material da Justiça do Trabalho

Outra tendência percebida nos últimos anos é a que se refere à questão da ampliação da competência material da Justiça do Trabalho⁸⁷. Na verdade, está havendo uma mudança de pensamento bastante radical, notadamente em alguns segmentos da classe política, o que inclui o governo federal, especialmente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, que atribuiu,

86 Extremamente importante a lição de *Uadi Lammêgo Bulos*: “O Brasil nunca precisou tanto dos seus juízes como agora.

A época que estamos vivendo não é de inspirar otimismo. A fome, a falta de escolas, a crise moral, a degradação da família. Em momentos dessa ordem, a esperança que nunca deserta da vida faz voltarem-se os olhos para a nova geração de magistrados brasileiros, porque só de sua energia e lucidez poderemos sacar o resgate de nossa sociedade.

Haverá razões que alimentem essa esperança?

Por um lado, não. Em um País de significativa inflação legislativa e de reformas inoportunas e despropositadas, como o Brasil, onde tudo é nivelado por baixo e o respeito ao homem é quase inexistente, os nossos legisladores ainda estão no período da *programaticidade* dos comandos constitucionais positivados. Fazem promessas, propõem programas de ação futura, erigem normas de eficácia contida ou limitada, sem fornecerem aos Poderes Públicos as condições para as cumprirem plenamente.

Mas, de outra parte, existem aqueles que, acima de sua condição econômica ou social, se entregam operosamente ao preparo profissional, superando com perseverança as notórias deficiências da Universidade que lhes é oferecida.

São esses juízes do terceiro milênio, que continuarão a desafiante proposta de explorar as potencialidades da Constituição, no intuito de mantê-la entre as regras vivas!” (“Decênio da Constituição de 1988”. *REPRO*, vol. 98, P. 322-323).

expressamente, à Justiça Trabalhista competência para executar, de ofício, as contribuições previdenciárias, bem como após a consolidação da jurisprudência no sentido da competência para a retenção do imposto de renda devido em relação aos valores pagos nas condenações judiciais, posto que tudo isso resultou em um aumento digno de nota na arrecadação da União⁸⁸, isso sem falar no custo da operação que é praticamente zero, já que, dentre outros fatores, não há a participação de nenhum ocupante específico do cargo de “Auditor Fiscal da Receita Federal”. É que, lembre-se, outrora se falava em *extinção* da Justiça do Trabalho⁸⁹, ao passo que hoje, ressalvadas algumas questões pontuais, fala-se em ampliação de sua competência material e, com efeito, de seu poder e prestígio social.

87 Como lembra *Fernando Américo Veiga Damasceno*, eminente Desembargador do Trabalho do TRT do Distrito Federal (10ª Região), “a Constituição Federal garante ‘o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer’”. Portanto, o trabalho não é privilégio daquele que o executa sob a forma de emprego. Não se pode admitir, como vem ocorrendo, que a Justiça do Trabalho só aprecie e julgue questões trabalhistas que envolvam relação empregatícia, deixando, para outro órgão especializado, as demais relações de trabalho. O Juiz do Trabalho é o juiz natural, por sua competência lógica e evidente, para conhecer de qualquer matéria que envolva trabalho. Por isso que a Justiça do Trabalho deve ter sua competência ampliada para solucionar lides que envolvam qualquer relação de trabalho, seja de que natureza for” (*Direito, Processo e Justiça do Trabalho – princípios e perspectivas*. São Paulo: Manole, 2002, p. 78).

88 Segundo informações do TST, a Justiça do Trabalho, no ano de 2003, arrecadou mais de 1 bilhão de Reais com Contribuição Previdenciária e Imposto de Renda. Para maiores informações, consulte-se o site oficial daquele Tribunal: www.tst.gov.br.

89 Ninguém sabe, ao certo, na eventualidade de vingar tal tese, se os atuais Juizes do Trabalho iriam para a Justiça Federal ou para Justiça Estadual. Contudo, uma coisa é perfeitamente clara: a tese da *exoneração* seria flagrantemente inconstitucional, mormente em consideração ao princípio da vitaliciedade dos membros da magistratura, que possui a dignidade de cláusula pétrea no direito pátrio (por força de interpretação extensiva do artigo 60, § 4º, da Lei Maior) e, portanto, é intocável pelo exercício do poder constituinte derivado.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

Atualmente, segundo a melhor doutrina⁹⁰, estando desde já ressalvadas as exceções legais⁹¹, a competência material da Justiça do Trabalho é determinada pela natureza da pretensão deduzida em juízo, bem como pelas qualidades ostentadas pelas partes no conflito intersubjetivo de interesses, quais sejam, de empregado e empregador, e não de simples cidadão comum. Assim, é necessário que os direitos e obrigações deduzidas nos autos tenham como fundamento, como fonte, o desrespeito às cláusulas explícitas e implícitas do contrato de emprego.⁹²

É comum nos manuais clássicos de Direito do Trabalho a lição de que a obrigação fundamental do empregado é prestar o labor, ao passo que a obrigação conseqüente e imediata do empregador é pagar o salário do obreiro. De fato, tal lição é verdadeira, contudo, com o devido respeito, traz uma visão parcial do complexo universo da relação de emprego, posto que, sobretudo nos dias atuais, em que houve um avanço considerável nos meios de comunicação e tecnologia, existem inúmeras obrigações das

90 Por todos: DALAZEN, João Oreste. *Competência material trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994.

91 Como, por exemplo, a previsão da Lei nº 8.984/95, que conferiu competência à Justiça Federal do Trabalho para “conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregador”. Outro exemplo pode ser encontrado na própria CLT, especificamente no artigo 652, inciso III, no sentido de que compete às Varas do Trabalho “conciliar e julgar os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice”.

92 Observe-se um exemplo jurisprudencial: “Competência. Dano moral. É competente a Justiça do Trabalho para apreciar e julgar ação de empregado contra empregador em que se postule indenização por dano moral ocorrido no âmbito do relacionamento empregatício e em decorrência dele, pois importa em descumprimento do pactuado o procedimento que cause constrangimento a uma das partes, colocando-a em situação vexatória ou equivalente, impossibilitando o prosseguimento do contrato, fundado sempre na confiança e no respeito mútuos.” (TRT - 2a. Reg. - RO-20010127431 - Ac. 20020063444 - 6a. T. - Rel: Juíza Sônia Aparecida Gindro - Fonte: DOESP, 01.03.2002).

partes, bem como direitos, nos momentos pré-contratual⁹³, contratual e pós-contratual⁹⁴, que necessitam, certamente, de uma boa compreensão para que se compreenda a real extensão da competência material trabalhista.

Cabanellas, em meados do século passado, fazia a seguinte enumeração geral das obrigações do empregador: 1) dar ocupação efetiva ao trabalhador, sempre que tal omissão implique prejuízo para sua formação e aperfeiçoamento profissional; 2) remunerar os serviços prestados e satisfazer pontualmente a contribuição convencional ou legal; 3) manter os locais e as máquinas em condições de serem utilizadas; 4) entregar ao trabalhador um certificado de trabalho no final de seu contrato, no qual constarão fatos e não apreciações; 5) respeitar a jornada legal de trabalho ou aquela que se houver convencionado, remunerando com os encargos estabelecidos as horas extraordinárias; 6) cobrir com sua responsabilidade os infortúnios de acidentes do trabalho e outras contingências sociais, na proporção a si atribuídas; 7) proporcionar ao trabalhador tudo que for necessário para a execução do trabalho convencionado; 8) proporcionar lugar seguro para o empregado guardar suas ferramentas pessoais e indenizá-lo

93 Ilustrativamente, preleciona o eminente Ministro do TST, *João Oreste Dalazen*: “Pode haver dano moral na fase pré-contratual, eis que há muitas situações de empresas que ainda no curso das *tratativas* para admissão lesam a honra do pretendente ao emprego *divulgando*, por exemplo, que a contratação *não* se deu porque o (a) candidato (a) é cleptomaniaco, homossexual, prostituta, aidético, etc. O dano à imagem e à intimidade pode decorrer, inclusive, da eventual publicidade que se dê a laudos e pareceres obtidos na *avaliação* de candidatos a emprego por meio da aplicação de testes psicológicos e entrevistas” (“Aspectos do dano moral trabalhista”. *Revista LTr*, Vol. 64, nº 01, janeiro de 2000, p. 8).

94 Consoante ensina *Enoque Ribeiro dos Santos*, “Pode acontecer, também, que o Dano Moral Trabalhista recaia sobre a pessoa do empregador. Se o obreiro por algum motivo ou desapontamento, logo após a extinção do contrato de trabalho, como às vezes ocorre, sair assacando falsas ou infundadas acusações, que tismem a moral, a dignidade, a boa fama e a reputação do ex-empregador, terá praticado um ilícito caracterizado pelo Dano Moral contra o empregador” (*O dano moral na dispensa do empregado*. – 3ª ed. rev. e ampl.. – São Paulo: LTr, 2002, p. 143).

em caso de danos e perdas; 9) autorizar ao trabalhador cumprir seus deveres familiares em caso de doenças graves, óbito ou acidente de algum parente próximo, bem como facilitar-lhe o cumprimento dos deveres cívicos; 10) tratar o trabalhador com respeito; 11) não se imiscuir no regime sindical, nem pressionar o trabalhador a retirar-se de quaisquer organizações ou fomentar a discórdia entre eles; 12) abster-se de propaganda política junto aos trabalhadores, no interior da empresa ou fora dela; 13) abster-se de influir negativamente para que o trabalhador consiga emprego com outro patrão; 14) não vender produtos a seus trabalhadores, com exceção daqueles fabricados no seu estabelecimento, e estes, a preço de custo; 15) não se apresentar no estabelecimento embriagado ou sob efeito de tóxicos; 16) abster-se de exigir de seus trabalhadores e tampouco aceitar deles somas em dinheiro ou benesses para a admissão ao trabalho ou qualquer outra finalidade relacionada com o trabalho; 17) reembolsar despesas do trabalhador ocasionadas em função do trabalho; 18) dar exato cumprimento às leis e normas laborais; 19) velar para que os trabalhadores consigam sua elevação moral; 20) manter sob responsabilidade os documentos que por lei o trabalhador tenha de entregar-lhe; 21) utilizar o idioma oficial em todas as relações com os trabalhadores ou seus dependentes.⁹⁵

Para o mesmo autor, as obrigações do empregados seriam as seguintes: 1) diligência no trabalho; 2) colaborar com a produção e a unidade econômica; 3) aplicar no trabalho solicitado o melhor de sua capacidade profissional; 4) cumprir ordens e respeitar os acordos celebrados; 5) manter fidelidade à empresa empregadora; 6) manter boa conduta moral dentro e fora do estabelecimento, principalmente nos relacionamentos decorrentes do trabalho; 7) colaborar com os colegas de trabalho, com a finalidade de melhor proveito da produção; 8) abster-se de receber, por motivo de trabalho, benesses de terceiros estranhos à empresa; 9) agir com diligência e

95 CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de derecho Del trabajo*, Tomo II. Buenos Aires: El Gráfico, 1949, p. 406-407.

assiduidade, respeitando horário e local de trabalho; 10) respeitar o regulamento interno; 11) cumprir ordens do empregador e de seus prepostos no que se refere ao trabalho; 12) observar e cumprir as normas de higiene e segurança do trabalho; 13) prestar ajuda e socorro em caso de acidente ou de risco iminente, tanto em relação a pessoas, colegas de trabalho, bem como aos bens da empresa; 14) observar a fidelidade ao empregador, mantendo sigilo quanto a segredos técnicos ou de negócio, durante ou após o término da relação de trabalho; 15) respeitar a moral e os bons costumes; 16) não fazer concorrência ou colaborar com os concorrentes do empregador; 17) não arrecadar fundos no local de trabalho, salvo com autorização do empregador; 18) abster-se de propaganda ou proselitismo no local de trabalho; 19) não se apresentar ao trabalho sob o efeito de embriaguez alcoólica ou do uso de drogas.⁹⁶

Deste modo, amparados por uma ou mais dessas citadas cláusulas, é natural que a *qualidade* que as partes ostentam na demanda são de empregado e empregador, ou seja, estão ali, atuando no “processo”, enquanto tais, e não na condição de simples vendedor, consumidor, criminoso, representante comercial, locatário, parceiro, arrendatário, etc. É imperioso destacar que, como o vínculo empregatício possui *natureza complexa*, onde ele é o contrato principal e, ao seu redor, existem outros tantos contratos acessórios, pode ocorrer, ilustrativamente, que o empregado venha a juízo reivindicar um bem móvel seu que o empregador reteve indevidamente ao final da relação. Entretanto, o que deve ser notado no caso é que o litígio tem origem exatamente no descumprimento de uma das cláusulas do contrato empregatício que é a obrigação do empregador de zelar e proteger o patrimônio do empregado. Trata-se, portanto, de uma relação trabalhista, onde o direito de propriedade, estudado preponderantemente pelo Direito Civil, tem apenas um caráter acessório em relação à citada obrigação trabalhista. O mesmo ocorre com a reintegração de

96 CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de derecho Del trabajo*, Tomo II. Buenos Aires: El Gráfico, 1949, p. 412-413.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

posse. Se a ocupação do imóvel fazia parte do contrato de emprego⁹⁷, enquanto salário utilidade, por exemplo, é natural que as questões relacionadas à desocupação do mesmo seja solucionadas pela Justiça do Trabalho, posto que as partes ostentam, no caso, as qualidades de empregado e empregador, e não de locatário e locador.⁹⁸ Além do mais, nos dois ilustrados casos, “a devolução do bem móvel ou imóvel não eximiria o réu de indenização por perdas e danos, porventura pedidos em razão da retenção ilícita, que seriam apurados em liquidação de sentença.”⁹⁹

É interessante notar que a aferição em juízo da competência material trabalhista é feita no plano lógico e abstrato, *prima facie* e *in statu assertionis*, ou seja, de acordo com as meras alegações deduzidas pelo autor *na petição inicial*. É a chamada reelaborada teoria abstrata do direito de agir. Assim, basta o demandante afirmar que prestou serviços na qualidade de empregado¹⁰⁰ para que esteja satisfeita a apreciação da matéria pela Justiça do Trabalho, devendo a abordagem ocorrer em outro momento mais adiante que é o exame efetivo do *mérito*.

Portanto, fácil é perceber que a temática relacionada à competência material não passa de uma *questão processual*, que, no processo trabalhista, *não* é o objeto principal da

97 A propósito, vale lembrar que a Lei n° 5.889/73, que regulamenta, de forma específica, os direitos e obrigações do trabalhador rural, em seu § 3º do artigo 9º, estabelece que “rescindido ou findo o contrato de trabalho, o empregado será obrigado a desocupar a casa dentro de trinta dias”.

98 Acompanhe um exemplo jurisprudencial: “Competência da Justiça do Trabalho. Reintegração de posse. Competente é esta Justiça Especializada para dirimir a demanda, eis que a posse do imóvel foi fruto do contrato de trabalho mantido entre as partes e que se extinguiu com a morte do empregado. Recurso provido.” (TRT - 6a. Reg. - RO-10194/93 - Ac.2a.T. - Rel: Juiz Newton Gibson - j. em 11.05.94 - Fonte: DOEPE, 29.06.94)

99 ALMEIDA, Isis de. “Ação de reintegração de posse”. *Compêndio de direito processual do trabalho / Alice Monteiro de Barros, coordenadora.* – 3ª ed. – São Paulo: LTr, 2002, p. 814.

atividade cognitiva do Juiz, mas, questão preliminar e necessária para que se chegue no exame da questão principal, que é a efetiva existência (ou não) de relação de emprego no caso concreto. Entender-se o contrário, como geralmente querem os reclamados que vêm a juízo, é tornar a questão da competência como sendo matéria de *mérito* e não como *pressuposto processual*, como lhe é inerente.¹⁰¹

Para corroborar essa tese, devemos ainda

100 Em outras palavras, a prestação *personalíssima* de serviços com *habitualidade* e pelo menos a perspectiva de *recebimento de salário*, bem como *de forma subordinada* em relação ao tomador da força de trabalho. Na doutrina, preleciona Amauri Mascaro Nascimento que, tecnicamente, o empregado “*é a pessoa física que com ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não-eventual para outrem, de quem recebe salário*” (*Curso de direito do trabalho*. – 17ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001, p. 410). É importante salientar que já surgem vezes autorizadas alegando que o “*ânimo de emprego*”, isto é, a vontade e a consciência de celebração de um contrato empregatício, a rigor, não faz parte da definição de empregado, justamente porque muitas vezes o obreiro está inserido em uma relação de emprego sem sequer saber da sua existência, de forma que, sendo assim, a sua vontade específica não faz parte do núcleo do vínculo. A propósito, observe a lição de Eduardo Milléo Baracat, eminente Professor e Juiz do Trabalho da 9ª Região (PR), em sua tese de doutorado na UFPR: “A falta de liberdade do trabalhador ao celebrar um contato de trabalho, atualmente, não decorre de seu aprisionamento físico, mas de um ‘aprisionamento social’. Ao contrário do escravo, o trabalhador, via de regra, não está enclausurado em determinado espaço físico, mas não dispõe de opções para celebrar contratos de trabalho. Se lhe surge a oportunidade de trabalho, não lhe é dada a opção de dizer ‘não aceito esta ou aquela condição’, exceto, repita-se, no caso de altos empregados. O desemprego estrutural no Brasil demonstra que a oferta de empregos é infinitamente menor que a quantidade de trabalhadores desempregados. O excesso de contingente de trabalhadores e, conseqüentemente, o desemprego, é uma característica do capitalismo, de modo que a liberdade e a vontade real do trabalhador não existem quando da contratação do trabalhador dentro deste sistema. É vazio, e não passa de mera retórica, o argumento de que a liberdade e, por conseguinte, a vontade do trabalhador consistem na possibilidade da livre escolha de emprego, sendo, portanto, descolado da realidade social” (*A boa-fé no direito individual do trabalho*. – São Paulo: LTr, 2003, p. 114).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

observar a lição de *Isis de Almeida* no sentido de que “não importa que o tomador de serviços de um trabalhador considere-o autônomo ou avulso, alegando, inclusive, essa condição, na defesa. Do momento em que são reclamados direitos trabalhistas, oriundos de uma relação empregatícia, é indiscutível a competência da Justiça do Trabalho para a questão.”¹⁰²

Muito bem. Compreende-se até aqui, com base

101 Outra não é a lição de *Jorge Pinheiro Castelo*, em sua dissertação de mestrado na USP: “Obviamente, na ação trabalhista, a aferição da existência do vínculo empregatício, com a finalidade específica de se apurar a competência da Justiça do Trabalho, deve ser feita abstratamente, ou seja, à vista da afirmação (*in statu assertionis*) feita pela demanda da existência da relação de emprego, independentemente, pois, da sua efetiva existência.”

“O contrato de trabalho é, por conseguinte, o dado objetivo através do qual a lei estabelece a relação de adequação legítima entre o processo trabalhista e o órgão jurisdicional especializado. Em outras palavras, o contrato de trabalho é o dado objetivo através do qual a lei fixa a competência da Justiça do Trabalho.”

“E a análise do contrato de trabalho como dado objetivo que serve para estabelecer a competência da Justiça do Trabalho, deve ser feita no plano lógico, abstrato e externo, sob pena de não ser apreciado como pressuposto de desenvolvimento válido da relação processual, mas sim, como mérito da causa.”

“É forçoso que assim proceda, porquanto a resolução acerca da competência material (absoluta) deve ser a primeira da ordem de questões que o juiz enfrentará no processo.”

“Logo, o exame da matéria preliminar referente à competência material deve ser feito à vista do que se afirmou na exordial, já que sendo a primeira questão a ser solucionada, não poderá ficar subordinada à resolução de outra questão.”

“Não é lícito ao juiz, antes de decidir preliminarmente a competência material, aventurar-se no exame da questão relativa à veracidade dos termos em que se formulou o pedido.”

“Não pode o julgador solucionar o problema da competência material à luz da solução que lhe pareça correta para a questão de mérito, ou seja, não pode o juiz solucionar o problema da competência à luz da solução que lhe pareça correta para a questão da efetiva existência da relação de emprego só é examinável após ser ultrapassada a questão da competência” (*O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo* – 2ª ed. – São Paulo: LTr, 1996, p. 325-326).

nos inúmeros direitos e obrigações decorrentes da relação de emprego, o quanto é vasta a competência material da Justiça do Trabalho, contudo, entendemos que esta é ainda *insuficiente* para que se consiga, com sucesso, realizar um projeto de utilização do Direito do Trabalho como um instrumento de realização da Justiça Social neste país.¹⁰³ É preciso *ampliá-la*, notadamente em questões pontuais que serão a seguir relatadas, para que a Justiça Federal do Trabalho cumpra, com mais precisão e qualidade, o seu mister constitucional. É bom que já se diga que, com a ampliação da competência material, inegavelmente deve haver um proporcional aumento na estrutura desse ramo do Poder Judiciário, mormente com uma maior participação no orçamento para que haja investimentos nas áreas de contratação de pessoal, bem como na parte física e organizacional.

A primeira questão é aquela relativa à ampliação da competência material trabalhista para a apreciação e julgamento de *todas as demandas decorrentes das relações de trabalho, incluídos aqui*

102 ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho* – 10ª ed. atual. e ampl. – São Paulo: LTr, 2002, p. 226.

103 “A consciência social do direito do trabalho não é uma visão que possa se limitar a aspectos teóricos. Por partir de preceitos éticos, o direito do trabalho como instrumento de justiça social, cuja construção se baseia na fúria daqueles que não mais suportam conviver com a injustiça (e com a insegurança urbana que dela decorre), exige, necessariamente, que se atinja à realidade.”

“O desafio, portanto, é o de transportar estas idéias, que, em verdade, se encontram no ideal de justiça de todo ser humano, do plano teórico para a realidade; o que nem sempre é tarefa fácil, pois como acentua Humberto Theodoro Júnior, ‘é sem dúvida muito mais cômodo seguir antigos padrões, estabelecidos de longa data na praxe forense e nos manuais de doutrina, do que repensar soluções para os quase sempre complicados problemas da interpretação evolutiva das normas legais.’”

“A aplicação, em concreto, desses postulados pode gerar vários efeitos distintos daqueles que vem sendo produzidos pelo direito do trabalho que foi construído a partir da predominância da consciência econômica” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “A fúria”. *Revista LTr*, Vol. 66, nº 11, novembro de 2002, p.1301).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

os servidores públicos em sentido restritivo. Ora, se a Justiça do Trabalho é o ramo do Poder Judiciário especializado em relações trabalhistas, não existe razão lógica para se excluir de sua competência tais relações de trabalho. Deste modo, questões que atualmente são apreciadas e julgadas pela Justiça Comum, como os contratos de empreitada, representação comercial, corretores, parceria, etc., passariam a fazer parte do leque de competência da Justiça do Trabalho. Aliás, neste particular, a matéria é praticamente pacífica na reforma constitucional do Poder Judiciário, inclusive com apoio da própria Justiça Estadual.

A temática torna-se controversa quando se refere ao deslocamento das questões envolvendo servidores públicos (em sentido restrito) para a Justiça do Trabalho. Inegavelmente, sob a ótica dos servidores públicos, ora jurisdicionados, com o devido respeito ao entendimento contrário, a torcida é que, de fato, tal deslocamento ocorra, posto que os Juízes do Trabalho, em sua grande maioria, possuem uma visão sociológica mais apurada de que os demais colegas dos outros ramos do Poder Judiciário. Mas essa nossa afirmação não é, em absoluto, um afrontamento a esses demais ramos do Poder Judiciário. Nada disso. A razão da afirmativa é muito simples: a Justiça do Trabalho – e, conseqüentemente, os seus Juízes – tem como pressuposto, está no seu âmago, nas suas raízes históricas, a realização da Justiça Social. Essa foi a gênese, inclusive, do Direito do Trabalho, que lhe dá sustentáculo. Naturalmente, por tal fato, com medo de eventuais condenações, esse mencionado deslocamento de competência, segundo pensamos, encontrará barreiras no próprio Governo Federal, bem como, aqui por uma questão de poder e prestígio social, na Justiça Federal Comum. Nada obstante, esperamos que isso não venha a ocorrer e, com efeito, passe a Justiça do Trabalho a apreciar e julgar as questões envolvendo os servidores públicos, que não deixa de ser uma relação de trabalho, onde é o seu devido lugar.

Na verdade, é até bom que se diga, não existe dispositivo constitucional que assegure à Justiça Federal a competência para apreciar e julgar demandas envolvendo servidores públicos em sentido restritivo. Antes, pelo contrário, o artigo 114 da Carta Magna possui extensão suficiente para atribuí-la à Justiça do Trabalho. Com todo respeito, a interpretação vencedora no STF não deixa dúvidas que o critério foi eminentemente político e não, como deveria ser, jurídico, deixando a Justiça do Trabalho, por consequência, ao longo destes quase 14 anos de vigência da Carta Magna, com uma lacuna institucional, a nosso ver, imperdoável. É interessante, a propósito, observar a lição, e ao mesmo tempo o desabafo, de *João de Lima Teixeira Filho*:

“Com o advento da Constituição de 1988, a Justiça do Trabalho tornou-se competente para conhecer e julgar reclamações movidas por servidores públicos civis contra a administração pública direta, autárquica e fundacional. É improsperável a interpretação *literal* no sentido de que servidor não é ‘trabalhador’. Essa expressão é *gênero*, de que são espécies o empregado, o servidor, o trabalhador avulso etc. Acresce que a Lei n. 8.212/90 (art. 240, alínea e) *declarou* o Judiciário Trabalhista competente, uma vez que o litígio decorre da ‘relação de trabalho’ e não de relação de emprego. Esta última não comporta o vínculo do servidor com a Administração. Aquela, sim.

Ademais, convém recordar que a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar ações propostas por servidores

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

públicos resultava anteriormente de clara previsão constitucional:

‘Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive *autarquias e empresas públicas federais*, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os *juízos federais*, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos’ (art. 110 da CF anterior – grifamos).

Tratava-se de norma expressa a excepcionar a competência da Justiça do trabalho em razão da matéria, deslocando-a, em razão da pessoa, para a Justiça Federal. Ora, como é sabido, competência não se presume: há que restar explícita. Por isso, a competência para processar ações de servidores civis era, na vigência da Constituição anterior, da Justiça Federal. E agora?

O texto do art. 114 da Constituição em momento algum enseja conclusão de que a Justiça do Trabalho é incompetente para decidir tais ações. Ao contrário, sujeita à sua jurisdição até mesmo pessoas que anteriormente acarretavam o deslocamento do feito para Justiça Federal, pois não houve a repetição de dispositivo similar ao art. 110 da CF anterior. No art. 109, I, a vigente Constituição atribui à Justiça Federal

competência para julgar ‘as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, *exceto* as de falência, as de acidentes de trabalho e *as sujeitas* à Justiça Eleitoral e à *Justiça do Trabalho*’ (grifamos).

E quais seriam as causas em que aquelas pessoas jurídicas estariam ‘sujeitas (...) à Justiça do Trabalho’? Evidentemente que não seriam as ações de desapropriação ou executivos fiscais, por exemplo... Tais ações só podem concernir a ‘controvérsias decorrentes da relação de trabalho’, isto é, às questões que em *razão da matéria* a Justiça do Trabalho é competente. Afinal, essa especialização é sua razão de ser.

Imaginávamos que, num primeiro momento, os tribunais se comportariam como se nada, no particular, houvesse mudado. A noção sociológica de *resistência à mudança* explicaria isso. Com o passar do tempo, todavia o contraste constitucional seria notado, especialmente quando direitos sociais comuns a empregados e servidores (art. 39, § 2º, da CF em sua redação original) corressem o grave risco de ser aplicados de forma antagônica, se admitido o seccionamento da competência *ex ratione materiae* da Justiça do Trabalho. Erramos o prognóstico.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

Apreciando ação direta de inconstitucionalidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria de votos, que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar dissídios individuais e coletivos propostos por servidores públicos. Em consequência, declarou a inconstitucionalidade do art. 240, alínea e, da Lei n. 8.212/90 (Processo ADIn 492-I-DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12.3.93).¹⁰⁴

A segunda questão refere-se à ampliação da competência material trabalhista em *matéria previdenciária*. Atualmente, a Justiça do Trabalho possui competência para executar, inclusive de ofício, as contribuições previdenciárias relativas às sentenças e acórdãos que proferir, o que inclui as decisões homologatórias de acordos judiciais¹⁰⁵. Contudo, é relevante que logo se diga, a competência, cuja ampliação é pretendida, refere-se aos casos em que a localidade ou Comarca não seja servida por uma Vara da Justiça Federal. Trata-se de competência *residual*, portanto. O fundamento seria o fato de facilitar o acesso da população mais humilde ao Poder Judiciário,

104 TEIXEIRA FILHO, João de Lima e outros. *Instituições de direito do trabalho*. – 19ª ed. atual. – São Paulo: LTr, 2000, Vol. II, p. 1293-1295.

105 Acompanhe-se um exemplo jurisprudencial: “Contribuições previdenciárias oriundas de sentenças trabalhistas. Cobrança. Artigo 114, parágrafo terceiro, da Constituição Federal de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98. Hipótese em que a inclusão do parágrafo terceiro no artigo 114 da Constituição Federal de 1988, ampliou a competência da Justiça do Trabalho para promover, ex officio, a execução das contribuições sociais decorrentes das suas sentenças, restando dispensada a notificação ao devedor, com o escopo de, após o lançamento, formalizar o crédito fiscal, com a consequente inscrição em dívida ativa. Agravo de petição a que se dá provimento.” (TRT - 4a. Reg. - AP-50010.941/00-2 - JCJ de Camaquã - Ac. unân - 6a. T. - Rel: Juíza Flávia Lorena Pacheco - j. em 07.12.2000 - Fonte: DJRS, 08.01.2001)

que, neste particular, via de regra, procuram a concessão de sua aposentadoria ou outros benefícios previdenciários. Não custa lembrar que o Direito do Trabalho possui forte ligação, inclusive ideológica, com o Direito Previdenciário. No entanto, a par de tudo isso, é preciso chamar a atenção para o fato de que o cumprimento efetivo da tutela dos direitos fundamentais do segurado e a garantia do pleno exercício da cidadania dependem, neste caso, de um fortalecimento da estrutura material e pessoal¹⁰⁶ da Justiça do Trabalho, sob pena dessa competência residual previdenciária não surtir nenhum efeito prático. Por fim, deve-se registrar que, no particular, tal tendência não é pacífica entre os segmentos políticos e judiciários que discutem a ampliação da competência trabalhista na reforma constitucional que se aproxima.

A terceira questão refere-se à ampliação da competência material da Justiça do Trabalho para a apreciação e julgamento das *infrações penais praticadas contra a organização do trabalho e contra a administração da Justiça*, quando afetos à sua jurisdição. Inicialmente, no contexto atual, é incompreensível o fato de que somente a Justiça do Trabalho não possui competência criminal na organização judiciária brasileira. Com todo respeito, tal

106 Segundo *Fernando Américo Veiga Damasceno*, “necessita-se ampliar, de forma racional, os quadros de magistratura de primeiro e segundo graus, a fim de que cada juiz tenha a seu cargo um número de processos anuais que possam ser julgados com presteza e com boa qualidade. Para uma melhor prestação jurisdicional, é mister que o corpo de magistrados seja permanentemente atualizado e aperfeiçoado. Convém salientar que a subtração das lides trabalhistas da Justiça Comum decorre de sua complexidade, de sua sutileza, em face da alta dosagem social de que são dotados os conflitos, o que exige juízes muito ágeis, sensíveis e mais dispostos a abandonar as formas normais de garantia para buscar um modo especial de justiça, que dê satisfação ao grave problema que se lhes é proposto. A especialização do juiz resulta, nesse caso, numa exigência imposta pela natureza mesma do conflito que é necessário resolver. Conseqüência dessa fórmula é a ampla margem de equidade, porque o Juiz do Trabalho atua freqüentemente com uma espécie de carta branca dada pelo legislador” (*Direito, Processo e Justiça do Trabalho – princípios e perspectivas*. São Paulo: Manole, 2002, p. 76).

ponto é um dos argumentos para que exista um certo *preconceito* para com este ramo do Poder Judiciário¹⁰⁷. Além do mais, o competente Ministério Público do Trabalho, por estar mais afeto às questões trabalhistas, com o devido respeito ao entendimento oposto, possui mais condições de apurar tais delitos do que o Ministério Público Federal que se ocupa com as mais diversas questões e distante do enfoque social que conduz a tais condutas ilícitas repugnáveis. É evidente que, aqui, a especialização do órgão acusador está em direção aos interesses da sociedade, de um país sério, que tem interesse, de fato, no fiel cumprimento dos direitos sociais.

107 É evidente que tal “preconceito” cai por terra quando se começa a aprofundar o universo trabalhista. De fato, em primeiro lugar, aqueles que não são da área, talvez por ignorância, não compreendem a verdadeira extensão do Direito do Trabalho, seja pela ótica individual ou coletiva. Possuem, assim, uma visão bastante limitada acerca da matéria e, por isso, pensam que a vida do Juiz do Trabalho seja apenas a apreciação e julgamento de pedidos de pagamento de horas extras e 13º salário. Em segundo lugar, deve-se observar que a Justiça do Trabalho prega, incondicionalmente, a realização dos valores sociais inseridos na Constituição Federal, bem como, indiretamente, a justa distribuição das riquezas. Sendo assim, tanto o humilde devedor quanto um grande conglomerado econômico, não cumprindo os direitos trabalhistas dos seus respectivos empregados, certamente sofrerão, do mesmo jeito, uma condenação na Justiça do Trabalho. Isso deve ser motivo de orgulho para os membros desse ramo do Judiciário, pois, com o devido respeito, nem sempre isso ocorre em outros segmentos da função jurisdicional. É voz corrente entre os populares, por exemplo, que quem é afortunado, possui dinheiro, patrimônio financeiro, porém também é criminoso, não vai para a cadeia. Esta somente estaria reservada aos infratores de baixa renda. Infelizmente, isso vinha ocorrendo com bastante frequência, pois poucos são os casos de prisão efetiva e que sirva de lição para toda a sociedade, podendo-se citar o exemplo dos anões do orçamento que até hoje estão soltos... Naturalmente que, aqui, neste último caso, não se está discutindo o critério técnico adotado para conferir liberdade aos parlamentares envolvidos, trata-se de uma análise sob o prisma da Sociologia do Direito, isto é, dos reflexos de situações como estas no bojo da sociedade. Em terceiro lugar, a Justiça do Trabalho possui uma produtividade (notadamente relacionada ao número de julgamentos) que dispensa comentários, bem como possui um potencial arrecadador digno de nota.

Como se sabe, atualmente, tal competência se insere no rol da competência criminal da Justiça Federal, de modo que se pretende o deslocamento para a Justiça Trabalhista seja por afinidade (os ilícitos contra a organização do trabalho) ou por interesse judiciário (ilícitos contra a administração da Justiça do Trabalho). Cabe notar que, em alguns países da Europa, como Portugal, os Juizes do Trabalho, em experiência de sucesso, possuem tais competências pleiteadas. Ora, com isso, segundo relatório da própria AMB, abre-se caminho à paz social no ambiente de trabalho pela certeza de inibição de tais condutas, já que a agilidade no conhecimento e julgamento das ações penais impedirá a prescrição que tem inibido o curso ou mesmo a execução de sentenças prolatadas na Justiça Federal, devido a demora para provocação do referido ramo do Judiciário, tanto mais porque distante das lides trabalhistas e incapaz de responder às necessidades de urgente repressão no campo das relações capital-trabalho, que repercutem diretamente no bom desenrolar das atividades econômicas necessárias ao desenvolvimento do País, e ainda no respeito à integridade da prestação jurisdicional própria da Justiça do Trabalho. À guisa de arremate, deve-se perceber que não constitui nenhuma novidade o fato de que ramos especializados tenham competência criminal relativamente aos fatos ocorridos no âmbito de sua atuação principal, como é o caso da Justiça Eleitoral.

A quarta questão está relacionada à ampliação da competência material trabalhista para a apreciação e julgamento da demandas relativas aos *acidentes de trabalho, doença profissional, e de adequação para o resguardo da saúde e da segurança do trabalhador*. A questão, inicialmente, deve ser posta em seus devidos termos. Com relação a acidentes de trabalho e doença profissional, deve-se registrar que, atualmente, quando se tratar de demandas relacionadas à responsabilidade *objetiva* do INSS, indiscutivelmente, a competência material é da Justiça Comum

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

Estadual.¹⁰⁸ Trata-se de interpretação extraída do artigo 109 da Constituição Federal, que, fixando a competência da Justiça Federal para as causas de que façam parte a União, suas Empresas Públicas e Autarquias, fez ressalva expressa aos feitos relativos a acidente de trabalho e aos sujeitos à competência da Justiça do Trabalho. No entanto, quando se trata de demanda envolvendo a responsabilidade *subjéctiva* do empregador no acidente sofrido pelo empregado ou contração de doença profissional, envolvendo, deste modo, a discussão acerca da existência de dolo ou culpa daquele¹⁰⁹, existe um entendimento praticamente majoritário no âmbito da Justiça do trabalho de que esta é materialmente competente para apreciar e julgar o feito, justamente por estar sendo questionado o descumprimento de uma das cláusulas mais importantes do contrato de emprego por parte do patrão, que é a obrigação de proporcionar um ambiente de trabalho seguro e saudável ao

108 É interessante observar o seguinte exemplo jurisprudencial: “Ação de indenização por danos morais ou materiais decorrentes de acidente do trabalho - Competência da Justiça do Trabalho. É de se distinguir as denominadas ‘causas acidentárias’, quando o trabalhador, na qualidade de “segurado obrigatório” vindica do órgão segurador (INSS) direitos previstos na Lei n. 6.367/76, das “causas trabalhistas” em que o trabalhador, na qualidade de “empregado” vindica de seu empregador uma indenização por dano moral ou material em razão de sua participação culposa ou dolosa no acidente do trabalho ocorrido. Tal distinção está clara e evidenciada na Súmula n. 229, do STF. As primeiras são de competência da Justiça Estadual (art. 109, I, da Constituição Federal), pois retratam litígios envolvendo ‘segurado’ e ‘segurador’, enquanto que as últimas são de competência da Justiça do Trabalho (art. 114, da Constituição Federal), na medida em que configuram dissídios entre empregados e empregadores, por fatos decorrentes da vinculação empregaticia.” (TRT - 24a. Reg. - RO-1668/2000 - 1a. Vara do Trabalho de Campo Grande - Ac. 760/2001 - unân. - TP - Rel: Juiz Amaury Rodrigues Pinto Junior - j. em 15.03.2001 - Fonte: DJMS, 18.04.2001)

109 Observe-se que o artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988, incluiu no rol de direitos dos trabalhadores o “seguro contra acidente do trabalho, a cargo do empregador, *sem excluir a indenização a que está obrigado, em caso de dolo ou culpa*”. Assim, a natureza de direito trabalhista dessa última indenização por acidente de trabalho, ou seja, em caso de dolo ou culpa do empregado, ficou isenta de dúvidas.

obreiro.¹¹⁰

Sebastião Geraldo de Oliveira, eminente Desembargador do Trabalho na 3ª Região (MG) e especialista na temática acerca da saúde do trabalhador, em sua dissertação de mestrado na UFMG, preleciona que:

“Os danos sofridos pelo empregado, provenientes dos acidentes do trabalho, estão diretamente relacionados à execução do contrato de trabalho, mormente porque a culpa do empregador, nessa hipótese, quase sempre resulta da não-observância das normas regulamentares de segurança, higiene e saúde no ambiente

110 Destaque-se uma excelente ementa do C. TST: “Competência da justiça do trabalho. Indenização por danos materiais decorrentes de acidente de trabalho. Assinala-se ser pacífica a jurisprudência desta Corte sobre a competência do Judiciário Trabalhista para conhecer e julgar ações em que se discute a reparação de dano moral praticado pelo empregador em razão do contrato de trabalho. Como o dano moral não se distingue ontologicamente do dano patrimonial, pois em ambos se verifica o mesmo pressuposto de ato patronal infringente de disposição legal, é forçosa a ilação de caber também a esta Justiça dirimir controvérsias oriundas de dano material proveniente da execução do contrato de emprego. Nesse particular, não é demais enfatizar o erro de percepção ao se sustentar a tese da incompetência material desta Justiça com remissão ao artigo 109, inciso I, da Constituição. Isso porque não se discute ser da Justiça Federal Comum a competência para julgar as ações acidentárias, nas quais a lide se resume na concessão de benefício previdenciário perante o órgão de previdência oficial. Ao contrário, a discussão remonta ao disposto no artigo 7º, XXVIII, da Constituição, em que, ao lado do seguro contra acidentes do trabalho, o constituinte estabeleceu direito à indenização civil deles oriundos, contanto que houvesse dolo ou culpa do empregador. Vale dizer que são duas ações distintas, uma de conteúdo nitidamente previdenciário, em que concorrem as Justiças Federal e Comum, e outra de conteúdo trabalhista, reparatória do dano material, em que é excludente a competência desta Justiça diante da prodigalidade da norma contida no artigo 114 da Constituição Federal.” (TST - RR-620720/2000 - 18a. Reg. - Ac. maioria - 4a. T. - Rel: Min. Antônio José de Barros Levenhagen - j. em 27.09.2000 - Fonte: DJU I, 29.06.2001, pág. 836)

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

de trabalho previstas na legislação trabalhista”.

E Conclui:

“Logo, a conclusão inarredável é que, após a Constituição da República de 1988, os litígios referentes às indenizações por danos materiais e/ou danos morais postuladas pelo acidentado, provenientes de acidente do trabalho em que o empregador tenha participado com dolo ou culpa, devem ser apreciados pela Justiça do Trabalho.”¹¹¹

Idêntico raciocínio é aplicável ao cumprimento das normas que estabelecem adequação para o resguardo da saúde e da segurança do trabalhador. Contudo, discussões à parte, é certo que a tendência moderna é, de fato, a atribuição expressa à Justiça do Trabalho para apreciação e julgamento de tais matérias.

A quinta questão está relacionada à tendência de ampliação da competência material da Justiça do Trabalho para a execução, de ofício, das multas por infração a legislação trabalhista, tal como reconhecida em sentença ou acórdão que proferir. Assim, constatada a irregularidade trabalhista na instrução do feito, o magistrado aplicaria, sem necessidade de prévia provocação, a multa que o capítulo da CLT ou legislação extravagante fixar. Cotidianamente, a Justiça do trabalho confronta-se com a inobservância de preceitos trabalhistas que, embora cominados com multas, exigem representação à Delegacia do Trabalho, por ofício, quando poderia o próprio Juiz do Trabalho definir e executar penas decorrentes da inobservância geral dos comandos

111 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. – 4ª ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 277 e 279, respectivamente.

previstos na CLT e normas extravagantes trabalhistas, aliás, como já ocorre com as contribuições previdenciárias e o imposto de renda.

Sabe-se, no contexto atual, que, a despeito da reconhecida competência e dedicação, os eminentes Auditores Fiscais do Trabalho deste país são insuficientes para fiscalização e, quando é o caso, punição, dos empregadores.¹¹² Assim, a atividade *preventiva* ou *inibitória* com relação à repetição de práticas empresariais que atentem contra a legislação social, em razão do ínfimo número destes profissionais em relação ao número de empregadores, resta consideravelmente prejudicada. É uma pena, pois é forçoso reconhecer que “A inspeção do trabalho é atividade da maior importância, já que o Estado, por seu intermédio, assegura o cumprimento das leis de proteção ao trabalhador. Eficácia da lei e ação fiscalizadora são componentes que guardam entre si estreita relação de causalidade, objetivando garantir a realização do direito perante seu destinatário: o empregado. Cremos, por isso, que quão mais desenvolvida for a cidadania, a consciência e o apreço pela ordem jurídica, menos reclamada será a presença da inspeção do trabalho. E vice-versa. Essa é a correlação.

112 Uma outra área que, aparentemente, também não é prioridade do governo, já que não gera arrecadação, antes pelo contrário, requer investimento, é a questão da preservação ambiental. “É mais fácil avistar um mico-leão-dourado do que um fiscal do Ibama nos parques do país. Com quase 54 milhões de hectares protegidos por lei, em 250 reservas federais, o órgão de controle do ministério do Meio Ambiente conta com 1483 agentes. Cada um tem para vigiar uma área de 36400 hectares, o tamanho de Belo Horizonte, mas em regiões de florestas, montanhas ou desfiladeiros. Isso cria um paradoxo. Ao mesmo tempo que o país se destaca como um dos que mais criam reservas, é também considerado um dos que menos cuidam desse patrimônio. Boa parte das queimadas que todos os anos se repetem no Parque Nacional do Caparaó, na divisa de Minas Gerais com o Espírito Santo, e no da Chapada dos Veadeiros, em Goiás, poderia ser evitada se houvesse mais fiscalização. ‘Muitas vezes, só nos resta acompanhar as queimadas por satélite’, diz um fiscal de Brasília. Assim se descobriram, em setembro, os incêndios nos parques da Serra do Divisor, no Acre, e de Jaú, próximo a Manaus. Em cada uma dessas reservas havia apenas um fiscal” (COUTINHO, Leonardo. *Fiscal, espécie rara*. Revista Veja: Ed. Abril - edição 1838, ano 37 - n° 4, 28 de janeiro de 2004, p. 98).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

O que varia, em cada caso, é o grau de intensidade desses componentes, conforme a ênfase que lhes seja dispensada.”¹¹³

Sendo assim, infelizmente, sobra apenas a atividade *repressiva* da Fiscalização Trabalhista, isto é, de aplicação de penalidades administrativas, como é o caso da cobrança de multa. Esta, no quadro, pode ser aperfeiçoada pela competência aqui mencionada¹¹⁴ justamente pela diminuição de tempo e recursos financeiros por parte da União. Realmente, além do caráter didático de tal competência, liberando-se a Fiscalização do Trabalho para outras atividades e imprimindo maior rapidez à correção de procedimentos empresariais inadequados pela aplicação de multas administrativas pelo próprio órgão já constitucionalmente incumbido da análise das infrações trabalhistas, que é a Justiça do Trabalho, haveria ainda o implemente de receita pela arrecadação dessas multas que, atualmente, tem sido perdidas pelo desaparecimento das DRT's, ocasionando prejuízo financeiro à União e ainda a desconsideração do caráter educativo que deve presidir a aplicação de tais multas administrativas.

Finalmente, a sexta questão refere-se à questão da competência para apreciação e julgamento de demanda envolvendo indenizações por danos morais e patrimoniais. Em verdade, a matéria já está praticamente pacificada no âmbito da doutrina e jurisprudência.^{115 116} Contudo, para que não fique dúvida nenhuma, reclama-se a sua atribuição *expressa* no corpo da Constituição Federal.

113 TEIXEIRA FILHO, João de Lima e outros. *Instituições de direito do trabalho*. – 19ª ed. atual. – São Paulo: LTr, 2000, Vol. II, p. 1266.

114 Na verdade, o que deveria mesmo ocorrer é um considerável aumento nos quadros de Auditores Fiscais do Trabalho, através da realização de concurso público, para que acontecesse uma visitação constante e indistinta aos empregadores no intuito de orientá-los acerca do cumprimento dos direitos trabalhistas, notadamente aqueles de natureza indisponível por parte dos empregados como é o caso das normas de saúde e segurança

5. A questão da implantação constitucional da súmula vinculante e o Enunciado n° 363 do C. TST: uma abordagem crítica

Uma tendência mais do que evidente nos últimos anos, não só do Direito Processual do Trabalho, mas de todos os ramos do Direito Processual, é a que se refere à questão da implantação constitucional da súmula vinculante.¹¹⁷

Historicamente, remonta-se ao tempo das Ordenações Manuêlinas a origem desse instituto. Explica *Mário Júlio Almeida da Costa*:

“Determinou-se que, surgindo dúvidas aos desembargadores da Casa de Suplicação sobre o entendimento de algum preceito, tais dúvidas deveriam ser levadas ao regedor do mesmo tribunal. Este convocaria os desembargadores que

115 À guisa de ilustração, observe-se a seguinte ementa do Pretório Excelso: “Justiça do Trabalho - Competência - Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.” (STF - Rec. Extraordinário n. 238737 - São Paulo - Ac. 1a. T. - unân. - Rel: Min. Sepúlveda Pertence - j. em 17.11.98 - Fonte: DJU I, 05.02.99, pág. 47)

116 OJ n.º 327 do TST: “Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho. Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.”

117 Segundo Roberto Basilone Leite, “A súmula consiste na síntese do pensamento predominante no tribunal sobre temas jurídicos e processuais, expresso e documentado em forma de um conjunto de enunciados. Trata-se de um repertório de verbetes que permite ao interessado conhecer a essência da jurisprudência do tribunal, expressa de forma altamente apurada, sobre todos as áreas de sua competência” (“Noções de direito sumular do trabalho e de súmula vinculante”. *Revista Trabalhista, Volume VII.* - Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 245-246).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

entendesse e, com eles, fixava a interpretação que se considerava mais adequada. O regedor da Casa de Suplicação poderia, aliás, submeter a dúvida a resolução do monarca, se subsistissem dificuldades interpretativas.

As soluções definidas ficavam registradas no Livro dos Assentos e tinham força imperativa para futuros casos idênticos. Surgem, deste modo, os assentos da Casa de Suplicação como jurisprudência obrigatória.”¹¹⁸

Assim, consoante alerta *Jônatas Luiz Moreira de Paula*, “a proposta da ‘súmula vinculante’ que se discute hodiernamente no Brasil, é despida de qualquer novidade.”¹¹⁹

O principal objetivo, segundo os seus defensores, é o “desafogamento” do Poder Judiciário, que, como se sabe, está abarrotado de processos, muitos deles praticamente iguais. Acreditamos que não seria forçoso dizer que também é do interesse da política neoliberal e, com efeito, do capital especulativo internacional, a implantação da súmula vinculante. A razão disso reside no fato de que, para atrair os investimentos estrangeiros, o Estado necessita oferecer-lhes um *sistema jurídico estável*. Revela-se necessário para este sistema, a previsibilidade das decisões judiciais. Afinal, o capital não pode ser incomodado e nem ser surpreendido com decisões judiciais eventualmente contraditórias... Esse é o discurso de bastidores!

118 COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1996, p. 301.

119 PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo*. São Paulo: Editora Manole. 2002, p. 159.

Nesse contexto, é importante observar que “o Judiciário não é responsável pela profunda crise de instabilidade institucional que assola o Brasil e, de resto, quase todos os países de tradição legalista. Ao contrário, foi no sentido de contribuir para a estabilização do sistema jurídico que esse Poder instituiu a prática da formulação de súmulas, como um processo deveras vigoroso de uniformização da jurisprudência, em caráter funcional permanente, quase como um encargo administrativo”. Não existe uma tendência à rebeldia, com relação à jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, por parte dos juízes de primeiro e segundo graus brasileiros. Antes, e bem pelo contrário, via de regra, estes se adaptam com certa facilidade às teses sumuladas. Na verdade, é até bom que se diga, “A divergência das decisões, ao contrário de nociva, é salutar e até essencial para a evolução do Direito. A jurisprudência surge exatamente do conflito entre teses antagônicas e da contínua discussão a partir daí desencadeada. Esse embate constante de idéias é que leva à reflexão; sem ele, o Judiciário não cumpre o seu papel dialético de reconstrutor do Direito”. Sendo assim, uma indagação faz-se pertinente: “Se não é a natural discrepância da jurisprudência que ocasiona a insegurança jurídica que se abate sobre o país, então o que é?” A resposta é muito simples: é a *instabilidade do sistema legal* pátrio, incluindo-se aqui a insegurança criada pelo *uso excessivo de Medidas Provisórias*. “Parece paradoxal essa afirmação, mas a evolução do Direito depende da estabilidade do sistema legal. A mudança constante das leis tolhe o desenvolvimento e o progresso do Direito. E é justamente a falta de solidez das normas que impossibilita a sedimentação da jurisprudência. Não há tempo hábil para que a comunidade jurídica uniformize e consolide conceitos e preceitos jurídicos. Mal se consegue tempo para a primeira leitura de um novo diploma legal e ele já é substituído por outro”. Pode-se concluir que “A súmula vinculante, portanto, pode não conseguir resolver o problema da insegurança jurídica que aflige o cidadão brasileiro se a sua vida continuar sendo regida por normas legais transitórias e

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

provisórias.”¹²⁰ Em outras palavras, como todo mundo está cansado de saber, o maior cliente do Poder Judiciário, isto é, quem tem maior interesse na lentidão na prestação da tutela jurisdicional, é o Estado - no seu sentido mais amplo -, que, indiscutivelmente, é o maior violador dos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Sabe-se que o Direito Processual brasileiro padece de uma crise de efetividade, notadamente pela demora na prestação da tutela jurisdicional¹²¹. Pergunta-se: a implantação da súmula vinculante resolveria este problema? Com o devido respeito àqueles que opinam em sentido contrário¹²², entendemos que a resposta deve ser *negativa*.¹²³

Segundo Tereza Arruda Alvim Wambier, “Sumular-se uma tese é se eleger um *único resultado possível* para uma interpretação da norma de que se terá o enunciado da súmula derivado”¹²⁴. Nestes termos, a súmula vinculante, imposta pelas cúpulas dos Tribunais, além de ser uma postura antidemocrática e centralizadora, inevitavelmente engessará o Poder Judiciário na sua base, inibindo a criatividade dos Juízes, essencial à evolução do

120 BASILONE LEITE, Roberto. *Noções de direito sumular do trabalho e de súmula vinculante*. Revista Trabalhista, Volume VII. – Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 252-258.

121 Segundo Roberto Norris, “Há várias explicações para a situação atual, e poucos as desconhecem: o reduzido número de juízes comparativamente com o significativo aumento de processos, principalmente desde o advento da Constituição Federal de 1988, as dificuldades orçamentárias, a inflação na edição de leis que quase sempre não guardam coerência entre si, a divergência interpretativa entre os vários tribunais brasileiros, algumas vezes decorrentes das diferenças observadas em suas respectivas regiões, considerando-se as dimensões constitucionais do País, a característica analítica da Constituição Federal, que, com mais de duzentos artigos, em princípio permitiria a discussão de temas constitucionais em quase todos os efeitos, e que ensinaria, ao menos em tese, um pronunciamento por parte do Supremo Tribunal Federal, dentre outras” (“Do acesso à justiça e a morosidade na prestação da atividade jurisdicional: crise do princípio do duplo grau de jurisdição e as súmulas vinculantes”. Revista LTr, Vol. 64, n° 12, dezembro de 2000, p. 1529).

Direito¹²⁵, devendo-se observar, inclusive, que o nosso sistema jurídico, por ser oriundo do sistema romano-germânico, é por natureza um sistema “fechado.”¹²⁶ Como afirma *Jorge Luiz Souto Maior*, “Entendendo-se o processo como instrumento de realização do direito material e direito como algo que não se confunde com lei *stricto sensu*, mas com o conjunto axiológico ou teleológico de regras e princípios, que deve ser descortinado por uma atividade que comporta juízos de valor, além de ser impulsionada por uma

122 *Tereza Arruda Alvim Wambier*, defensora da implantação da súmula vinculante, preleciona o seguinte: “Somados os prós e os contras (e há inúmeros prós e contras), sempre nos pareceu conveniente a adoção das súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida legítima, já que, se de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do nosso Poder Judiciário, de outro lado, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade”. E mais à frente afirma o seguinte: “Importante ter em mente que, apesar de estarmos vivendo em época de extrema mobilidade social, o que acarreta correlata instabilidade de valores e de ‘verdades’, a estabilidade é valor que se pode dizer praticamente inerente à idéia de Direito. A procura de estabilidade pelos sistemas de direito sempre foi uma constante ao longo da história das civilizações, procura esta umbilicalmente ligada às idéias de segurança e de previsibilidade, embora, naturalmente possam variar imensamente as técnicas por meio das quais o direito de diferentes povos, em diferentes fases da história, as tenham perseguido” (“Súmula vinculante: desastre ou solução?”. *REPRO*, Vol. 98, p. 295 e 301-302, respectivamente).

123 “Enquanto são duramente criticadas as propostas de controle externo da magistratura, que nunca admitiram de forma expressa mas são acusadas de, ao menos indiretamente, pretender afetar o exercício independente da função jurisdicional, causa espécie que uma proposta que implique controle do próprio conteúdo das decisões judiciais receba melhor acolhida. Os problemas apontados por seus defensores são sérios e reais, mas para eles há outras soluções mais eficazes e menos danosas (como a limitação e a redução do número de recursos, a extensão das ações coletivas e dos juizados especiais e de pequenas causas a todos os ramos de Direito, a punição mais severa à procrastinação e à litigância de má-fé, o incentivo a mecanismos extrajudiciais de solução dos litígios e a transformação do Supremo Tribunal Federal em genuína Corte Constitucional, dentre outras)” (PIMENTA, José Roberto Freire. “Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica”. *Compêndio de direito processual do trabalho / Alice Monteiro de Barros, coordenadora*. – 3ª ed. – São Paulo: LTr, 2002, p. 472).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

atuação política, fácil verificar que a imposição de um único valor e de um único direcionamento político, que diriam qual a interpretação correta da lei, constitui ato que se contrapõe à democracia, entendida como liberdade de expressão e de oportunidade para formação e convencimento valorativos.”¹²⁷ De fato, deve-se abandonar o dogma de que a lei possui um único significado autônomo e correto. *Hans Kelsen*, precursor de uma Teoria Científica do Direito, há muito deixou esse pensamento, alegando que a atividade interpretativa pertence ao mundo da Política do Direito e, com efeito, ao universo dos valores, mutáveis por natureza.¹²⁸

Ilustrativamente, pode-se dizer que, na Justiça do

124 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. “Súmula vinculante: desastre ou solução?”. *REPRO*, Vol. 98, p. 305.

125 Afirma *Álvaro Melo Filho*: “A oxigenação do Poder Judiciário depende do Juiz singular que vivencia diretamente o desespero do cidadão, ou, ‘o olhar sofrido do réu ou do autor’. Por isso, as súmulas vinculantes teriam um efeito perverso sobre o Poder Judiciário, constituindo-se no pior dos controles, embora interno” (“Súmulas vinculantes: os dois lados da questão”. *REPRO*, Vol. 87, p. 105).

126 Extremamente interessante é a seguinte crítica de *José Roberto Freire Pimenta*: “De outra parte, não se pode esquecer que na família romano-germânica de direito a função de editar normas jurídicas gerais e abstratas cabe, em última análise, ao Poder Legislativo, integrado por representantes eleitos pelo povo e organizados em partidos políticos. Ao Poder Judiciário cabe tão-somente aplicar as leis para solucionar as lides. Atribuir aos tribunais superiores o poder de editar súmulas contendo preceitos gerais e abstratos que consagram interpretações obrigatórias para os demais juízes equivale, na prática, a lhes conceder poder legiferante, que será exercido sem a observância do processo legislativo e sem os debates prévios e públicos que antecedem a edição das leis pelo Congresso Nacional. E isto, paradoxalmente, quando muitos propõem a extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho, exatamente por ser atribuição estranha à função jurisdicional” (PIMENTA, José Roberto Freire. “Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica”. *Compêndio de direito processual do trabalho / Alice Monteiro de Barros, coordenadora*. – 3ª ed. – São Paulo: LTr, 2002, p. 471).

127 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Temas de processo do trabalho*. – São Paulo: LTr, 2000, p. 104-105.

Trabalho, diante da iminente possibilidade de implantação constitucional da súmula vinculante, fato a que somos contrários, como dito, um Enunciado aparece com forte tendência à força vinculativa aos juízes de primeiro grau: o Enunciado 363 do C. TST. Achamos que essa tendência será logo uma realidade, na eventualidade da súmula vinculante ser estendida obrigatoriamente aos Tribunais Superiores, pois envolve a Administração pública e, com efeito, com o devido respeito, o interesse político muitas vezes se sobressai em consideração aos interesses sociais.

No particular, o presente artigo pretende demonstrar e rebater os argumentos normalmente trazidos aos processos judiciais trabalhistas pela Administração Pública, quando se trata de um caso de contratação de pessoal sem o cumprimento da constitucionalmente exigível prestação prévia de concurso público. Na verdade, trata-se de uma crítica ferrenha a essa jurisprudência majoritária do C. TST acerca da temática, manifestada através do malsinado Enunciado 363 cuja redação é a seguinte:

“A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da

128 Preleciona o mestre de Viena: “A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”. (...) “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximadamente” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. – 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 393 e 396, respectivamente).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora.”

Na direção contrária ao entendimento sumulado, pretende-se demonstrar que o contrato de emprego, na sua visão estrutural, possui três planos distintos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Nesse contexto, afirma-se que tais planos podem conviver harmonicamente no ordenamento jurídico. Dessa conclusão, outra se impõe no sentido de que, através de uma interpretação crítica e sistemática das normas constitucionais aplicáveis, o caso em epígrafe enseja uma situação de contrato existente e inválido, mas eficaz, justamente para a preservação dos princípios da promoção da dignidade da pessoa humana do trabalhador e da valorização social do trabalho, relegando-se, deste modo, a formalidade a um plano secundário.

O ponto de partida há de ser sempre o ordenamento constitucional, fundamento de validade das normas que lhe são hierarquicamente inferiores. É importante assinalar, de logo, que já se encontra superada, na melhor doutrina constitucional, a distinção que outrora se fazia entre normas e princípios. Hodiernamente, a expressão *norma jurídica* é o gênero do qual são espécies as *regras* e os *princípios*. Estes, aliás, sobretudo os que estão inseridos no bojo da Constituição, pelo maior grau de generalidade, gozam de maior prestígio, ou seja, devem ser o ponto de partida do intérprete. Daí falar-se em *hegemonia normativa* dos princípios jurídicos.¹²⁹

Nós entendemos, respeitando todo pensamento em sentido contrário, que os princípios da *dignidade da pessoa*

129 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 1ª ed. 2ª tir. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999.

*humana*¹³⁰ e dos *valores sociais do trabalho*¹³¹, inequivocamente implantados no texto constitucional, também estão inseridos no conceito de princípios fundamentais da ordem jurídica, notadamente porque são corolários lógicos do Estado Democrático de Direito. Na verdade, já é bom que se diga que o tratamento da dignidade da pessoa humana, bem como a dimensão social do trabalho, como valor ou princípio jurídico e, com efeito, o seu caráter preferencialmente deontológico ou axiológico-teleológico, revela-se decisivo para se definir o papel dos intérpretes e aplicadores da Constituição nas sociedades democráticas e contemporâneas.

Por ora, pode-se dizer o seguinte: os princípios da valorização social do trabalho e do respeito à dignidade da pessoa humana possuem o “status” de princípios constitucionais *fundamentais* do nosso ordenamento jurídico, o que, pelo menos no plano *axiológico*, já denota uma posição de destaque no bojo da própria Carta Magna; Por outro lado, o princípio constitucional da exigência de prestação de concurso público, para aqueles que se destinam a ingressarem nos quadros da Administração Pública,

130 Preleciona Rizzatto Nunes: “Existem autores que entendem que é a isonomia a principal garantia constitucional, como, efetivamente, ela é importante. Contudo, no atual Diploma Constitucional, pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana.

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar o equilíbrio real, porém, visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete” (*O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45).

131 Igualmente, como afirma Eneida Melo Correia de Araújo, eminente Desembargadora Federal do Trabalho na 6ª Região (PE), em sua tese de doutorado na UFPE, “quando o sistema jurídico positivo trata do trabalho como valor fundamental, a ser protegido e ampliado, deve não só realizar esses fins, mas também abster-se de permitir que quaisquer mecanismos possam atentar contra o mesmo” (*As relações de trabalho: uma perspectiva democrática*. – São Paulo: LTr, 2003, p. 305).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

possui a natureza de princípio constitucional *setorial*.¹³²

Portanto, os princípios citados, *embora com preponderância axiológica dos dois primeiros*, constituem normas jurídicas constitucionais e, pelo princípio hermenêutico da *unidade* da Constituição, possuem o mesmo grau de hierarquia, pelo aspecto meramente normativo, dentro do nosso ordenamento jurídico. Assim, fica óbvio concluir que, diante de uma situação concreta que os envolva, faz-se necessário, no ato de aplicação do Direito, estabelecer uma *interpretação sistemática*¹³³, sob pena de se quebrar a unidade de todo o ordenamento jurídico.

Assim, à luz desses fundamentos, pode-se afirmar, inequivocamente e com todas as letras, que o artigo 37, inciso II, da Constituição da República, nunca poderia ter sido interpretado isoladamente pela jurisprudência majoritária do TST, manifestada através do combatido Enunciado nº 363. Antes, pelo contrário, deveria ser interpretado, *sistematicamente*, à luz do *princípio da*

132 É possível enquadrar os princípios constitucionais, quanto ao seu conteúdo, em uma tipologia. Com efeito, segundo as lições de *Luiz Roberto Barroso*, existem princípios constitucionais de organização, como os que definem a forma de Estado, a forma, o regime e o sistema de governo. Existem, também, princípios constitucionais cuja finalidade precípua é estabelecer direitos, isto é, resguardar situações jurídicas individuais, como os que asseguram o acesso à Justiça, o devido processo legal, a irretroatividade das leis, etc. Por igual, existem princípios de caráter programático, que estabelecem certos valores a serem observados (livre iniciativa, função social da propriedade) ou fins a serem perseguidos, como a justiça social. É de maior proveito, contudo, para a compreensão do tema ora enfrentado, sistematizar os princípios constitucionais de acordo com o seu grau de destaque no âmbito do sistema e sua conseqüente abrangência. Aos princípios calha à peculiaridade de se irradiarem pelo sistema normativo, repercutindo sobre outras normas constitucionais e daí se difundindo para os escalões normativos infraconstitucionais. Pelo critério da preponderância axiológica, pode-se afirmar que nem todos os princípios, no entanto, possuem o mesmo raio de atuação, posto que variam de amplitude de sua aplicação e mesmo na sua influência. Deste modo, dividem-se em princípios *fundamentais*, princípios *gerais* e princípios *setoriais* ou *especiais* (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 1993).

proporcionalidade, junto com os artigos 1º, incisos III e IV, 170 e 193, também da Carta Magna, que apresentam, escancaradamente, uma nítida postura ideológica do legislador constituinte, no sentido da valorização do trabalho humano e da preservação da dignidade do trabalho, que, nesse caso, gozam de uma *preponderância axiológica* em detrimento daquele.

Nesse sentido, são as lições do Professor *José Affonso Dallegrave Neto*, Doutor em Direito do Trabalho pela UFPR, quando afirma que “o moderno Direito do Trabalho não se preocupa apenas em tutelar o empregado – parte hipossuficiente. Protege-se acima de tudo o *valor trabalho* e a dignidade da pessoa do

133 *Norberto Bobbio*, acerca dos princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico, preleciona o seguinte: “no capítulo anterior falamos da *unidade* do ordenamento jurídico, e mostramos que se pode falar de unidade somente se se pressupõe como base do ordenamento uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento. O próximo problema que se nos apresenta é se um ordenamento jurídico, além de sua unidade, constitui também um *sistema*. Em poucas palavras, se é uma *unidade sistemática*. Entendemos por ‘sistema’ uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa condição” (*Teoria do ordenamento jurídico* – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1997, p. 71). Na mesma linha de raciocínio, observe a advertência de *Tercio Sampaio Ferraz JR.* acerca do método sistemático de interpretação: “A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se reserve a coerência do todo. Portanto, nunca devemos isolar o preceito nem em seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil, etc.) e muito menos em sua concatenação imediata (nunca leia um só artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos)” (*Introdução ao estudo do direito*. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2001, p. 285). Pelo brilhantismo de sempre, simplesmente ficarão sem comentários as lições deste eminente Professor da USP.

trabalhador – e por corolário o seu contrato e o seu salário. Referidos valores posicionam-se em suprema hierarquia dentro da Constituição Federal”. E continua, brilhantemente, a sua explanação afirmando que “o art. 170 da CF/88 diz com todas as letras que a ordem econômica é ‘fundada na valorização do trabalho humano’. Da mesma forma o art. 193 dispõe que ‘a ordem social tem com base o primado do trabalho’. E, ainda, o próprio preâmbulo, art. 1º, III e IV, declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos: ‘a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho’. Portanto, o trabalho é, dentro da classificação de *Gomes Canotilho*, um dos princípios jurídicos fundamentais”. Finaliza dizendo que, “se pelo não-cumprimento de algum requisito essencial, o contrato for nulo, ‘isso não pode redundar em prejuízo ao trabalhador’. O princípio da continuidade aponta para um máximo de aproveitamento dos efeitos dimanados da relação de emprego. Quanto ao salário, a proteção é tamanha que em face do seu caráter alimentício advém a premissa de que ‘trabalho feito é salário ganho’.”¹³⁴

Ainda acerca da interpretação sistemática, percebe-se que, majoritariamente, a jurisprudência tem exercido-a amplamente, no plano *infraconstitucional*, para fundamentar a aplicação de efeitos decorrentes de atos jurídicos ilícitos, mormente quando se trata de fraude a legislação trabalhista¹³⁵. Contudo, o que vem ocorrendo acerca destes casos, envolvendo contratação

134 DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Inovações na legislação trabalhista*. 2ª ed. – São Paulo: LTr, 2002, p. 140.

135 Observe-se, ilustrativamente, uma ementa: “Vínculo de emprego - Cooperativa - O art. 442 da CLT há de ser interpretado sistematicamente com os artigos 3º e 9º da mesma Consolidação. Isto porque, face aos princípios norteadores do Direito do Trabalho, onde a característica do contrato laboral deve repousar na realidade dos fatos, caracterizada a fraude na tentativa de desvirtuar a relação empregatícia havida, é de se aplicar a regra de proteção contida no artigo 9º celetizado, surgindo daí o contrato de trabalho.” (TRT - 2a. Reg. - RO-19990459935 - Ac. 20010118840 - 10a. T. - Rel: Juíza Vera Marta Publio Dias - Fonte: DOESP, 30.03.2001)

irregular pela Administração Pública, *na prática*, é o seguinte: admite-se, tranqüilamente, a interpretação sistemática no plano infraconstitucional, como se viu, e, no plano constitucional, como é a questão discutida no caso em apreço, simplesmente interpretam, isoladamente, o artigo 37, inciso II.

Um absurdo!

É imperioso relembrar que a Constituição, no plano jurídico-positivo, constitui o *ápice* da pirâmide normativa, ou seja, é o fundamento de validade de toda ordem jurídica. Assim, devido a sua importância vital para o ordenamento jurídico, a sua interpretação é de suma relevância para a melhor compreensão do sistema. Deve-se buscar, sempre, a função de suas normas dentro da sociedade, em outras palavras, deve-se perquirir a carga ideológica desse diploma legislativo. Cresce, assim, nesse contexto, a importância da interpretação teleológica do Direito. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou o bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de um dado preceito.¹³⁶

Num caso concreto trabalhista, é indubitável o intuito do legislador constitucional em prestigiar os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana do trabalhador¹³⁷. A Constituição e as leis, portanto, visam acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada. O legislador brasileiro em uma das raras

136 Acompanhe-se um exemplo jurisprudencial: “Lei. Fatos que determinam a interpretação teleológica e sistemática da norma. Observância do princípio da legalidade (art. 5º, II da CF e Art. 4º da LICC) conjugado com o da liberdade judicial (Art. 5º da LICC). Cabe ao Juiz, na interpretação e aplicação da lei, dentro dos limites legais traçados pela própria interpretação sistemática da normatividade em vigor, buscar a verdadeira razão de ser da norma, o fim social almejado, sob pena de mumificar as relações sociais.” (TRT - 15a. Reg. - AP - 030707/98 - 2a. JCJ de Piracicaba - Ac. 5a. T- 1302/99 - unân. - Rel: Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva - DOESP I, Parte II, 23.02.99, pág. 112)

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

exceções em que editou uma lei de cunho interpretativo, agiu, precisamente, *para consagrar o método teleológico*, ao dispor, no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil ainda em vigor, que na aplicação da lei o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Ora, na presente temática, se for efetivamente o caso, ou seja, mediante a tipificação dos pressupostos fático-jurídicos da relação empregatícia, com a devida *venia*, a aplicação dos fins sociais desejados pelo legislador constitucional, diante dos princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade do trabalhador (artigos 1º, III e IV, 170 e 193), inevitavelmente resultam no reconhecimento de vínculo com a Administração Pública *até o último dia trabalhado pelo obreiro*.

Prestigiam-se, destarte, os referidos princípios constitucionais, bem como o princípio norteador do Direito do Trabalho, que é o da proteção do trabalhador. Entender o contrário, *data venia*, é correr em direção oposta às conquistas angariadas durante toda a história do trabalho humano e, por consequência, do Direito do Trabalho. Portanto, entendemos que, nos casos de contratação irregular da Administração Pública, sem a devida prestação de concurso público, deve-se reconhecer a *existência* de relação de emprego, repita-se, até o último dia trabalhado.

Por outro lado, faz-se mister perceber que a exigência de concurso público, segundo a melhor doutrina, destina-se, em princípio, à própria Administração Pública. Ora, se a mesma

137 “Diríamos que o exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio nas Constituições contemporâneas, e também na brasileira, representa a passagem de um sistema axiomático-dedutivo, tipicamente positivista, para um sistema axiológico teleológico, que se propõe aberto aos valores, fins e às razões históricas. Trata-se, portanto, de um marco na evolução do Constitucionalismo brasileiro e na efetiva democratização do Estado instituído pela Constituição de 1988 (MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 110).”

descumpriu esse dever constitucional, contratando sem concurso, beneficiando-se de trabalho subordinado, não pode vir a juízo e se locupletar da sua própria torpeza. É um absurdo, segundo entendemos, beneficiar a Administração Pública, que, ao lado de sujeições, goza de um regime de prerrogativas, em detrimento da pessoa humana do trabalhador. Nada disso! O contrato de emprego, embora inválido por inobservância da forma prescrita no texto constitucional, *existiu* e é *eficaz* com a produção de efeitos jurídicos até, como já se disse, o último dia trabalhado pelo reclamante. Ato contínuo, depois de identificadas as autoridades responsáveis pela contratação irregular, através de procedimentos investigatórios dirigidos pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, deverá se proceder às conseqüências cabíveis nas esferas administrativa, civil e criminal.

Nesse diapasão, só não se reconhece a eficácia total ao contrato de emprego, em nosso sentir, se o empregado tiver atuado na contratação de *má-fé*¹³⁸, que, diga-se de passagem, seria ônus probatório da Administração Pública, por ser um fato impeditivo a aquisição de direitos trabalhistas por parte do obreiro-reclamante. Tal fato, aliás, não é de difícil ocorrência prática, basta lembrar o caso de pessoas esclarecidas, inclusive bacharéis em Direito, que são parentes de chefes do Poder Executivo e, nessa condição “de vantagem”, ganham uma forcinha para o ingresso nos quadros públicos.

No entanto, o que ocorre, *via de regra*, é a situação oposta, ou seja, na grande maioria dos casos, quem vem a juízo são as pessoas mais humildes da comunidade, notadamente no norte e nordeste brasileiros, que sequer sabem o que é um

138 Preleciona *Eduardo Milléo Baracat*, em sua tese de doutorado na UFPR, que “A boa-fé subjetiva é um estado de ignorância, de crença errônea (ainda que escusável), de uma pessoa que se crê titular de um direito, mas que, em princípio, não o é, ou ainda que ignora estar lesando direito alheio. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem” (*A boa-fé no direito individual do trabalho*. – São Paulo: LTr, 2003, p. 51).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

concurso público. Elas, no seu imaginário, vêem o Município – na verdade, na linguagem popular, a “prefeitura” – como se fosse uma “empresa”, na qual o Prefeito seria o grande empresário, que, à época da política, emprega todo mundo, trocando o “emprego” por eventuais votos. É isso que se tem visto nesse imenso Brasil, salvo raríssimas exceções...

Há, também, a situação da contratação por motivos políticos – busca de votos, por exemplo –, *sob a capa simulada de cargo comissionado*, conduta que deve ser veementemente combatida pela magistratura federal especializada e, na solução dos casos, atentando para a evolução histórica do Direito do Trabalho, deve-se dar a interpretação jurídica que seja mais favorável ao trabalhador. Observe-se, entretanto, que não é qualquer cargo que pode ser legalmente como sendo de provimento comissionado, excluindo-se, por força dessa característica, das exigências de concurso público para nomeação do seu titular. Realmente, consoante a melhor doutrina, nomeações para cargos em comissão são aquelas ao dispor da autoridade para prover cargos descritos na lei como de *confiança*, tendo como principal característica a forte *representatividade* dessa mesma autoridade, pois a representação, em seu âmbito, decidindo por ela, monitorando, orientando, organizando e assessorando. O detentor de cargo de confiança, na verdade, é a *longa manus* do respectivo nomeante. *Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame.* A autoridade nomeante não pode desfazer-se dessa competência para exonerar os titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar de sua confiança. A exoneração, nessas hipóteses, é imprescindível, pois com ela se aplaca a ira de todos os envolvidos.

Nesse diapasão, os cargos de provimento em comissão são próprios para a *direção*, *comando* ou *chefia* de certos órgãos, para os quais se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua

orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração Pública. Também se destinam ao *assessoramento* (artigo 37, inciso V, da Constituição Federal de 1988). Porém, como acentua *Diógenes Gasparini*:

“Não se pode criar somente cargos em comissão, pois outras razões existem contra essa possibilidade. Tal criação, desmedida e descabida, deve ser obstada, a todo custo, quando a intenção é evidente é burlar a obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos efetivos. De sorte que os cargos que não apresentam aquelas características ou algumas particularidades entre seu rol de atribuições, como seu titular privar da intimidade administrativa da autoridade nomeante (motorista, copeiro), devem ser de provimento efetivo, pois de outro modo cremos que haverá desvio de finalidade na sua criação e, portanto, possibilidade de sua anulação.”¹³⁹

Nesse contexto, uma pergunta revela-se inevitável: diante de tal situação, isto é, da contratação irregular, deve o humilde trabalhador ficar “a ver navios”??? Com o devido respeito, e pelas razões até então expostas, a resposta deve ser *negativa*.

Em resumo, são duas coisas distintas: uma, é que a relação de emprego existiu no plano fático e é eficaz até o último dia de trabalho, surtindo, assim, todos os efeitos jurídicos compatíveis com a forma de terminação do respectivo contrato, até a “rescisão” contratual, aqui entendida em seu sentido técnico,

139 GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo* - 5ª ed. , rev. atual. e aum. - São Paulo: Saraiva, 2000, p. 231.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

como lhe atribui a doutrina, como logo se verá. Só não gerará todos os efeitos jurídicos em casos de má-fé do obreiro, desde que, como já se disse, devidamente comprovada pela reclamada; outra coisa é a responsabilidade (administrativa, civil e criminal) das autoridades responsáveis pela contratação irregular (isto é, sem a observância do concurso público). Nada impede, aliás é juridicamente impositivo, que a Administração ajuíze uma demanda regressiva contra estas.

Uma outra questão ainda se impõe. Muito se fala por aí em supremacia do interesse público sobre o privado, isto é, do Estado (Administração Pública em sentido amplo) em detrimento do trabalhador isolado. Com o devido respeito, a tese não convence. Em muitos casos o interesse da Administração Pública em nada se compatibiliza com o interesse da sociedade.¹⁴⁰ Basta lembrar os casos em que ela, no intuito de não conferir direitos muitas vezes líquidos e certos dos cidadãos, utiliza-se de todas as instâncias recursais, contribuindo, assim, para a atual crise de morosidade do Poder Judiciário. Não é à toa que a doutrina mais abalizada defende com unhas e dentes que o Estado é o maior transgressor dos direitos e garantias individuais, bem como é o maior beneficiário do sistema jurídico vigente.

A finalidade do Estado, como se sabe, é a realização do bem comum em favor de todos os membros da coletividade. Ora, indiscutivelmente, no caso em consideração, o

140 Na lúcida lição de Hugo Nigro Mazzilli, “Nem sempre os governantes fazem o que é melhor para a coletividade; políticas econômicas e sociais ruins, guerras, desastres fiscais, decisões equivocadas, malbaratamento dos recursos públicos e outras tantas ações daninhas não raro contrapõem governantes e governados, Estado e indivíduo”. Assim, “Como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade, Renato Alessi entendeu oportuno distinguir o *interesse público primário* (o do bem geral) do *interesse público secundário* (o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público); com efeito, nem sempre o governante atende ao real interesse da comunidade” (*A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. – 11ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 38-39).

interesse da sociedade é a valorização do trabalho humano e, por conseqüência, da dignidade daquele que colocou suas forças à disposição de outrem. É a maneira mais justa de resolver o conflito entre o capital e o trabalho, um dos causadores das inúmeras mazelas sociais existentes. Destarte, por supremacia do interesse público no caso, deve-se entender acima de tudo a elevação do respeito à dignidade do ser humano trabalhador¹⁴¹, bem como a valorização social do trabalho, como condição fundamental para o sadio convívio em sociedade.

Muito bem.

Diante de tal quadro até então apresentado, contudo, uma coisa é certa: o fato jurídico trabalho, prestado por um empregado para a Administração Pública sem a devida observância da exigência constitucional do concurso público, não pode passar despercebido na avaliação da temática. A matéria, agora, volta-se para o estudo dos elementos jurídico-formais da relação de emprego e da teoria das nulidades. Assim, breves palavras, de corte doutrinário, são necessárias.

O contrato de emprego, em sua visão estrutural,

141 A respeito de tal princípio constitucional, observe, com o brilho de sempre, as lições de *Ingo Wolfgang Sarlet*: “Num primeiro momento – convém frisá-lo – a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente, carregada de eficácia, alcançando, portanto – tal como assinalou Benda – a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas de direitos fundamentais mas de toda ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)” (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 70).

segundo preleciona José Affonso Dallegrave Neto, em sua obra “Contrato Individual de Trabalho – Uma Visão Estrutural”, resultado de sua dissertação de mestrado na UFPR, deve ser analisado em três planos distintos: existência, validade e eficácia. No plano da existência, tudo se resume a investigar o suporte fático. Afirma o autor que, “com efeito, quando todos os elementos que formam o *suporte fático* estão materializados, diz-se haver *suficiência* do suporte fático e, por conseguinte, a norma jurídica está apta a incidir. Por outro lado, a sua *insuficiência* impede a incidência da norma, vez que o negócio jurídico ou o fato jurídico *stricto sensu* são *inexistentes*”. E continua a sua lição, dizendo que “a existência dos negócios jurídicos exige, neste diapasão, a presença de elementos mínimos, porém indispensáveis a sua total *suficiência*”. Arremata lecionando que, “em suma, são três os elementos intrínsecos ao plano da existência do Contrato de Trabalho ou, utilizando-se a doutrina de *Pontes de Miranda*, os elementos que levam à *suficiência* do suporte fático: a) consentimento negocial; b) objeto; c) forma.”¹⁴²

Alega, ainda, o mencionado autor que esses três elementos não existem de forma separada, ou seja, não se pode falar em consentimento negocial das partes sem um conteúdo (objeto) e uma maneira (forma) de expressão. Um é decorrente do outro e todos são indissolúveis. São, portanto, elementos mínimos de existência do negócio jurídico. Uma vez existente a relação jurídica, deve-se pesquisar se a mesma é válida ou não. Em outras palavras, agora, deve-se verificar se a relação jurídica foi constituída à luz do que prescrevem as regras de direito material pertinentes ao caso concreto. Trata-se, pois, do plano de validade do contrato de emprego, relacionado à teoria das nulidades. Realmente, “se o negócio for considerado nulo ou anulável, isto será problema do plano da validade e não mais da existência. Logo, está dentro do plano da validade toda discussão acerca dos chamados elementos

142 DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Contrato individual de trabalho – Uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998, p. 153-154.

essenciais do contrato - art. 104 do Novo CC: capacidade dos agentes, licitude do objeto e da forma além dos vícios de consentimentos previstos nos arts. 171 do Novo CCB.”¹⁴³

Por outro lado, jamais se deve confundir, tecnicamente, a *invalidade* com a *ineficácia* do negócio jurídico. Acerca do plano da eficácia, por ser importantíssimo para a conclusão deste artigo, faz-se necessário observar mais uma vez, integralmente, as lições de *José Afonso Dallegrave Neto*:

“(..) é errôneo definir nulidade com a falta de idoneidade para produzir efeitos jurídicos. Tanto é assim que existe o nulo eficaz e o nulo ineficaz.

Em Direito civil, via de regra o contrato nulo importa ausência de efeitos jurídicos: o nulo é geralmente ineficaz. Contudo na seara contratual trabalhista isto se inverte: o nulo em regra é eficaz. Exemplo disto é o caso do contrato de trabalho envolvendo agente absolutamente incapaz. Ainda que nulo, o contrato irá produzir os efeitos jurídicos pactuados pelas partes.

Diz-se eficaz o negócio jurídico que produz os efeitos visados pelas partes e autorizados pela lei; é a aptidão do contrato, existente e válido, para que produza efeitos jurídicos. *Parcial* é a eficácia que alcança parte dos efeitos colimados pelas partes e *total* se atingidos todos os

143 DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Inovações na legislação trabalhista*. 2ª ed. - São Paulo: LTr, 2002, p. 135.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

efeitos buscados. Finalmente, será *ineficaz* o contrato que não produziu qualquer dos efeitos anelados pelos contratantes.

Outra distinção importante é a de que a *ineficácia* do negócio jurídico não se confunde com falta de conseqüências jurídicas.

Para esclarecer o que se está a dizer traz-se a seguinte distinção: a) contrato nulo com eficácia; b) contrato nulo ineficaz, porém com conseqüências jurídicas.

No primeiro caso, tem-se como exemplo o contrato de trabalho do servidor público celetista que ingressou sem prestar o necessário concurso público exigido pelo art. 37, II, da CF. A nulidade absoluta neste caso, art. 166, V, do Novo CC, ensejará a ineficácia do contrato, contudo, nem por isso ele deixará de ter conseqüências jurídicas: o obreiro terá direito a indenização por perdas e danos, nos termos dos arts. 182 e 927 do Novo CCB.

Para a segunda situação, cite-se o exemplo do contrato celebrado por menor de dezesseis anos. A nulidade do contrato (art. 145, I, do CC), neste caso, não lhe retira a eficácia: mesmo nulo o contrato produzirá todos os efeitos jurídicos desejados pelas partes.

Em suma, há diferença entre *eficácia* e *conseqüência jurídica*. Contrato eficaz é aquele que produz, de forma parcial ou integral, efeitos jurídicos próprios, desejados pelas partes. Contrato com conseqüências jurídicas é aquele que mesmo ineficaz produz determinados efeitos impróprios, diversos dos desejados pelas partes. O plano da eficácia dos contratos está geralmente relacionado com a presença de *condições* ou *termos* facultativamente avençados pelos contratantes.

(...)

Urge frisar que as lições até aqui vistas traduzem a regra geral: negócio jurídico existente, válido e eficaz. Esta regra geral, contudo, comporta exceções. Há casos em que o contrato é:

a) existente, válido e ineficaz – ex.: contrato de trabalho existente de forma válida, todavia, com cláusula suspensiva ou termo final;

b) existente, inválido e eficaz – ex.: contrato de trabalho inquinado de vício de consentimento, porém sem iniciativa de anulação pela parte interessada;

c) existente, inválido e ineficaz – ex.: contrato nulo em face da ilicitude penal de seu objeto e, conseqüentemente,

ineficaz.”¹⁴⁴

Assim, analisada a plenitude estrutural do contrato de emprego, resta, agora, verificar os seus elementos jurídico-formais, bem como os respectivos reflexos na teoria das nulidades.

Assim, como se sabe, à guisa de reprise, o fenômeno sócio-jurídico da relação de emprego emerge apenas se reunidos os seus cinco pressupostos fático-jurídicos constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação. Cabe ao operador jurídico, entretanto, examinar se o Direito do Trabalho confere efetiva validade a essa relação empregatícia surgida. Ingressa o operador, assim, na análise dos elementos jurídico-formais, essenciais, do contrato de emprego. Trata-se de elementos cuja higidez e regularidade jurídicas são essenciais para que o Direito autorize a produção de plenos efeitos à relação oriunda do mundo dos fatos sociais.

Do ponto de vista comparativo, pode-se afirmar que a pesquisa sobre os elementos fático-jurídicos do respectivo contrato empregatício permite responder à pergunta sobre a existência ou não de contrato de emprego no caso concreto, ao passo que a pesquisa sobre os elementos jurídico-formais do respectivo contrato de emprego permite responder a pergunta sobre a validade (ou não) e extensão de efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes. Na mesma linha comparativa, pode-se ainda aduzir que, enquanto os elementos fático-jurídicos constituem dados do mundo fenomenológico (fático ou ideal), que existem independentemente do fenômeno que irão compor, enquanto que os elementos jurídico-formais constituem construções teóricas e normativas efetuadas pelo Direito, cuja

144 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista*. 2ª ed. - São Paulo: LTr, 2002, p. 135-137.

presença passa a ser considerada relevante à validade jurídica do próprio fenômeno a que se integram. Registre-se, de logo, que as repercussões jurídicas da falta ou irregularidade concernente aos elementos essenciais do contrato pertencem ao estudo da teoria das nulidades.¹⁴⁵

Nesse contexto, são elementos jurídico-formais essenciais do contrato de emprego: 1) *capacidade das partes contratantes*; 2) *licitude do objeto*; 3) *observância da forma prescrita em lei*; 4) *higidez na manifestação de vontade*.

Como se percebe, a *forma* constitui elemento jurídico-formal da relação de emprego. A sua ausência acarreta, via de regra, a nulidade do respectivo contrato. Na temática em tela, se o trabalhador, na condição técnica-jurídica de empregado, prestou serviços à Administração Pública sem observar a forma especial exigida pela Constituição Federal, qual seja, a prestação de concurso público, o respectivo contrato deve ser declarado, pelo juízo competente, como nulo, com efeitos “*ex nunc*”. Entretanto, trata-se de nulidade com eficácia ou efeitos jurídicos, isto é, *até o último dia de trabalho*, são devidos, ao empregado, todos os direitos trabalhistas compatíveis com esta forma, *nulidade*, de dissolução da relação de emprego. Portanto, jamais se pode confundir a *rescisão* com a *despedida sem justa causa* com modalidades de terminação do contrato de emprego.

De fato, tecnicamente, trata-se de dissolução do vínculo de emprego por “*rescisão*”, ou seja, por causa de uma *nulidade* imanente a essa relação jurídica. O respectivo contrato só não surtirá efeitos jurídicos *após* o último dia de trabalho, entretanto, antes deste, surtirá todos os efeitos compatíveis com a já falada modalidade “*rescisão*” de dissolução do vínculo. *O divisor de águas com relação aos efeitos jurídicos do contrato é a sentença judicial*

145 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

que decreta a nulidade do mesmo.

Assim, segundo entendemos, é importante salientar o seguinte:

1) se for o caso de prestação de serviços, mediante a observância de todos os pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego com a Administração Pública, existirá contrato de emprego *até o último dia de trabalho*;

2) até essa data, o contrato produziu todos os efeitos trabalhistas, ou seja, o empregado adquiriu todos os direitos decorrentes dessa relação de emprego, prestigiando-se, assim, o princípio constitucional da valorização do trabalho humano;

3) assim, o referido contrato, “*ope judicis*”, é considerado nulo, mas com efeitos “*ex nunc*”, por inobservância da exigência constitucional da realização de concurso público (artigo 37, inciso II);

4) ao empregado, portanto, obviamente se for o caso, serão devidos todos os direitos decorrentes dessa *rescisão* contratual (por motivo de nulidade) e, por isso, serão indevidas as verbas decorrentes de uma eventual despedida sem justa causa, por exemplo, por se tratar de modalidade diferente de *dissolução* do vínculo de emprego.

Veja, neste particular, a magistral lição do eminente Professor e Juiz do Trabalho em Minas Gerais, *Maurício Godinho Delgado*:

“Nesse quadro, a única leitura hábil a conferir eficácia e coerência ao conjunto dos textos constitucionais (tanto os que proíbem ao *administrador* e aos *cidadãos* o ingresso no aparelho de Estado

sem concurso público, como os que insistentemente elegem o respeito ao trabalho como um dos valores essenciais da ordem econômica, social e jurídica brasileiras) é aplicar a *teoria justralhista das nulidades* quanto ao período de efetiva prestação de serviços, tendo-se, porém, como anulado o pacto em virtude da inobservância à formalidade essencial do concurso. Em consequência, manter-se-iam todas verbas contratuais trabalhistas ao longo da prestação laboral, negando-se, porém, o direito as verbas rescisórias próprias à dispensa injusta (aviso prévio, 40% sobre FGTS e seguro-desemprego), dado que o pacto terá (ou teria) sido anulado de ofício (extinção por nulidade e não por dispensa injusta).¹⁴⁶

Aí está, pois, a opinião de um dos maiores expoentes do Direito do Trabalho atual, exatamente no sentido aqui defendido.

Portanto, enfatizamos novamente que não se pode confundir a “rescisão”, como modalidade de terminação do contrato de emprego, com a “despedida, sem justa causa”. Os efeitos jurídicos, indiscutivelmente, são diversos. Repetindo: a “rescisão”, tecnicamente, é a modalidade de dissolução, isto é, forma de cessação anormal, do contrato de emprego, *por motivo de nulidade*, que, no caso em apreço, decorre da ausência de prestação de concurso público. Assim, faz-se mister, de logo, que o jurisdicionado perceba que “rescisão” é uma coisa e “despedida sem justa causa” é outra coisa diversa. São, pois, formas distintas de

146 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 498.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas - uma abordagem crítica de algumas questões atuais

dissolução do contrato de emprego.

Para finalizar essa questão, e para arrematar a compreensão da matéria, algumas palavras acerca das peculiaridades da teoria das nulidades no direito do Trabalho: o ato nulo, no Direito Civil, via de regra, não produz efeitos jurídicos, ao passo que no Direito do Trabalho, como é sabido, o entendimento é totalmente diverso. Aqui vigora, em contrapartida, como regra geral, o critério da irretroatividade da nulidade decretada e a regra “ex nunc” da decretação judicial da nulidade percebida. Como afirma *Mauricio Godinho Delgado*, “verificada a nulidade comprometedora do conjunto do contrato, este, apenas a partir de então, é que deverá ser suprimido do mundo sócio-jurídico; respeita-se, portanto, a situação fático-jurídica já vivenciada. Segundo a diretriz trabalhista, o contrato tido como nulo ensejará todos os efeitos jurídicos até o instante de decretação de nulidade - que terá, desse modo, o condão apenas de inviabilizar a produção de novas repercussões jurídicas, em face da anulação do pacto viciado”. Afirma, ainda, o citado autor que “essa diferenciação da teoria justtrabalhista de nulidade em contraponto à teoria civilista tradicional resulta da conjugação de alguns fatores que despontam com profunda relevância no cotidiano operacional do Direito do Trabalho. Em primeiro lugar, a circunstância de que se torna inviável, faticamente, após concretizada a prestação efetiva do trabalho, o reposicionamento pleno das partes à situação anterior ao contrato nulo: o trabalho já foi prestado, e seu valor transferido, com apropriação completa pelo tomador de serviços. Em segundo lugar, o fato de a transferência e apropriação do trabalho em benefício do tomador cria uma situação econômica consumada de franco desequilíbrio entre as partes, que apenas pode ser corrigida - mesmo que parcialmente - com reconhecimento dos direitos trabalhistas ao prestador. Ou seja, o reconhecimento de direitos trabalhistas ao obreiro prestador de serviços é a contrapartida inevitável da prestação laborativa já consumada. Em terceiro lugar, a convicção de existir a prevalência

incontestável conferida pela ordem jurídica em seu conjunto (inclusive a Constituição da República) ao *valor-trabalho* e aos direitos trabalhistas.”¹⁴⁷

No caso em tela, é imperioso notar que “a norma constitucional que nulifica a contratação de servidor e empregado sem concurso não estabelece as conseqüências desta nulidade, de modo que não pode ser aproveitada por quem lhe deu causa. Se o trabalho foi prestado e não há como se restituir ao ‘status quo ante’, as verbas salariais devem ser pagas, evitando o enriquecimento ilícito do empregador”.¹⁴⁸

No nosso entendimento, é inadmissível a Administração Pública contratar pessoal sem a observância da exigência constitucional de prestação de concurso público e, posteriormente, de forma descarada, vir a juízo invocar, em seu exclusivo benefício, a própria torpeza, locupletando-se, ilícitamente, da força de trabalho daqueles que, humildemente, serviram-lhe. Trata-se de ato ilícito por parte da Administração Pública *por violação ao princípio da boa-fé*¹⁴⁹, fato que atrai a incidência do artigo 187 do Código Civil, subsidiariamente aplicado ao Direito do Trabalho (artigo 8º da CLT). Realmente, observe-se que a Administração Pública admite a prestação dos serviços durante um prazo razoável de tempo, beneficiando-se, com toda certeza, da força de trabalho do obreiro enquanto lhe interessava, tudo isso sem

147 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 495-496.

148 TRT-PR-RO-13118/2001-Acórdão-03063/2003 - 3ª T - Relator: EXMO Juiz ROBERTO DALA BARBA - DJPr 07/02/2003.

149 Novamente na lição de *Eduardo Milléo Baracat*: “A boa-fé objetiva é um dever de conduta dos contratantes, fundados na confiança, colaboração, honestidade, lealdade, de acordo com determinados padrões - modelo de conduta social, arquétipo jurídico que deverá ser apreciado subjetivamente, conforme a realidade concreta, e ‘principalmente na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado” (*A boa-fé no direito individual do trabalho*. - São Paulo: LTr, 2003, p. 51).

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

questionar a ausência de submissão a prévio concurso público, e depois vem a juízo negar a prerrogativa jurídica deste a qualquer direito trabalhista alçado ao mínimo nível de dignidade humana. Trata-se, indiscutivelmente, de conduta atentatória ao implícito *princípio constitucional da boa-fé, da moralidade administrativa*, e, com efeito, por força do novel artigo 187 do Código Civil (artigo 8º da CLT), de *ato ilícito*. No caso, incide o *princípio da impessoalidade*, aplicando-se as devidas penalidades às autoridades responsáveis por esses atos administrativos viciados (contratação irregular) e, portanto, ilegais, para não dizer inconstitucionais.

Finalmente, não se pode esquecer que a Administração Pública possui regime jurídico diferenciado no que toca a sua responsabilização civil (artigo 37, § 6º, da Constituição da República), o que não deixa de ser mais um argumento para o entendimento defendido neste modesto artigo.

Eis aí, portanto, as razões pelas quais achamos que o Enunciado em epígrafe não merece aplicação...

Em outras palavras, após a abordagem acima, conclui-se no sentido de que é juridicamente razoável afirmar que o conteúdo do Enunciado nº 363 do C. TST é inconstitucional e, por conseqüência, a despeito de ter havido contratação sem concurso público, a relação de emprego com a Administração pública produz efeitos jurídicos inerentes à “*rescisão*” como modalidade de dissolução da mesma.

Assim, os direitos relacionados a uma eventual alegação de *despedida sem justa causa*, como, por exemplo, o aviso prévio indenizado, a multa de 40% do FGTS, a eventual estabilidade do agente público, bem como as indenizações substitutivas do seguro desemprego e do PIS, devem ser, de plano, *indeferidos*.

O pagamento dos valores relativos aos depósitos

fundiários devidos durante todo o contrato, caso não tenham sido efetuados, por força do novel artigo 19-A da Lei n° 8.036/90, é devido ao trabalhador, na razão de 8% sobre a remuneração mensal. No particular, por previsão expressa no direito positivo, a questão está pacificada. Uma pausa para uma despreziosa pergunta: por que será que somente os recolhimentos fundiários são devidos, inclusive por força de lei??? Por que não o adicional de periculosidade ou de insalubridade, quando devidos?? Será interesse econômico do Governo Federal?? Bom, cada um que tire as suas conclusões...

Voltando à temática, entendemos, ainda, que os direitos relacionados às férias, aos 13° salários, ao regime de sobrejornada, bem como ao trabalho realizado em ambiente insalubre e perigoso, também são devidos ao trabalhador. Da mesma forma, entendemos que o registro em CTPS também é devido pela Administração Pública em relação ao trabalhador, notadamente para que este tenha aquela relação jurídica no seu histórico profissional e goze dos efeitos daí decorrentes, mormente para fins de aposentadoria e tutela estatal em caso de infortúnio.

Por fim, *antes mesmo do trânsito em julgado* da decisão de primeiro grau, entendemos que o Juiz do Trabalho deve, nestes casos, diante dos fortes indícios de prática de atos que importem em improbidade administrativa – contratação de pessoal sem concurso público –, *ante a possibilidade de incidência do prazo prescricional*, tal como previsto na lei n.º 8.429/92, expedir, *imediatamente*, ofícios aos representantes do Ministério Público Estadual e Federal do Trabalho, bem como aos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado respectivo, informando-os acerca dos termos desta sentença, a fim de que, se entenderem necessário, tomem as providências eventualmente cabíveis.

6. Referências bibliográficas

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas - uma abordagem crítica de algumas questões atuais

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. - 2ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, Isis de. "Ação de reintegração de posse". *Compêndio de direito processual do trabalho / Alice Monteiro de Barros, coordenadora*. - 3ª ed. - São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Manual de direito processual do trabalho* - 10ª ed. atual. e ampl. - São Paulo: LTr, 2002.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. - 9ª ed. - São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2003.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *As relações de trabalho: uma perspectiva democrática*. - São Paulo: LTr, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2003.

BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. - São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, Alice Monteiro. "Comissões de conciliação prévia instituídas pela lei nº 9.958 de 2000". *Compêndio de direito processual do trabalho / Alice Monteiro de Barros, coordenadora*. - 3ª ed. - São Paulo: LTr, 2002.

BARROS, Cassio Mesquita. "O futuro do direito do trabalho". *Revista LTr*, Vol. 66, nº 05, maio de 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. - 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 1993.

BASILONE LEITE, Roberto. “Noções de direito sumular do trabalho e de súmula vinculante”. *Revista Trabalhista*, Volume VII. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BASTOS, Wallace de Oliveira. *Direito econômico-constitucional: a intervenção do Estado: (eficácia e efetividade das normas de controle)*. Brasília: Projecto Editorial, 2002.

BAYLOS, Antonio. “Representação e representatividade sindical na globalização”. *Revista trabalhista*. Volume V. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 2ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2001.

BELTRAN, Ari Possidônio. *Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade*. – São Paulo: Ltr, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico* – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2000.

CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de derecho Del trabajo*, Tomo II. Buenos Aires: El Gráfico, 1949.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. – Coimbra: Almedina, 2002.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo* – 2ª ed. – São Paulo: LTr, 1996.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas - uma abordagem crítica de algumas questões atuais

_____. “As atuais perspectivas econômicas e tendências sobre a terceirização”. *Revista LTr*, Vol. 67, nº 03, março de 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. “O novo código civil e a interpretação conforme à constituição”. *O novo código civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale - coordenadores Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho*. São Paulo: LTr, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3ª ed. - São Paulo: Del Rey, 2003.

_____. *Saudade do futuro*. - Florianópolis: Fundação Boitex, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. “O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos”. In *Direitos humanos: visões contemporâneas. Revista de comemoração dos 100 anos da Associação dos juizes para a Democracia*, São Paulo, 2001.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1996.

COUTINHO, Aldacy Rachid. “A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos dos trabalhadores”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado - organizador Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

COUTINHO, Leonardo. “Fiscal, espécie rara”. *Revista Veja*: Ed. Abril - edição 1838, ano 37 - nº 4, 28 de janeiro de 2004.

DALAZEN, João Oreste. *Competência material trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. “Aspectos do dano moral trabalhista”. *Revista LTr*, Vol. 64, nº 01, janeiro de 2000.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2ª ed. , 2002.

_____. *Contrato individual de trabalho – Uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Direito, Processo e Justiça do Trabalho – princípios e perspectivas*. São Paulo: Manole, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2000.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 1ª ed. 2ª tir. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999.

FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado - organizador Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 100.

FAVA, Marcos Neves. “Proteção da Negociação Coletiva. Liberdade Sindical. Condutas Anti-Sindicais. Mecanismos de Proteção”. *Revista Trabalhista*, volume VI. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. – 5ª ed. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

O direito processual & material do trabalho no limiar do século xxi: tendências e perspectivas - uma abordagem crítica de algumas questões atuais

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. “A OIT e o meio ambiente de trabalho”. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, n. 852, 26.2.2001.

FREITAS, Ney José. *Dispensa de empregado público e o princípio da motivação*. Curitiba: Juruá, 2002.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo - 5ª ed. , rev. atual. e aum.* - São Paulo: Saraiva, 2000.

GEDIEL, José Antônio Peres. “A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado - organizador Ingo Wolfgang Sarlet*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

GIGLIO, Wagner D. “A prevalência do ajustado sobre a legislação”. *Revista LTr*. Vol. 66, nº 04, Abril de 2002.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. “A dignidade do trabalhador no cenário da globalização econômica”. *Revista LTr*. Vol. 66, nº 12, dezembro de 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *A questão do controle externo do poder judiciário: natureza e limites da independência judicial no estado democrático de direito*. 2ª ed. rev. - São Paulo: RT, 1993.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. - São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HOFFMANN, Fernando. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. - São Paulo: LTr, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. - 6ª ed. - São Paulo: Martins

Fontes, 1998.

LAMMÊGO BULOS, Uadi. “Decênio da Constituição de 1988”. *REPRO*, vol. 98.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. – 17ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Curso de direito do trabalho*. – 17ª ed. . rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. – 11ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1999.

MELO FILHO, Álvaro. “Ensino e raciocínio jurídicos”. *Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza*, n. 25, v. 1, jan./jun. 1987.

_____. “Súmulas vinculantes: os dois lados da questão”. *REPRO*, Vol. 87.

MELO, Raimundo Simão de. *Meio ambiente de trabalho / coordenação Associação Nacional dos Procuradores do trabalho*. – São Paulo: LTr, 2002.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: RT, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. – 17ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. “O processo do trabalho e os direitos individuais homogêneos – um estudo sobre a ação civil pública

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas – uma abordagem crítica de algumas questões atuais

trabalhista”. *Revista LTr*, Vol. 64, nº 02, fevereiro de 2000.

NORRIS, Roberto. “Do acesso à justiça e a morosidade na prestação da atividade jurisdicional: crise do princípio do duplo grau de jurisdição e as súmulas vinculantes”. *Revista LTr*, Vol. 64, nº 12, dezembro de 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. – São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. – 4ª ed. São Paulo: LTr, 2002.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A Jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Ed. Manole, 2002.

_____. *História do direito processual brasileiro: das origens lusas à escola crítica do processo*. São Paulo: Editora Manole. 2002.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIMENTA, José Roberto Freire de. “Súmulas com efeito vinculante: uma abordagem crítica”. *Compêndio de direito processual do trabalho / Alice Monteiro de Barros, coordenadora*. – 3ª ed. – São Paulo: LTr, 2002.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. “Prevalência da negociação coletiva sobre a lei”. *Revista LTr*. Vol. 64, nº 10, outubro de 2000.

ROMITA, Arion Sayão. “A reforma (?) trabalhista”. *Revista LTr*. Vol. 66, nº 04, abril de 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito do trabalho & direito*

processual do trabalho: novos rumos. Curitiba: Juruá, 2002.

SANTOS, Enoque Ribeiro. *O dano moral na dispensa do empregado*. – 3ª ed. rev. e ampl.. – São Paulo: LTr, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. – São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. – São Paulo: LTr, 2000.

_____. “A Fúria”. *Revista LTr*, Vol. 66, nº 11, novembro de 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. “A negociação trabalhista e a lei”. *Revista trabalhista*, Vol. III. – Rio de Janeiro:Forense, 2002.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima e outros. *Instituições de direito do trabalho*. – 19ª ed. atual. – São Paulo: LTr, 2000, Vol. II.

VALLE, Márcio Ribeiro do. *Curso do Direito do Trabalho – Estudos em Memória de Célio Goyatá / Coordenadora Alice Monteiro de Barros*. 3ª ed. – São Paulo: LTr, 1997, Vol. 2.

VIANA, Márcio Túlio. “Terceirização e sindicato”. *Revista trabalhista*, Vol. VII. – Forense: Rio de Janeiro. 2003.

_____. “O Novo Papel das Convenções Coletivas de Trabalho: Limites, Riscos e Desafios”. *Revista trabalhista*, Vol. I. – Rio de

O direito processual & material do trabalho no limiar do século XXI: tendências e perspectivas - uma abordagem crítica de algumas questões atuais

Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Curso de direito do trabalho: legislação, doutrina e jurisprudência* / Gustavo Adolpho Vogel Neto, coordenador. - Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VIANNA, Segadas e outros. *Instituições de direito do trabalho*. - 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000, Vol. 2.

WALDRAFF, Célio Horst e OLIVEIRA, Daniel Roberto de. "Comissões de conciliação prévia: constitucionalidade". *Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Gênese, 2003, vol. 127.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. "Súmula vinculante: desastre ou solução?". *REPRO*, Vol. 98.